

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



3/4 2021 • ANNO VIII

EDITORI

Mario Covelli
Mariangela Covelli

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE**DIRETTORE RESPONSABILE**

Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO:

Sergio Moccia

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

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),
Vincenzo Ruggiero (Londra),
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE

Piero Avallone, Teresa Bene, Antonio Cavaliere,
Maria de Luzenberger,
Francesco Forzati, Clelia Iasevoli, Fausto Izzo,
Carlo Longobardo, Valentina Masarone,
Mariano Menna, Egle Pilla,
Nicola Russo, Giuseppe Sassone, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo

CAPO DI REDAZIONE

Rossella Nicodemo

COMITATO DI REDAZIONE

Mario Afeltra,
Anna Maria Covelli, Marco de Martino,
Fabiana Falato, Barbara Nacar,
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,
Gennaro Demetrio Paipais

COMITATO DI REVISIONE

Claudia Cesari, Glauco Giostra,
Luca Marafioti, Oliviero Mazza, Paolo Patrono,
Mauro Ronco, Francesco Schiaffo,
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Esposito

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

INDICE

L'EDITORIALE

Ricordo del prof. Giuseppe Riccio

MARIO COVELLI 6

Un illimitato presente di conversazioni sulla Procedura penale

CLELIA IASEVOLI 8

L'OPINIONE

Opinione dissenziente, metodo giuridico e pluralismo ideologico. Le ricadute della *dissenting* sull'opera evolutiva del diritto e sulla certezza del diritto. A Giuseppe Riccio

FABIANA FALATO 13

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

Una nuova strategia per una tutela effettiva dei diritti fondamentali: il ruolo essenziale di un numero limitato di posti letto nelle REMS

FRANCESCO SCHIAFFO 31

DIRITTO
PROCESSUALE

L'abuso mediatico del processo penale e i diritti fondamentali

FABRIZIA PAGLIONICO 40

GIUSTIZIA
MINORILE

Ancora in tema di audizione del minore: riflessioni a margine della pronuncia n. 14/2021 della Corte costituzionale

ILARIA PICCOLO 62

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

Sentenza n. 322/2021 ad oggetto rapina aggravata, imputati M.R. + altri, con allegata ordinanza reiettiva di messa alla prova, rese nel proc. pen. n. 3/2021 R.G.N.R. e n. 476/2021 R.G. GUP

PAOLA BRUNESE 80

LE ESPERIENZE

GIUSTIZIA
MINORILE

Una battuta di arresto all'ordinamento penitenziario?

MARIANGELA COVELLI 100

Minori e prevenzione

MARIO COVELLI 103

La giustizia predittiva: modello forte o modello debole?

ANDREA ESPOSITO 109

L'EDITORIALE

Ricordo del prof. Giuseppe Riccio

MARIO COVELLI

Il Direttore Responsabile, la prof.ssa Clelia Iasevoli, mi invita cortesemente quale editore a scrivere un breve ricordo del prof. Giuseppe Riccio.

Già ho ricordato l'illustre Maestro durante il Corso di Diritto Minorile tenuto quest'anno dalla Camera Penale Minorile in collaborazione con il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torre Annunziata, con la partecipazione della figlia Maria Giovanna.

È chiaro che volentieri aderisco all'invito.

Quando andai a casa del Prof. Riccio per chiedergli aiuto e consiglio, in quanto intendevo fondare la presente rivista telematica, Egli non mi disse, come sarebbe stato facile dire, e come forse altri avrebbero detto: *“è inutile, lascia stare, ce ne sono tante”* per farmi desistere. Al contrario, con la bontà d'animo che lo caratterizzava, incommensurabile come la sua scienza, si entusiasmò e mi promise il suo aiuto.

Se andate a cercare nell'archivio il primo numero, che è stato pubblicato nel Maggio del 2012, inizia con un suo entusiasta e profondo editoriale di quattro pagine, che dimostra il suo appoggio all'iniziativa. Se andate a leggere i nomi del Comitato di Revisione troverete quello del Prof. Glauco Giostra, che notoriamente molto ha scritto in materia minorile, perché immediatamente il Prof. Riccio disse *“non possiamo non invitare Giostra”* alzò il telefono, gli disse dell'iniziativa ed ottenne seduta stante l'adesione dello Studioso.

Così era fatto l'uomo: di grande generosità, pronto ad incoraggiare e sostenere chiunque, perché associava alla sua profonda conoscenza una bontà d'animo di eguale portata.

Consentitemi ancora due ricordi: terminati i sei anni di contratto presso la Scuola delle Professioni Legali della Seconda Università, oggi Università Luigi Vanvitelli – notoriamente la legge non consente all'esperto esterno l'applicazione oltre il sessennio – poiché ero rimasto entusiasta dell'esperienza chiesi al Prof. Riccio, che all'epoca la dirigeva, un incarico nella Scuola per le Professioni Legali dell'Ateneo federiciano. Con la solita bontà e disponibilità Egli acconsentì.

Purtroppo ha diretto la Scuola solo per un anno, ma è stata un'esperienza unica, perché innovando i criteri didattici, Egli chiedeva la compresenza del Magistrato e dell'Avvocato nelle sue ore di Procedura Penale. Si creava così un rapporto dialettico che il Professore coordinava sempre con profonda scienza ed anche con comprensione ed umanità.

Chiudo ricordando un ultimo contatto. Ho diretto per quattro anni la Scuola Forense dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere, presso il quale all'epoca ero iscritto, ed invitavo sempre il Prof. Riccio a tenere corsi e lezioni. Erano incontri che affascinavano, per la profonda cultura non solo giuridica che emergeva dalle sue parole, ma anche e soprattutto per la genialità delle soluzioni. Egli offriva interpretazioni veramente innovative, ma fondate, in sintesi geniali. Gli incontri erano seguiti con entusiasmo dai Colleghi sammaritani; io dicevo sempre *“quando parla Riccio il diritto diventa musica di Mozart”* ripeto per le interpretazioni innovative, profonde e nello stesso tempo affascinanti.

Riposa in Pace Maestro, perché migliaia di Studenti ora tuoi Colleghi, Magistrati ed Avvocati ti portano sempre nel cuore, poiché la vera tomba degli scomparsi è nel cuore dei sopravvissuti.

Un illimitato presente di conversazioni sulla Procedura penale

CLELIA IASEVOLI

ABSTRACT

An unlimited present of discussions about criminal procedure. He carried out his role of jurist retelling historical events and political experiences looking forward to the synthesis between to be and must be.

Se ne è andato Giuseppe Riccio, dopo aver «indirizzato una pletora di allievi, tutti eccellenti giuristi, qualunque scelta professionale abbiano fatto, tutti amati alla stessa maniera». Nessuno sapeva più di Lui come la conoscenza e il vivere dell'uomo, siano affidati all'Essere, a quel tanto, cioè, di vita che riesce a manifestarsi nei comportamenti, negli esempi, nei libri. Ed avendo Egli posto al centro della Sua esistenza la famiglia, la scienza, gli allievi e gli studenti: la vita è stata la Sua opera, che ha vissuto in maniera partecipata con slanci generosi. Ha scritto la pagina di ogni nuovo giorno senza mai risparmiarsi, restituendo alla vita un po' di quel sorriso che la stessa gli aveva donato.

Con amabile senso di accoglienza riceveva tutti e tutti ascoltava con il medesimo profondo interesse; le Sue mani accompagnavano le Sue parole con una singolare gestualità, mentre dispensava consigli di umanità e di scienza, preoccupandosi delle esigenze di ciascuno. Vi era pure irrequietudine nel Suo modo di essere, che, forse, rappresentava l'esigenza di raccogliersi intorno a punti fermi: allora si chinava su Se stesso, diventava una sola cosa con le Sue idee e con la Sua penna.

Ha iniziato il brillante percorso accademico, insegnando *Teoria generale del processo* all'Università degli Studi di Salerno dal '72 al '75; ha vinto il concorso a cattedra di *Istituzioni di Diritto e Procedura penale* il 2 febbraio del 1983 ed è stato chiamato a ricoprire la cattedra dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli e, poi, quella di Procedura penale. È stato anche docente di Diritto e procedura penale militare, nonché componente delle Commissioni per la riforma dei codici penali militari di pace, istituite dal Ministero della Difesa nel 1981 e nel 1984. Ha fatto parte del Consiglio di amministrazione della Seconda Università degli Studi di Napoli "Federico II" (1992-1996). È stato componente laico del Consiglio Superiore della Magistratura (1998-2002): presidente e componente della VI Commissione; vice-presidente e componente della VIII e IX Commissione. Il 19 luglio 2006 è stato nominato dal Ministro della Giustizia presidente della Commissione per la redazione della legge delega di riforma del codice di procedura penale. È stato componente laico del Consiglio giudiziario della Corte di Appello di Napoli (2008-2012).

Ci ha lasciato un'eredità di scritti, di rigore intellettuale, di metodo critico, di curiosità scientifica e di passione per la formazione. I Suoi insegnamenti hanno costituito l'*humus* di relazioni di lavoro intorno alla Procedura penale e l'opportunità di confrontare regole e sistemi, di acquisire dommatica e valori dell'epoca costituzionale; tutte situazioni che hanno rinnovato metodi e contenuti,

significati normativi e comparazioni sistemiche alla luce di nuovi riferimenti sovranazionali e di rinnovate tecniche di formazione del diritto.

Era ossessionato dall'autocritica, dall'esercizio della responsabilità verso gli altri; le tracce indelebili si rinvenivano nelle *Presentazioni*, in cui ripercorreva la scelta del tema, la ricerca del metodo, l'esercizio dialettico, lo spirito critico, la costruzione degli argomenti, scevro da eccessi affettivi. Era mosso dall'intento che le *Presentazioni* rispondessero, fedelmente, all'opera dell'autore e, quindi, il Suo era uno sforzo di onestà intellettuale, di obiettività. Gli eventuali elogi appartenevano al Maestro e non all'amico. E si rammaricava che altra, invece, fosse la consuetudine dell'Accademia, soprattutto se la firma fosse del maestro, pur essendo l'assunzione di responsabilità scientifica il compito di un maestro. «La *Presentazione* non è vanità. Verifica i risultati, il trasferimento dei saperi, i suggerimenti e le letture, il buon uso di codici e pandette, di dottrina e di giurisprudenza, di fonti e di commenti; appartiene alla vocazione naturale della nostra professione, fatta di confronti dialettici e di libere critiche, di categorie consolidate e incerte interpretazioni, di rigore sistematico e di fedeltà ai valori; ma è anche gratitudine del partecipe, di chi si è immerso in quel percorso, coinvolto nella responsabilità dell'opera ormai compiuta; ed è, comunque, distaccata valutazione del merito dei ragionamenti, spesso indipendenti e comunque affidati al lettore» (*Metodi e prospettive della Procedura penale*, 2017). Era capace di condividere un pezzo di strada, di mettersi in discussione, di riconoscere la libertà di pensiero, di rispettare l'autonomia.

Ha svolto il ruolo di giurista ricostruendo eventi storici ed esperienze politiche con la rappresentazione delle difficoltà, che ostacolano il superamento della crisi della giustizia e i bisogni della società; con la capacità di valutare le dinamiche della politica e sempre alla ricerca della sintesi tra *essere e dover essere*.

Chi lo ha conosciuto continuerà con Lui quella conversazione sulla Procedura penale, materia, che definiva complessa per le relazioni intrasistemiche con il diritto penale, con il diritto costituzionale, con il diritto processuale, con la filosofia, con la politica delle Istituzioni, con la teoria generale. Ha divulgato l'idea che la Procedura penale non è pratica nella giurisdizione, ma conflitto di situazioni soggettive e che questo oggetto ne condiziona il metodo e le categorie (*La procedura penale. Tra storia e politica*, 2010). Ha avuto il coraggio di indagare declini e degradi della giurisdizione, a causa della ricorrente 'diversità' nella conduzione di taluni processi.

Con lucidità ha ricostruito l'accentuazione indiziaria del metodo di ricerca della verità e l'enfatizzazione politica di talune situazioni 'comuni' operata dalla legislazione d'emergenza, tema coltivato da sempre (*Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, 1982), mettendo a fuoco la mutevolezza del concetto di ordine pubblico e la sua differente portata normativa (voce *Ordine pubblico*, 1986), nonché la storicità dei modelli in relazione alla singola realtà sociale (*Ideologie e modelli del processo. Scritti*, 1995). Era mosso dal desiderio di rompere la cortina di silenzio creata intorno a leggi poco riflettute e, perciò, pericolose, convinto anche dell'impegno civile del giurista. Ha dimostrato l'essenza relativa del concetto di ordine pubblico che, come ogni clausola generale, si presta ad aumenti del tasso repressivo e dell'aspetto persecutorio di taluni strumenti, oscurando la dinamica e la struttura del processo al fine di privilegiare forme autosufficienti di controllo sociale.

In un'ottica più generale dei problemi della penalità, riteneva che il processo di criminalizzazione finisse con il ruotare nella sfera dell'ordine pubblico, affiancando al codice

provvedimenti straordinari ed urgenti. Da qui la strumentale mistificazione dell'allarme sociale rispetto all'accrescimento dell'indice di autorità dell'ordinamento per controllare il dibattito politico, tenendo sotto pressione l'individuo e la collettività.

Ha avuto il merito di risalire all'identità di fondo delle varie leggi straordinarie, ponendo in primo piano la progressiva disattenzione, non solo su problemi di razionalità tecnica delle varie misure, ma soprattutto su questioni inerenti alla loro compatibilità alle forme ed ai contenuti della legalità democratica. Nel bilancio complessivo era pervenuto all'inutilità del ricorso ad una normativa eccezionale – di perenne carattere sperimentale – soprattutto per l'effetto dello stravolgimento dello scopo processuale. Aveva individuato la causa nel mutamento delle norme di procedura da regole di comportamento in autonomi mezzi di controllo sociale. Era convinto che lo stato di diritto si misurasse dal riconoscimento della pienezza dei diritti costituzionali, pure a chi fosse ritenuto colpevole di reati più gravi.

Muovendo da questa consapevolezza, era stato capace di una visione di sistema, rinvenibile nella bozza Riccio di riforma del codice di procedura penale; il *progetto era un processo governato dalle parti con pari dignità davanti al giudice, che contemperasse le legittime pretese della collettività di fronte al delitto e gli irrinunciabili diritti della persona*. Sosteneva che la crisi fosse stata determinata dal tramonto dell'eguaglianza, che ha caratterizzato la politica penale; nel conseguente rilancio dell'illusione repressiva, nella perenne, diffusa, erronea, tendenza a ritenere che l'assetto normativo del processo debba essere condizionato dalla disponibilità delle risorse – anche umane – e dai problemi organizzativi.

Negli ultimi tempi aveva avvertito l'obbligo morale di stanare il tentativo di tenere sottotraccia “la notte della Repubblica” (in *Archivio penale*, 2019) ovvero l'intreccio tra alcuna parte della magistratura e alcuni politici, artefici di manovre interne al Consiglio Superiore, denunciando la crisi dei valori fondamentali della nostra democrazia: la separazione dei poteri, l'indipendenza del giudice, la legalità delle condotte, l'uguaglianza di trattamento. Non aveva remore ad affermare che il tema dell'“appartenenza” fosse il nervo scoperto, critico, anche per i componenti laici del Consiglio Superiore, del quale aveva fatto parte con grande responsabilità istituzionale. Giuseppe Riccio era certo che il problema fosse nell' «etica dell'esercizio delle funzioni, spostando l'attenzione sulla moralità dei comportamenti giudiziari e sulla trasparenza delle premesse organizzative»; inoltre, credeva che fosse proprio quest'assetto autoritario ad aver determinato il ritorno del processo con istruzione.

Non è un caso che nell'esperienza giuridica postmoderna si assista all'onnivora presenza delle indagini nel giudizio, capaci da sole di assolvere al tema probatorio, pur restando, esse, nel dominio del pubblico ministero. Il *trend* è il ritorno di moduli eccezionali, che introducono regimi procedimentali di tipo investigativo, differenziati sulla base del titolo di reato, con il predominio di pulsioni panpenalistiche, destinate a risolversi in forme illiberali di mera repressione. Da qui deriva un processo con funzione dissuasiva, che altera il naturale rapporto tra accertamento e pena, sollecitando la magistratura ad una sovraesposizione.

Era ossessionato dal «clima di totale disfacimento dei fondamentali del diritto; di totale lassismo verso i diritti; di verticale caduta dei valori costituzionali ormai ridotti ad orpelli ornanti il pensiero filosofico dei nostri padri costituenti» (*Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della*

Giustizia, 2015). In particolare, reputava che lo *ius singulare* fosse espressione di un orientamento involutivo del nostro sistema politico istituzionale, essendo il doppio binario non soltanto un itinerario derogatorio, ma una mastodontica organizzazione, che «eleva i compiti processuali a livello distrettuale e nazionale, facendo perdere al processo quel connotato di distaccato luogo di accertamento del fatto e della responsabilità» (*Ragionando sul doppio binario*, 2017).

Se ne è andato tormentato dalla necessità di riportare la magistratura nell'alveo della Costituzione, ponendo un freno alla svolta autoritaria nel nostro Paese. Non gli apparteneva la rassegnazione, né il desiderio di un distacco o di un rasserenante oblio, non potendosi sottrarre alla nostalgia per l'epoca fascinosa del processo penale. Aveva paura, però, di aver esaurito il compito, temendo di non riuscire a rinnovare le impressioni costruite nel tempo in cui aveva scritto la Sua storia e quella di molti allievi.

Nel brusco passaggio dal presente al ricordo, i suoi scritti escono dal passato e diventano presente: un *illimitato presente*. E su questo *illimitato presente* ci inchiniamo con avidità, con ammirazione, con affetto, non per farne un sepolcro, ma per farlo conoscere ai più giovani, ricordando il suo tratto nobiliare, elegante, raffinato; la capacità di costruire il pensiero nel momento stesso in cui lo professava e di intrattenere qualsiasi uditorio su argomenti problematici. Se ne è andato donando Se stesso alla Scienza come *Luce intellettuale piena d'amore* ed è questa la sintesi della sua mirabile vita.

L'OPINIONE

Opinione dissenziente, metodo giuridico e pluralismo ideologico.

Le ricadute della *dissenting* sull'opera evolutiva del diritto e sulla certezza del diritto. A Giuseppe Riccio

FABIANA FALATO

ABSTRACT

Speculating on the combination of dissenting opinion, decision, motivation and interpretation is a necessary operation in the current legal historical moment, in which the boundaries of the law are dissolved and the forms with which we were used to consider it prove inadequate with respect to the new jurisprudential thrusts that emanate from the legal systems, by supranational and international organizations and systems. When it is the subject of (rare) reflections by the doctrine of the criminal trial, dissenting opinion is a situation often misunderstood by the interpreter.

SOMMARIO: 1. L'abbrivio. – 2. Alcuni punti fermi emersi dal dibattito. – 3. Alcune ragioni per ripensare all'opinione dissenziente nella motivazione delle sentenze delle Corti Superiori. Confluenze. – 4. ... altre per confermarla nelle decisioni di merito. Lontananze. – 5. Situazioni inesplorate.

1. L'Osservatorio AIC ha inaugurato un nuovo Forum di confronto e dibattito con l'intento di stimolare la riflessione in merito all'uso, alle implicazioni e alle modalità di manifestazione del dissenso – la *dissenting opinion* – nei processi decisionali degli organi di giustizia costituzionale. Si tratta di un tema da sempre oggetto di ampio dibattito per l'impatto che l'opinione dissenziente potrebbe avere, tra le altre cose, sulla coesione e sui lavori della Corte costituzionale, nonché per le eventuali ripercussioni sull'indipendenza della stessa Corte. Mentre resta un argomento di nicchia per i cultori del processo penale, nonostante l'opinione dissenziente innesti il segreto della camera di consiglio in rapporto alla decisione e alla sua motivazione, svelandone una (apparente) crisi.

L'occasione del *Forum* ha ridestato curiosità per uno studio inedito che Giuseppe Riccio condusse sull'argomento nel 2016 – *L'opinione dissenziente tra democraticità e pluralismo culturale* (2016) – il cui contributo culturale, politico, ideologico alla discussione attuale avviata nella comunità scientifica riveste indiscusso valore.

Scriveva Riccio: «la saltuaria operosità didattica offre nuove e diverse opportunità speculative su argomenti che l'insegnamento sottrae alla attenzione, solitamente concentrata sulla specificità politica della materia di cui ti occupi, sui suoi valori di essenza, sui più o meno attuati legami tra principi e regole, sui rapporti con la dogmatica, sulla dinamica dei poteri, sulle conflittuali relazioni tra organizzazione giudiziale e regole processuali, sui vizi di un garantismo “peloso”, dichiarato, non realizzato, statico nella sua dimensione illuministica, non dinamico verso la tutela

dei diritti della persona e l'efficienza dello Stato, temi in cui ti immergi con metodo critico, cercando le relazioni tra storia e politica, tra eventi e regole, tra fatti e procedure, tra prassi e garanzie, tra diritti e situazioni soggettive protette, tra legalità e giurisprudenza creativa, tra pluralismo delle fonti e pluralità delle Corti. Quando ti immergi in questo complesso contesto, non è difficile rendersi conto della persistenza di una irriducibile cultura inquisitoria che "crea diritto" nel contrasto tra procedura e processo; con l'effetto di rendere inconciliabili insegnamento accademico e realtà giudiziaria quando il primo si impicca di dogmi e regola con poca cura dei prodotti giurisprudenziali, soprattutto di quelli che riducono il valore del rapporto tra fonti e sistema a cui – ora t'accordi – appartengono argomenti risalenti ed irrisolti, su cui la dottrina processualistica non si è mai interrogata a fondo, convinta della impraticabilità del dissent nel giudizio penale, della sua estraneità rispetto al merito, nessun effetto potendo esperire in quella sede l'eventuale dissenso del "terzo" giudice.

L'acritica convinzione ti spinge alla ricerca della conferma del dogma dell'Unità della responsabilità collegiale, magari della smentita del principio di non rilevabilità del mistero del giudizio, o, più semplicemente, del dibattito che produce il "libero convincimento del giudice" o l'interpretazione che si rintraccia in motivazione; ricerca che si muove con cautela, essendo la dissenting opinion negata nel nostro Paese, pure se si dispiega in un vasto territorio mondiale, indipendentemente dal tipo di sistema giuridico e giudiziario; cautela indispensabile, essendo il tema di esclusivo interesse dell'accademia costituzionalista e comunitaria, in cui sei costretto ad immergerti direttamente, proseguendo studi il cui punto di riferimento è rappresentato dalla Costituzione e dal progredire storico del costituzionalismo, dottrina che attualmente raccoglie l'istanza universalistica di salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

La ricerca è resa più complicata dalla mancanza di riferimenti normativi, se si escludono quelli a cui si usa far indiretto riferimento; ma l'art. 276 c.c. si interessa dei "modi della decisione" e la legge sulla "responsabilità civile dei magistrati" non prevede l'ipotesi neanche come causa di giustificazione in caso di reato commesso in camera di consiglio dal giudice secondo la linea seguita nel nostro Paese che fino ad ora ha respinto ogni iniziativa rivolta al riconoscimento nel nostro ordinamento dell'"opinione dissenziente", anche per le Corti "superiori"; principio che Gustavo Zagrebelsky rintraccia nella prassi, in rarissime occasioni, che giudica fallimentari, però, perché le reputa un pericolo per l'autorità del collegio, oltre che una forma di irrisione della sua minoranza. Ancora più delicata la questione se si considera che l'andamento carsico dell'argomento e delle iniziative per renderlo operante non ha contribuito ad arricchire il dibattito o a modificare le ragioni delle opposte tesi, a favore o contro, anche se di volta in volta è opportuno misurarsi con le sensibilità costituzionali e democratiche che hanno caratterizzato le diverse epoche in cui sono state generate le proposte, più o meno assimilabili nei contenuti, non nella forma che si snoda dalla modifica regolamentare alla iniziativa legislativa, ordinaria o costituzionale.

Ed è questo intersecarsi tra progetto e realtà istituzionale a rendere, contemporaneamente, più interessante e complicata la letteratura che si è interessata al tema con eguale scansione, una letteratura di nicchia che dalla metà degli anni 60 ogni tanto compare interrompendo un generale oblio, meglio: un radicato disinteresse. Da allora, si sono susseguiti lustri di silenzio e rare riflessioni; sui sono seguiti convegni e proposte che fanno apparire il tema come una sorta di conflitto

interno alle istituzioni, da esso ritenuto scomodo comunque, resistendo l'idea della inutilità della dissenting opinion, per la sua innaturale incidenza nella autorità del giudizio. Non è sempre così; certamente non per tutte le istituzioni; certamente non per le Corti, nell'opera delle quali non si iscrive, solo, il dibattito che da sessant'anni alimenta il tema, ma anche, e raramente in verità, ben celato dissent in questa o in quella sentenza di legittimità e di legalità, mai in pronunce di merito, da sempre escluse qui da noi da materia quasi ovunque riservata alle Corti costituzionali ed europee, grazie alla loro problematica identificazione, essendo entrambe rivolte a dettare l'interpretazione conforme" pur rispetto a differenti testi legislativi.

Nella quiete postuniversitaria acquista tono il tema sospeso; che avresti voluto approfondire, per tutti, per penetrare il mistero della democraticità del collegio e la sua relazione con il pluralismo intellettuale, magari per trovare fonti che ne risolvano il conflitto di genere solitamente collocato – si è detto – nella giurisdizione di legittimità o in quella di legalità – qui molto più raramente –, quasi mai – o: mai – in quella di merito; a meno di non scoprire una interpretazione estensiva della norma dell'ordinamento spagnolo che prevede la situazione nella legge sulla organizzazione giudiziaria. Nella quiete postuniversitaria il silenzio – peggio: l'oblio – non riduce il valore della materia, non ne nasconde l'utilità operativa, non ne mina la forza dirompente né gli effetti benefici sulla democrazia, non solo sul giudizio: la politicità del tema, infatti, si insinua nella dimensione democratica del Paese, essendo Costituzione e Corte Vangelo e Chiesa della laicità dello Stato. Nella quiete postuniversitaria il tempo amico ti consente di rinnovare risalenti letture e di penetrare nel pensiero riprodotto in vecchi testi, quando al Comunità scientifica – allora attiva in politica; per non dire: guida della politica – tentava con serrato dibattito e con proposte operative di introdurre nell'ordinamento del giudice costituzionale l'opinione dissenziente in cui riponeva decisiva funzione per la democraticità del giudizio.

Nella quiete postuniversitaria ritrovi intemperanze per il dissent ed all'opposto unità di indirizzo a cui il Parlamento rimase insensibile, convinto nella quasi totalità delle ragioni del silenzio dell'Assemblea costituente che non si pose il problema nel dibattito sulla istituzione della Corte e che successivamente lo negò in quello per le leggi attuative e per il funzionamento della Corte: le cautele storiche con cui Vittorio Denti riporta l'episodio delle dimissioni di De Nicola dalla Corte per insofferenza a dissensi rispetto a sue posizioni sono il segno di una autorevole società contraria all'autorità collegiale; e lo stesso Denti ricorda il complesso ed incompleto testo dell'art. 276 c.p.c., che sembra proporre il metodo nella totalità delle giurisdizioni, peraltro certamente disciplinato negli States ed in Inghilterra, testimonianza che si ricordano per capire quale funzione possa avere l'opinione dissenziente rispettivamente in questa o quella giurisdizione, rispetto alla legittimità o alla legalità oppure rispetto al merito, e per distinguere quando il dissent è metodo o quando, invece, è parte integrante del decism.

Ed è proprio l'esplorazione delle fonti che ammette o nega la conoscenza dei rapporti interni al collegio, lì dove la sentenza-fatto (gli eventi) precede e dirige la sentenza-atto (la motivazione) condizionandola in ragione del convincimento che la dialettica collegiale ha prodotto. Si annida qui, forse, l'elemento di novità del tema, nel rapporto tra comportamento (opinione) ed atto (espressione) e nella ricerca delle radici di valore di una materia che si intromette violentemente nelle libertà personali della persona, rispetto alla quale una più ampia osservazione assolve, forse, alle esigenze

stesse del giudizio, che radica la sua autorevolezza nel libero convincimento del giudice, certo inteso anche come collegio, anche si presenta come situazione soggettiva del singolo giudice, nella cui alta manifestazione dialettica si ricerca la sintesi, formalmente affidata alla regola – certo, democratica – della maggioranza, che formalmente zittisce il dissenziente non il suo pensiero, il cui oblio mortifica proprio il libero convincimento di quel giudice: insomma, è forma di democrazia, non sostanza democratica.

È questo il tema ignorato dell'opinione dissenziente a proposito del giudizio penale; rispetto al quale è sensibile l'ordinamento degli Stati Uniti che affida al singolo giurato il potere di negare la dichiarazione di guilty. Al quale, ovviamente, non è scontato che debba essere riconosciuta la dissenting opinion; non lo è neanche in quella democrazia; ma non me la sento di continuare ad ignorare la sua storica esistenza e la sua utilità politica. Certo. Non va ignorato che qui da noi il dibattito è di tutt'altro genere e colore; almeno quello che si è articolato su diversi fronti dalla metà degli anni '50 alla metà degli anni '90 e successivamente. Siamo ovviamente nel 20^o secolo; nel secolo della genesi del garantismo e della riforma democratica del codice di procedura penale, realizzata per poco e subito manipolata per ricondurre il processo ai fini di difesa sociale, questa volta nel senso di "contrasto alla criminalità organizzata"; siamo nell'epoca del confronto diretto tra organizzazione giudiziaria burocratica e organizzazione giudiziaria orizzontale e dei rispettivi effetti su valori e discipline del processo, su principals e rules; siamo nel secolo della genesi della globalizzazione che Agostino Giovagnoli individua nel movimento del Sessantotto per i contrapposti referenti ad est e ad ovest; siamo nel secolo della crisi delle categorie giuridiche di vecchio stampo che propongono nuove dinamiche legislative e giudiziarie, che non moltiplicano, solo, fonti e Corti, ma che offrono nuove opportunità ai diritti degli individui qualunque ruolo o funzione essi esplicino. Ebbene, se questa è l'epoca in cui è vissuto il tema e se questi sono i presupposti dei nuovi indirizzi culturali, non può non essere rinnovato l'atteggiamento intellettuale con cui si muovono pensieri ed argomenti relativi al tema su cui speculiamo, ovviamente nei limiti di una informazione. Ed è questa, la linea da seguire».

E dunque? Tentiamo l'opera di offrire una prospettiva storicamente contestualizzata (rispetto a quella del 2016) del valore dell'opinione dissenziente, limitandola, qui, alle relazioni tra dissenting, metodo giuridico e pluralismo ideologico nel segno del dialogo – ancora una volta non sempre convergente – con le riflessioni del Maestro.

2. La modernità della questione non è in discussione. La svelano, sul piano delle prassi, la sostituzione del giudice relatore della sentenza n. 278 del 2000 (relativa alla sospensione della prescrizione a causa della emergenza da Covid-19) per la redazione della sentenza; su quello legislativo, la Proposta di legge costituzionale C. 2953 (Colletti ed altri), "Modifiche alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, concernenti l'introduzione del ricorso diretto di costituzionalità d'iniziativa di una minoranza parlamentare qualificata e della dichiarazione dell'opinione dissenziente da parte dei giudici della Corte costituzionale", assegnata alla I Commissione (Affari costituzionali) l'11 maggio 2021 e il disegno di legge C. 2560 (Pagano ed altri), "Modifica all'articolo 18 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in materia di indicazione della maggioranza con cui sono adottati i provvedimenti nei giudizi davanti alla Corte costituzionale e di espressione dell'opinione dissenziente", assegnato alla 1^a

Commissione permanente (Affari costituzionali) in sede referente il 14 ottobre 2020; e sul fronte letterario, l'ultima fatica di Beniamino Caravita, *Ai margini della dissenting opinion*, Giappichelli, 2021 che, conducendo una indagine di tipo quantitativo, valorizzata dall'analisi concreta e puntuale dei casi e delle diverse questioni e tenuto nel dovuto conto le caratteristiche dei Presidenti e, soprattutto, dei giudici coinvolti, ha riscontrato, dal 1988 a oggi, 87 circostanze di sostituzione: «non tantissimi, specie se paragonati alla quantità di decisioni rese dalla Corte nel periodo 1988-2020, pari a 14.691 (tolti gli anni particolari dello smaltimento dell'arretrato abbiamo 75 casi su 12.930 pronunce), ma nemmeno una *quantité négligeable*, specie se si considera che si tratta di un fenomeno sostanzialmente stabile negli ultimi tre decenni (26 casi di sostituzione si sono verificati tra il 2010 e il 2020, 29 tra il 2000 e il 2009, 32 risalgono al periodo 1988-1999). I giudici coinvolti, come sostituiti o come sostituti, sono 53, alcuni dei quali con frequenze significative (ma, a ben guardare la lista dei nomi interessati, forse sono significative anche le assenze da questo possibile elenco), i Presidenti 26».

Allo stesso tempo, è indubbia la perdurante scarsa attenzione dedicata al problema dalla dottrina, già avvertita e stigmatizzata dal Maestro: *“all’iniziale dubbio retorico di Costantino Mortati, che nel 1964 introduceva il volume sul tema ritenendo che il dissent avrebbe potuto assicurare la miglior funzionalità del sempre più diffuso controllo di legittimità costituzionale, ha fatto eco trent’anni dopo Francesco Paolo Casavola, che nel 1995 presentava la pubblicazione degli Atti del seminario in argomento svolto l’anno prima in Consulta con il “personale favore” per la proposta del Mortati, manifestando la convinzione che il “rischio di un coinvolgimento nella politica-conflitto” avrebbe potuto essere superato con la introduzione dell’opinione dissenziente, in un’epoca “in cui convincono rispetto e disprezzo, conoscenza esperta e asinina ignoranza per le regole della Corte che custodisce la Costituzione” (sic!), giudizio che si spera non fosse diretto alla rivoluzione accademica prodotta dalla giurisprudenza della Corte del 1992 in materia di letture dibattimentali. Cosa sia successo nei trent’anni che dividono l’identico pensiero dei due autorevoli giuristi lo riassume Adele Anzon, che testimonia come il problema non abbia suscitato una costante attenzione, neanche da parte della Corte costituzionale, essendosi attestato, piuttosto su un andamento carsico nei quarant’anni che dividono il lavoro della Corte dalla sua istituzione, anni durante i quali si susseguirono timide iniziative parlamentari prive di reale cura da parte dei destinatari. La decennale cadenza delle proposte istitutive del principio, dibattuto invano in occasione della approvazione della legge n. 87 del 1953 istitutiva della Corte, poi, non ha sortito effetto, non essendo stata discussa alcuna delle proposte parlamentari presentate: non quella di Mortati – a metà degli anni ‘60 – non quella di De Martino – del 9 luglio 1973 – non quella di Rodotà – del 6 febbraio 1981 – , che sul piano formale rappresentano il ventaglio delle possibili soluzioni del tema, proponendo, rispettivamente, la modifica delle norme integrative della disciplina della Corte, oppure la legge costituzionale, ovvero, la legge ordinaria”*.

Anni dopo, infatti, la convinzione trova radice nel limite dell’opera riformatrice delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» attuata con delibera in sede non giurisdizionale l’8 gennaio 2020, escludente la opportunità di introdurre l’opinione dissenziente. Le modifiche, infatti, hanno riguardato l’intervento nel giudizio di legittimità costituzionale dei soggetti che non rivestono la qualità di parte nel processo *a quo*, regolamentato tramite l’inserimento

nell'art. 4 del co. 7, che ne stabilisce il presupposto e l'introduzione dell'art. 4 *bis*, concernente (con il modificato art. 4, co. 3) i *modi*; la facoltà, ammessa in tutti i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale (fatta eccezione per il giudizio di ammissibilità del *referendum*), di «qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione (...) di presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio» (art. 4 *ter*); la «possibilità di convocare esperti di chiara fama, qualora [la Corte] ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline», disciplinando le modalità dell'acquisizione dell'opinione espressa dai predetti nell'art. 14 *bis*. Non anche la regolamentazione dell'opinione di minoranza, realizzabile anch'essa con un intervento manipolatore della Corte costituzionale sulla disciplina deliberativa della decisione. Sicché, il processo costituzionale continua a operare con un problematico senso di collegialità, in cui necessariamente si fanno entrare in motivazione tutte le opinioni, spesso le più disparate, mentre l'unico *dissent* ammesso è una forma di dissenso affermata in via di prassi: si può sapere che c'è stato un contrasto nel collegio ma non se ne conoscono le ragioni.

Il discorso è articolato; e riguarda metodo e contenuti del raffronto tra opinione dissenziente e dissenso. La scansione non è meramente nominalistica, perché *dissenting opinion* e *dissent* qualificano distinte fasi dell'evento della camera di consiglio. Nei dizionari si è soliti attribuire ai due vocaboli un rapporto di sinonimia. Il che non è scorretto. Solo che, quando si ricorre alla semantica dei concetti, quel rapporto risulta più complesso. Di qui, il bisogno di tracciarne le linee differenziali quanto alle forme e ai contenuti; unici criteri per far emergere i significati codicistici, soprattutto quando i termini hanno specifico valore giuridico.

Ne è convinto l'autorevole Autore: «Epperò, affrontare il tema con la modesta pretesa di individuare nuovi indirizzi e più attuali ragioni del dissenso giudiziale richiede in premessa chiarimenti semantici, dovendosi determinare, per un verso, il significato del vocabolo ora usato e la diversità che esso determina a seconda se il disaccordo riguarda le parti – per le quali il ricorso al dissenso è originario e previsto in una pluralità di situazioni – e/o il giudice – per il quale non si trova una disposizione che usa quella parola nelle occasioni, verticali, di disaccordo con altro giudice –; e, per altro verso, l'ampiezza della categoria in un sistema con pluralità di giurisdizioni. Nel primo campo si manifesta il complesso significato del vocabolo; che in prima impressione contiene l'insieme degli atteggiamenti di disaccordo e di critica nei confronti di specifiche istituzioni organizzate per l'esercizio di una funzione, il cui risultato comporta effetti tra singoli e/o sulla comunità delle genti. In termini più incisivi, la mancanza di consenso evidenzia disapprovazione, diversità di parere e di opinioni, critica radicale, vivace e serrata, operata all'interno di organi collegiali verso posizioni rappresentate dalla maggioranza del contesto plurisoggettivo chiamato ad esprimere valutazioni e giudizi su fonti e provvedimenti, ma anche su comportamenti nel caso in cui essi siano ritenuti contrari agli interessi della società. Così ricostruito, il termine unifica azione e risultato del dissentire; discordanza di opinione e diverso giudizio, raggiunto attraverso un percorso ricostruttivo degli eventi considerati; dunque, non un fraintendimento delle reciproche volontà, quanto un conflitto di opinioni non riconducibili ad unità. In tale dimensione, il dissenso si presenta come sentimento o filosofia attraverso cui si manifesta disaccordo e opposizione nei confronti di un'idea manifestata da un'entità istituzionale. In sintesi, se per lo storico Rij Aleksandrovič

Medvedev il dissidente non è semplicemente colui che la pensa diversamente, bensì colui che esprime esplicitamente tale disaccordo e lo manifesta in qualche modo ai suoi interlocutori, nel nostro caso la radice unica non riesce a limitare la profonda diversità tra dissenso ed opinione dissenziente, tra mancanza di consenso e palese opposizione, tra atto non voluto e differente ragionamento; pure se nel gergo, ovviamente la sinonimia esprime entrambe le posizioni. Non nel gergo giuridico; non nel sistema processuale penale; non nel processo di parti; non in un modello che ha profonde ispirazioni di common law, i cui intuiti sentori sono oggi rivelati dallo studio delle tradizioni giuridiche, attraverso il quale ci si libera di luoghi comuni e di incompresi passaggi epocali».

La radicata sottoscrizione del distinguo tra opinione dissenziente e dissenso all'interno della comune categoria dogmatica del segreto della camera di consiglio lascia emergere (anche) le ontologie della posizione critica assunta: *«ancora sul terreno della semantica, ulteriore analisi riguarda la diversità giuridica tra dissenso ed opinione dissenziente, giacché nel nostro codice il primo termine trova molteplici richiami riferiti ai rapporti tra le parti peraltro in situazioni non omogenee, il secondo non lo si rintraccia neanche nell'indice. "Dissenso", nel codice, significa non consenso; dunque, non può essere riferito agli atti del giudice che quando nega la richiesta di una parte o una autorizzazione egli non dissente in senso tecnico giacché il rifiuto della richiesta è niente più che il contenuto tipico del provvedimento destinato alla pluralità dei soggetti – anche se ignari della richiesta – ed allo sviluppo del processo. Di tutt'altro genere il contenuto della molteplicità di disposizioni in cui l'accordo tra le parti costituisce il presupposto per il compimento di un atto o di un rito; lì dove il connubio è ricolto soprattutto alla prova o al giudizio, mai a mera attività investigativa indipendente dell'una o dell'altra parte. Qui, consenso o dissenso non rappresentano l'esito di un ragionamento necessario all'esercizio della funzione; qui, quei vocaboli rappresentano l'incontro della volontà delle parti o il loro dissociarsi rispetto al compimento di un atto o di un rito, che, dunque, può essere assunto o celebrato solo alla prima condizione; ed è così anche se il termine "volontà" è difficilmente associato ai comportamenti del pubblico ministero, perché a lui si attribuiscono poteri discrezionali, politicamente e tecnicamente esclusivo appannaggio del giudice, se di esso si ricorda la semantica giuridica originaria»; sicché, "la conclusione della analisi dei profili semantici della vicenda che ci interessa sembra potersi così definire: dissenso" riguarda attività e comportamenti; l'"opinione dissenziente" attiene al giudizio; un buon punto di partenza per affrontare il merito dell'argomento».*

In questi termini, appare evidente che il problema dell'opinione dissenziente si radica, oggi, sul modo di coniugare persuasione, decisione, deliberazione sul doppio fronte della interpretazione, indirizzata ai valori sociali; del giudizio che pratica quei valori; e della motivazione che li esprime. Situazioni del processo dominate dal giudice sia quando si riferiscono all'accertamento, innestando il libero convincimento (persuasione), che quando attengono alla comprensione argomentata del diritto da applicare al giudizio (interpretazione). A questi nessi, poi, sono affidati il merito e la legittimità; modi della giurisdizione rispetto ai quali gli effetti della *dissenting opinion* si manifestano con differenti espressioni.

Ebbene, il riconoscimento legale dell'opinione dissenziente (intesa come voto contrario) nel co. 5 dell'art. 125 c.p.p. esprime la centralità democratica della situazione nei giudizi di merito e di legittimità; non anche in quelli costituzionali, in cui i metodi di esercizio dei poteri giurisdizionali

sono regolati dall'art. 17, co. 4. Ammettendo la possibilità di ciascun giudice di manifestare la propria opinione (rispetto alla maggioranza del collegio), la disposizione riconosce a quella divergente la natura di regola di comportamento: il giudice che non ha espresso un voto conforme alla decisione può chiedere che venga compilato sommario verbale contenente l'indicazione del dissenziente, della questione o delle questioni alle quali si riferisce il dissenso e dei motivi dello stesso, succintamente esposti; specularmente, la previsione dell'onere del presidente di conservare il verbale in plico sigillato presso la cancelleria impedisce la possibilità di renderli conoscibili al di fuori della camera di consiglio anche in questi giudizi.

A ben vedere, qui (merito e legalità) – ma anche lì (legittimità): la differenza insiste nel difetto di codificazione – la disposizione manifesta il riflesso naturale della previsione di eventi di *dissenting* sulla situazione soggettiva dei giudici del collegio, a meno di non voler ritenere che la dialettica collegiale sia mera formalità, non anche ricostruzione reale dell'avvenimento vissuto – di qualunque genere –; non confronto di convinzioni derivate dall'ascolto delle parti durante l'assunzione dei mezzi di prova – ovunque espletata (anche nel giudizio costituzionale: artt. 12 e 13) –; non tutela delle posizioni difensive – in qualunque materia, essendo convinti che *“il difensore è il soggetto delegato alla copertura tecnica della parte privata e, quindi, destinato a curare dialetticamente la legalità processuale e sostanziale di ogni vicenda”* (La Procedura Penale. Tra storia e politica, cit.) –.

3. La omologazione dei sistemi di giustizia in relazione al metodo della collegialità, svelato dal combinato disposto degli artt. 125, co. 4, c.p.p. e 17, co. 1, consente di indagare sui rapporti tra interpretazione e giurisdizione, diritti e giudizio, opinione dissenziente e democrazia, riferendoli – con opposte soluzioni, si anticipa – alle decisioni dei giudici costituzionali, di cassazione e comuni. L'abbrivio, dettato dalle scansioni delle attività della camera di consiglio preordinate alla sentenza, consente di migliorare i ragionamenti sui modelli decisionali e sulla metodologia giudiziale, di natura prettamente giuridica, con il profilo politico della vicenda, imposto (l'ultimo) dal condizionamento ermeneutico determinato dall'obbligo della interpretazione adeguatrice al diritto europeo. È innegabile, infatti, che il rinnovato contesto delle relazioni tra fonti, riflettendo su quelle tra ordinamenti e sistema CEDU, sul valore e sugli effetti delle decisioni delle Corti sovranazionali e internazionali, finisca per incidere sull'attività interpretativa del giudice nazionale che assume, così, natura evolutiva (ammessa da Corte cost., n. 158 del 2020).

In altri termini, la politicità e la giuridicità del sistema delle fonti, come chiavi di lettura per ricostruire il paradigma europeo, scoprono un ruolo della giurisprudenza inedito rispetto al passato, coerente con il ridimensionamento della funzione del diritto statale. Di conseguenza, se la legge non opera più in regime di monopolio ma si completa con un sistema delle fonti pluralista e articolato, nonché con metodi altri di produzione del diritto, è fisiologica la maggiore complessità dell'opera intellettuale affidata al giudice contemporaneo, che deve individuare la norma applicabile al caso concreto tenendo conto della compatibilità delle scelte compiute con la Costituzione e, mediamente, con gli strumenti internazionali al cui rispetto l'ordinamento (e, dunque, anche la giurisdizione) si è vincolato.

Insomma, se non è atteggiamento ingiustificatamente progressivamente ritenere che nell'epoca post-moderna si assiste al trasferimento del dominio sul diritto e sui diritti dal legislatore

alla giurisdizione, non deve meravigliare la convinzione della necessità che le categorie dommatiche della decisione – il ragionamento giuridico e fattuale e la motivazione, prima del dispositivo –, si arricchiscano della personalità di ciascun giudice costituente il collegio; abbisognino del dialogo sulle ragioni della decisione e sulla loro argomentazione, essendo inefficace sul fronte della democraticità del provvedimento giudiziale il mero affidamento alla relazione del giudice relatore di turno o il semplice esercizio del diritto di voto, anche se non si nega la interferenza tra gli eventi, poiché giudicare e votare sono termini della medesima situazione (la deliberazione del provvedimento giudiziale in camera di consiglio), entrambi trovano sintesi nella collegialità che si manifesta, dapprima, nella possibilità di ciascun giudice di interloquire sulle scelte della maggioranza e immediatamente dopo, appunto, nella messa al voto. In tal modo i contributi ermeneutici individuali generano il contenuto, il prodotto della camera di consiglio, del collegio, ovvero, la sentenza che, pur perdendo individualità in quanto sostenuta dal più ampio consenso, conserva individualità sotto il profilo del singolo contributo all'accertamento del fatto.

Da questa prospettiva, l'opinione dissenziente manifestata nella fase deliberativa ed espressa nella votazione non pregiudica la unità né la unicità della decisione; non rappresenta una rottura della collegialità e nemmeno ne compromette la riferibilità al collegio. Essa, non da ultimo, non costituisce un rischio per la indipendenza del giudice, considerato che la stessa Corte costituzionale già nella sentenza n. 18 del 1989, dichiarando la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 L. 13 aprile 1988, n. 117 in riferimento agli artt. 101 e 104 Cost., affermò che «nel nostro ordinamento costituzionale non esiste un nesso imprescindibile tra indipendenza del giudice e segretezza e che nessuna norma costituzionale stabilisce il segreto delle deliberazioni degli organi giudiziari di qualunque ordine e grado, quale garanzia della loro indipendenza, né a tal fine impone il segreto delle opinioni dissenzienti; che il segreto costituisce materia di scelta legislativa senza alcun rapporto con l'indipendenza del giudice ed è un valore morale che si realizza in tutta la sua pienezza proprio quando si esplica nella trasparenza del comportamento».

Si rifletta. Il diritto comune europeo e il contesto pluriculturale sono altrettanti segni del processo di modernizzazione del diritto e della giurisdizione che compongono le antinomie tra ordinamenti e sistema CEDU per il tramite della interpretazione conforme al diritto UE e al diritto convenzionale delle legislazioni (combinato disposto degli artt. 101, co. 2; 11; 117, co. 1, Cost.), pur lasciando impregiudicata l'autonomia dei criteri ermeneutici rispettivamente previsti (art. 12 prel. c.c.; artt. 31 [32 e 33] Convenzione di Vienna del 1969); richiedono di favorire la certezza del diritto attraverso l'idea di una ermeneutica aperta, che manifesti tensione verso il valore delle disposizioni piuttosto che delle regole, di una interpretazione che sia evolutiva e che si esprima per orizzonti anziché per concetti. In questo senso il diritto vivente supera i limiti dettati dal nazionalismo e si orienta al confronto con le massime di decisione elaborate da Corti altre, spesso addirittura richiamandole in funzione di precedente. Questo progressivo arricchimento, a sua volta, attenuando la rigidità dell'assolutismo della legge, esalta il ruolo politico della giurisdizione, affrancandola dalla visione riduttiva dell'analisi logica del linguaggio giuridico e determina il superamento dell'idea della decisione giudiziale modellata sullo stampo del sillogismo, per aprire all'argomentazione persuasiva, fondata sul plausibile e sul ragionevole, quali criteri di scelta tra possibili interpretazioni del fatto, giammai fra proposizioni veritative.

Ebbene, se l'indagine casistica diviene metodo per il progressivo riconoscimento dei giudizi di valore nel processo di individuazione della regola e richiede l'abilità del giudice di intercettare le esigenze del multiculturalismo e di rispondervi efficacemente, l'indirizzo apre al dialogo fertile tra le diverse vedute dei giudici che non può essere limitato dal divieto di esplicita manifestazione nella parte motiva del provvedimento giudiziale. Rivisitare la segretezza della deliberazione e ammettere, di conseguenza, la esternazione della *dissenting* nella motivazione della sentenza; dunque, rendere pubblico l'intero percorso dialettico che ha determinato la decisione, contribuirebbe ad affievolire la contrapposizione tra la soggettività, storicamente condizionata, dell'*ars interpretandi* e la statica oggettività della legge.

In altri termini, se da un lato, è innegabile che la comprensione e la certezza del diritto sono parti di un processo guidato da norme, di un procedimento codificato; dall'altro, è altrettanto certo che l'attività dell'interprete, applicatore della legge, indissolubilmente legata al fatto, richiede una razionalità che non è puramente tecnica ma pratica, prudenziale. Il compito del giudice, infatti, è arrivare alla compenetrazione tra l'universalità della disposizione e la varietà e la naturale mutabilità dei casi e delle situazioni, la cui sintesi si rivela nella motivazione. Obiettivo al quale non è estranea la comunicazione dei contributi dei singoli giudici al ragionamento giuridico e fattuale: la esternazione in sentenza della *dissenting opinion*, presupponendo dialettica processuale e pluralismo dialogico, risponde ai bisogni del controllo di razionalità dell'argomentazione giuridica e di legalità della decisione giudiziale.

In senso lato, l'esternazione dell'opinione dissenziente, piuttosto che la sua mera verbalizzazione da custodire col segreto del plico sigillato, potrebbe rendere ulteriormente efficace la capacità della motivazione di esprimere coerenza, da un lato, tra i passaggi che la compongono e il dispositivo che ne consegue; dall'altro, tra la sentenza e i precedenti con cui la prima si salda, creando indirizzi giurisprudenziali consolidati e perciò persuasivi, pur lasciando inalterata la possibilità del giudice successivo di discostarsene. Ancora. Se la interpretazione giuridica non fissa una entità scientifica definita che vincola il giudice a una conclusa valutazione, ma le diverse norme sono altrettante cristallizzazioni di differenti punti di vista spesso divergenti, allora l'opinione dissenziente arricchisce le riflessioni sul metodo giuridico, imponendo il confronto sulle regole discorsive e sugli schemi argomentativi; e influisce sul programma della dogmatica giuridica, dunque, sulla giustezza della decisione, dal momento che solo dalla piena consapevolezza della norma giuridica (*rectius*: dei concetti giuridici contenuti nella) dipende la piena comprensione del diritto e la certezza della sua applicazione.

4. In questi eventi, l'Autore avverte la necessità che esistano altrettante buone ragioni per rimeditare il segreto sull'opinione dissenziente del giudice espressa nella camera di consiglio: *«ora, se è evidente che la differenza di genere è data dall'oggetto della specifica giurisdizione, non si comprende perché debba essere escluso da questa reale dialettica collegiale il fatto e la sua prova, cioè la giurisdizione di merito, lì dove la democraticità collegiale acquista immediata incidenza nei diritti fondamentali della persona quando non nella sua libertà personale»*.

Il medesimo itinerario, al contrario, convince a coltivare un opposto orientamento, differente, giammai migliorativo.

Dunque. Idea contro idea: insiste la (nostra) convinzione che la preclusione divulgativa dell'opinione dissenziente rappresenti il fondamento garantista delle decisioni di merito.

La ragione della chiusura va ricercata, sul fronte dei principi, negli artt. 101, co. 2, 111, co. 3, Cost., che costruiscono la giurisdizione come funzione e quale diritto, presidiata dalle garanzie di autonomia, legalità, imparzialità e terzietà; e, sotto il profilo delle regole, nel carattere cognitivo del processo di merito, che individua nella rappresentazione del fatto a opera delle parti la fonte delle conoscenze del giudice e nella relazione tra giudice, criteri di verità e motivazione, che l'art. 192, co. 1, c.p.p. pone in qualità necessitata e tipica. Si aggiunga l'art. 533, co. 1, c.p.p., che onera il giudice di sciogliere il dubbio sulla colpevolezza dell'imputato in termini di innocenza.

A questo sistema, l'art. 125, co. 5, c.p.p. offre una più incisiva influenza: la regola di esclusione riguarda la segretezza (intesa come divieto di divulgazione) dei contributi della deliberazione, non investendo, invece, la possibilità per il giudice di manifestare, nella camera di consiglio, il voto contrario e la relativa giustificazione. Specularmente, la segretezza attiene al giudizio; colpisce le modalità della deliberazione collegiale; caratterizza l'attività decisionale della camera di consiglio e la motivazione del suo epilogo, precludendo di palesare, nella parte motiva della sentenza, le opinioni individuali e il risultato della votazione con cui è stata assunta la decisione. Detto altrimenti, il segreto coinvolge il provvedimento del collegio, ovvero, la sintesi delle posizioni manifestate da ciascun giudice nel contesto della camera di consiglio. Di conseguenza, nonostante la motivazione appaia all'esterno sempre come un'argomentazione razionale, neutrale, oggettiva, spersonalizzata e malgrado si manifesti come un discorso tecnico, formalistico e lineare, essa è scaturita dal confronto sulle più disparate scelte.

Su questo terreno, si rintraccia l'atteggiamento preclusivo per la giurisdizione di merito. Si consideri. Nel processo di merito, in cui la imparzialità del giudice, il contraddittorio (in funzione di metodo per garantirla) e la motivazione sono i paradigmi della giurisdizione e della legittimazione della funzione del giudice; e la valutazione delle prove, la ricostruzione del fatto, la consumazione della presunzione di innocenza descrivono la legalità del giudizio, il valore della segretezza dell'opinione dissenziente influenza la tenuta della giustezza del processo, tutelando la struttura del sistema delle impugnazioni dal rischio di parzialità del giudice, anche quando la sentenza sia di condanna e la *dissenting* riguardi l'innocenza dell'imputato. Allo stesso tempo, salvaguardando il diritto dell'imputato – in particolare ma, in generale, delle parti – a un processo *rationale*, garantisce la tenuta della intangibilità del giudicato (si vedrà).

Il primo fronte: valore della segretezza, giustezza del processo, struttura del sistema del controllo di merito. La linea normativa degli artt. 593 (598); 570-572; 597 (581, lett. c); 585 co. 4); 601; 602; 603; 605, c.p.p., rappresentativa del giudizio di appello, evidenzia che, se la caratteristica fondamentale delle impugnazioni è affidare alla iniziativa delle parti gli sviluppi del processo sottraendoli al giudice, nonché, contestualmente, attribuire rilievo dispositivo alla volontà delle stesse parti attraverso il vincolo cognitivo e decisorio imposto al giudice con l'atto di impugnazione, allora il presupposto garantistico del controllo è la situazione di dipendenza dal giudizio di primo grado, del quale il giudizio di appello legge gli atti e ripete le formalità della discussione e della eventuale rinnovazione della istruzione dibattimentale. Anzi, è soprattutto rispetto a queste ultime situazioni che coinvolgono direttamente il fatto valutato e deciso dal giudice precedente che si presenta più

stringente il bisogno di neutralizzare qualsiasi rischio di pregiudizialità del giudice successivo, considerato, inoltre, che qui non v'è mutamento del fascicolo su cui egli forma il proprio convincimento.

Stando così le cose, la pubblicità della *dissenting opinion*, se fosse autorizzata, ferirebbe la sfera potestativa della giurisdizione quando si manifesta nella discrezionalità (normativamente guidata) interpretativa della legge ma, ancor di più, nella valutazione delle prove, nella connotazione del fatto e della responsabilità, nonché nella determinazione della pena. Precluderla, al contrario, non pregiudica la democraticità della decisione, poiché il giudice dissenziente partecipa allo svolgimento dialettico del processo esprimendo ragionamenti ed esemplificazioni contrarie; allo stesso tempo, però, non influenza il convincimento del giudice chiamato a controllarle, sottraendo il fatto alle interferenze soggettivistiche di chi lo valuta. Rischio che sarebbe concreto qualora l'opinione dissenziente espressa nella camera di consiglio fosse pubblicata nella parte che descrive l'*iter* formativo della decisione e la sua giustificazione; in questo caso, infatti, il giudice successivo sarebbe posto in grado di conoscere e di valutare le ragioni per cui la sentenza, pur presentandosi formalmente come esercizio unitario del potere giurisdizionale, nella sostanza non lo è.

È opportuna una spiegazione.

Nelle ipotesi considerate dal co. 5 dell'art. 125 c.p.p., la circostanza che la sentenza costituisca la decisione sul fatto e sulla responsabilità e che la collegialità la governi, non significa che la seconda monopolizzi la prima né che esaurisca la tematica della scelta che la presuppone, nella quale rientrano l'atteggiamento del giudice che non ha espresso voto conforme alla decisione e la sua discrezionalità, la sua libertà intellettuale. Tale opzione, rappresentando una preferenza tra più possibilità, è anch'essa una decisione, seppure non pubblicizzata. Sicché, se scegliere e, quindi, se decidere di dissentire sono operazioni connesse alla valutazione dei contenuti del fatto affidato alla giurisdizione di merito, emerge un tessuto ideologico e politico che non può non influire sulla opzione stessa e che, se conosciuto dal giudice successivo, finirebbe per pregiudicarne la libertà di convincimento.

La seconda relazione – decisione, motivazione – è più complessa, in quanto, coinvolgendo il valore democratico del giudizio rispetto alla tutela della posizione giuridica del soggetto che subisce la decisione, potrebbe avallare l'ipotesi favorevole alla previsione della divulgazione dell'opinione dissenziente anche per le decisioni giudiziali di merito.

Epperò, se si indaga adottando forme di razionalità sostanziale, cioè, se si ricerca un ordine oggettivo di valori in quelle relazioni; se l'approccio innesta le connessioni tra principi e regole, diritti e poteri, tra oneri e facoltà, rimarcando la differenza tra struttura e valore della motivazione, appare evidente che tale intuizione, se realizzata, non innalzerebbe lo standard di tutela della posizione giuridica dell'imputato ma, addirittura, lo abbasserebbe, compromettendo la imparzialità del giudice successivo, condizionandone inevitabilmente le valutazioni (s'è detto). In questo caso, la preclusione dettata dall'ult. pt. del co. 5 dell'art. 125 c.p.p. («il verbale (...) è conservato a cura del presidente in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio») si giustifica alla luce del pluralismo giudiziario che, relazionato al giudice dell'appello, gli riconosce libertà di discostarsi dal convincimento del primo giudice, fatte salve soltanto le preclusioni derivanti dai parametri di legge e dal principio di ragionevolezza; in uno, dal rigore argomentativo.

Volendo approfondire. L'obbligo di motivazione si inserisce tra le garanzie procedurali previste nel Preambolo penalistico della Costituzione qualificandosi come diritto dell'imputato; nella qualità, chiude la vicenda processo, da un lato, documentando il giudizio sulla fondatezza-infondatezza della imputazione contestata e, dall'altro, garantendo il controllo postumo sulla razionalità e logicità delle determinazioni giudiziali. Dunque: l'obbligo di motivazione impone al giudice la razionalità del decidere; riconosce alle parti il diritto a una decisione logica, sistemica e sistematica e la relativa facoltà di controllare l'uso giudiziale delle regole per l'apprezzamento della domanda, sistemandone i presupposti che lo regolano e le conseguenze che vi derivano nelle sfere giuridiche protette, nel contesto di una fisiologica contrapposizione tra i poteri e i doveri dei soggetti chiamati a gestirle e tra i diritti e le facoltà dei soggetti destinatari. Di qui, la imprescindibilità della legalità del metodo nella ricostruzione del fatto storico e nella individuazione del suo autore, che a sua volta si riflette sulla struttura della motivazione; e la inevitabile interazione tra motivazione e libero convincimento, sulla quale andrebbe a ricadere la previsione della formalizzazione dell'opinione del giudice che dissente dalle ragioni della maggioranza.

Ora, poiché le parti sono le uniche destinatarie delle regole di comportamento che in un sistema legale di prova costruiscono i saperi giudiziali e, nella qualità, devono essere garantite dai pericoli di un eventuale sviamento del modo di giudicare, cioè dai rischi di abuso dell'uso degli elementi di conoscenza, bisogna chiedersi, anche per questa via, se pubblicizzare l'opinione dissenziente servirebbe a scongiurare tale pericolo, tenendo presente il rischio, questo concreto, di parzialità del giudizio del grado successivo.

Se si ragiona in termini di rapporto tra principi (art. 111, 6 co. Cost.) e regole (artt. 192, co. 1; 125, co. 3; 292 co. 2, lett. b); 426 co. 1, lett. d); 546, co. 1, lett. e); 598; 617, co. 1, c.p.p.), la negazione appare scontata, poiché la riferita codificazione tranquillizza della circostanza che i rimedi contro il pericolo dell'abuso risiedono nella struttura del processo. Invero, sul fronte dei principi, la previsione che la decisione debba essere spiegata e che il mezzo per controllarla sia la motivazione comporta che il difetto (mancanza) di motivazione incida sulla esistenza del provvedimento giurisdizionale, facendogli perdere i requisiti geneticamente propri, così da renderlo strutturalmente inidoneo a produrre effetti giuridici nel processo e fuori di esso. Addirittura, la natura del vizio, vale a dire, la contingenza che esso violi la garanzia dettata dal 6° co. dell'art. 111 Cost. determina che il rimedio (la inesistenza) travalichi lo stesso giudicato. Sul piano delle regole, i vizi strutturali della motivazione che ricadono sulla sentenza (artt. 546, co. 1, lett. e); 604, co. 4 e 5; 606, lett. e) c.p.p.), ovvero quelli che riguardano il percorso giustificativo del *decisum* per capi e per punti (artt. 187 e 527 c.p.p.), ne determinano la nullità (art. 124, co. 3, c.p.p.), alterando la funzione dello schema legale dell'atto (art. 546 c.p.p.). In questo contesto, pubblicizzare l'opinione dissenziente significherebbe soltanto manifestare una discrepanza riguardo alla ricostruzione del fatto e della responsabilità rispetto alla quale le parti godono già di strumenti rimediativi.

Sul terzo versante – *dissenting*, intangibilità del giudicato –: l'imputato può essere considerato colpevole soltanto quando alla irrevocabilità della sentenza-atto corrisponda la intangibilità della sentenza-fatto, cioè solo nella ipotesi in cui l'accertamento contenuto nella prima sia il risultato di un processo legale che abbia garantito la posizione dell'imputato attraverso il rispetto delle situazioni giuridiche riconosciutegli dal Preambolo penalistico della Costituzione, oggi implementate dal

sistema della CEDU e dall'ordinamento dell'Unione europea (artt. 24; 25, co. 1; 101; 111; 112; 27, 2° co. Cost.; 6 CEDU [art. 117, co. 1 Cost.]; 47-50 CDFUE [artt. 11 e 117, co.1, Cost.]), tra le quali rientrano la imparzialità e la presunzione di innocenza; e rispetto alle quali abbiamo dimostrato gli effetti pregiudicanti di una eventuale rivisitazione, in termini possibilistici, del co. 5 dell'art. 125 c.p.p.

Volendo sintetizzare l'”*idea contro idea*”: l'analisi è affidata alla norma; la letteratura non si pone nemmeno il problema; la dottrina dell'insigne Giurista, invece, lo spiega in termini di necessità di rivisitare il co. 5 dell'art. 125 c.p.p., considerando il divieto di documentare l'opinione dissenziente “*un rimedio per elisioni successive rivolto al raggiungimento di una maggioranza che molto efficacemente Francesco Carnelutti considerava “artificiosa”*”. Noi, con la radicata, opposta convinzione dei pericoli che potrebbe creare siffatta operazione alla autorità della decisione e ai gradi successivi del processo.

5. Questione altra, inesplorata dal Maestro, è quella che investe il nesso tra opinione del giudice e preclusione probatoria. Sul punto, è opportuno ripetere arresti già raggiunti che, tuttavia, appaiono indispensabili per una rivisitazione delle soluzioni un tempo offerte.

Ebbene: la segretezza attiene al giudizio; riguarda le modalità della deliberazione collegiale; caratterizza l'attività della camera di consiglio e la motivazione del suo epilogo, precludendo la esteriorizzazione delle opinioni e del risultato della votazione. Dunque, il segreto coinvolge la decisione collegiale intesa come sintesi delle posizioni manifestate da ciascun giudice in occasione della deliberazione della sentenza. L'asserzione fonda sul combinato disposto degli artt. 125, co. 4, ult. pt. e 545 (544; 546), c.p.p.: la pubblicità del dispositivo e la lettura della motivazione, piuttosto che limitare il confine del segreto al primo ambito (modalità), rispondono al meccanismo di riferimento al collegio della decisione, anche quando non è frutto di una determinazione unanime. In tale direzione, il segreto coinvolge l'opinione dei singoli giudici; che diviene, a sua volta, l'oggetto della *notizia* sulla quale cade il segreto.

Premesse, tutte, che servono a confermare il distinguo tra segreto della camera di consiglio e segreto di ufficio; quest'ultimo caratterizzato dalla tipizzazione delle posizioni soggettive stabilite dal combinato disposto degli artt. 201 c.p.p.; 357; 358; 326, c.p. e per questo non estensibili in via analogica al giudice che abbia concorso alla deliberazione in camera di consiglio e differenziato dal primo che, viceversa, rappresenta categoria autonoma dalla quale originano, di conseguenza, una serie di effetti indipendenti (non derivati), da quelli previsti dal co. 1 dell'art. 201 c.p.p. E che ci convincono, prendendo le distanze dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che il metodo più efficace per affrontare la questione della (il)legittimità della testimonianza sull'opinione e sui voti espressi dai singoli componenti del collegio sia collegato alla maniera di intendere le interrelazioni tra fatto, imputazione e prova.

Il ragionamento (aggiornato): la regola di comportamento contenuta nell'art. 125, co. 4, ult. pt, c.p.p, fondata sul principio generale di segretezza della deliberazione, stabilisce, implicitamente, una preclusione dichiarativa in capo al giudice che ha partecipato alla camera di consiglio, garantita dalla inutilizzabilità della testimonianza in merito al procedimento formativo (opinioni e votazione) della deliberazione collegiale. Infatti, la inosservanza del divieto di divulgazione, sotto il profilo

processuale, comporta la non valutabilità delle dichiarazioni rese; mentre, sotto quello del diritto sostanziale, «chiunque pubblica i nomi dei giudici con l'indicazione dei voti individuali che ad essi si attribuiscono nelle deliberazioni prese in un procedimento penale» incorre nella sanzione stabilita dall'art. 685 c.p., non anche dall'art. 326 c. p.199, come accade, viceversa, per la violazione del segreto d'ufficio.

Ragionando sul primo: se gli effetti della segretazione della decisione ricadono sul rapporto segreto-opinione, rappresentando il contenuto della protezione dettata dall'art. 125, co. 5, c.p.p., il divieto di utilizzabilità delle dichiarazioni attinenti al giudizio deliberativo non deriva dall'applicabilità della regola di esclusione contenuta nell'art. 201 c.p.p. in tema di testimonianza, bensì dal combinato disposto degli artt. 125, co. 5; 191; 187; 331, c.p.p. che rileva come il divieto probatorio sia fisiologico, investendo l'opinione (fatto del giudice), non anche la imputazione (fatto del processo). Non è un caso, infatti, che quando la testimonianza riguardi il fatto, cioè il reato e la sua imputazione, la preclusione cade; vale a dire che l'esame testimoniale dei componenti di un collegio giudicante, nel caso in cui l'imputazione attenga a un reato intimamente connesso con quanto si è detto e si è deciso nella camera di consiglio, si estende legittimamente ai giudizi formulati e ai voti espressi in quella sede, all'opinione espressa e alla posizione assunta da ciascun giudice, diventando, ciascun evento, altrettanto presupposto del reato stesso (si consideri, a mo' di esempio, la imputazione per il delitto di falsità in atto pubblico attraverso la redazione, ad opera del presidente estensore di un tribunale del riesame, di una ordinanza con statuizione difforme da quella deliberata in camera di consiglio). In altri termini, la preclusione dichiarativa si consuma quando l'imputazione dipende dalla convinzione espressa dal giudice nella camera di giudizio; cioè, quando da quel giudizio origina il reato.

La soluzione proposta si arricchisce del combinato disposto degli artt. 194; 187; 499, co. 1 (133; 203 c.p.); 236, c.p.p. che traccia lo schema legale della testimonianza, il quale, riguardo all'oggetto, non contempla l'opinione del giudice, neppure quella dissenziente. Ne deriva che, se tale modello condiziona la testimonianza al fatto e se riconduce la funzione della prima alla proiezione probatoria rispetto al secondo, non è possibile che si producano effetti senza che si sia realizzata quella interdipendenza. Sicché, il motivo della preclusione probatoria non risiede nella omologazione con le situazioni descritte nell'art. 201 c.p.p., bensì nella circostanza che si tratterebbe di dichiarazioni rese su opinioni e non su accadimenti; quindi, su un oggetto extravagante rispetto a quello che legalmente può concorrere a sorreggere in merito una decisione. Deve trattarsi, cioè, di questione di metodo probatorio, di scelte sistematiche a favore del fatto non anche di un giudizio.

Il ragionamento va approfondito. Il fatto processuale si identifica con il comportamento ed è costituito da un evento rapportabile a uno o a più soggetti; là dove, s'è detto, l'opinione è un parere. Il primo delimita il *thema probandum* e rappresenta il criterio di valutazione della rilevanza delle prove; la seconda, quando appartiene al singolo giudice (fatto del giudice) giustifica il voto in camera di consiglio, quando si riferisce al collegio (fatto del collegio) spiega la decisione esprimendosi nella motivazione. Detto altrimenti, l'opinione manifesta il convincimento del singolo giudice, fondato sulla valutazione, in solitudine, degli elementi raccolti, sui criteri personalmente applicati nella lettura del materiale decisorio; si riferisce alla osservazione della imputazione in ordine alla quale il giudice è chiamato ad esprimere un punto di vista, una regola di ragionamento. Quando l'opinione del giudice

è convincimento condiviso dai componenti della camera di consiglio, diviene opinione del collegio e si esterna nella motivazione.

In sintesi: il giudizio non è altro che una teorizzazione, un concetto; esiste soltanto nella mente di chi lo propone e di coloro che lo condividono. Di conseguenza, il carattere ideologico che lo permea, pur conservando radici giuridiche (la strumentalità alla corretta soluzione del caso), esclude che possa essere considerato alla stregua di un fatto, di oggetto di prova.

Sotto altra prospettiva; più lata. Il giudizio svela la soggezione del giudice alla legge e concretizza l'applicazione delle prescrizioni legislative al caso concreto; la tensione è verso l'accertamento legale del fatto e della responsabilità dell'imputato; la manifestazione è la decisione imparziale della controversia affidata dalle parti al giudice. Come a dire, che l'opinione del giudice mostra la sua capacità di rendere giustizia, di discernere tra innocenza e colpevolezza e fonda sulla produzione normativa tempestivamente adeguata, con l'interpretazione, agli immancabili mutamenti sociali.

Ebbene, il buon governo dell'applicazione della legge è fatto del giudice (giudice-persona; giudice-collegio), non anche fatto del processo (imputazione, prova); il giudizio rientra nella sfera personale di ciascun giudicante, implica il potere-dovere di compierlo (art. 102, co. 1, Cost.), ne determina la responsabilità là dove realizzi un reato. Epperò, se l'opinione resta nella sfera personale del giudice; se si manifesta nel suo rapporto con la norma; se i giudici interpretano la legge secondo il proprio sentire – non eguale in essi –, senza il vincolo del precedente (che qui sarebbe d'ausilio), tanto che appare fisiologica la possibilità che non risulti assicurata la uniformità delle vedute rispetto alla ricostruzione dello stesso fatto, allora le divergenze delle opinioni rispetto al fatto e la conformità della decisione rispetto alle regole sono controllabili soltanto attraverso i rimedi interni, sono affidate alla volontà delle parti e alle determinazioni del giudice superiore. Non meravigli. Del resto, a proposito della ontologia delle sentenze, ciascuna di esse costituisce una entità unica, frutto di una singolare operazione che, per quanto possa essere normativamente guidata dalle regole stabilite dal principio di legalità processuale, resta operazione del giudice e del collegio.

Pertanto, anche sul terreno del rapporto tra opinione e sentenza, la prima si rivela come valutazione di merito sul merito, o sulla legalità, o sulla legittimità, a seconda che la questione affidata alla deliberazione dei giudici sia la valutazione della imputazione, oppure il vigore della legge o la sua validità. In ogni caso, neppure in quella relazione, l'opinione si traduce in un comportamento. In altre parole, nella categoria dell'opinione giudiziale possono farsi rientrare le attività normativo-descrittive, quelle analitiche e normativo-propositive; insomma, ogni argomento funzionale al discorso del giudice, al suo ragionamento. In ogni caso, si tratta di enunciati, non di condotte; di argomenti dogmatici necessari per la giustificazione della decisione, quando è opinione del collegio e a fondare la *dissenting* qualora resti opinione del giudice.

Su queste premesse, la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal giudice in merito al procedimento formativo della decisione non si manifesta come reazione a un vizio del procedimento acquisitivo, scaturendo, piuttosto, dalla ontologia della categoria che colpisce; la quale, in radice, nega alle opinioni dei giudici la natura di prova. Di modo che, un eventuale contributo conoscitivo relativo all'opinione del giudice è inutilizzabile in chiave dimostrativa, perché è inidoneo a essere oggetto di prova.

Si aggiunga che la marcata dimensione valoriale dell'opinione giudiziale, rivelandosi come situazione soggettiva del giudice (art. 525 co. 2 c.p.p.), sfugge (salvo il caso che vedremo) sfugge a criteri di determinatezza e all'aggancio a fattispecie penali specifiche; condizioni che, viceversa, connotano (devono connotare) la imputazione, richiedendolo, non solo, l'art. 417 co. 1 lett. b), c.p.p., ma, soprattutto, i bisogni dettati dal diritto alla prova (artt. 190 co. 1 *incipit*; 493, c.p.p.) e quelli sottesi alle regole di ammissione (artt. 190 co. 1 ult. pt.; 495, c.p.p.).

Si ragioni sulla ulteriore linea normativa degli artt. 194 co. 1 e 3; 499 co. 1; 187 c.p.p. che rimarca la inscindibilità del nesso tra testimonianza, imputazione e oggetto della prova: l'art. 194 co. 1 c.p.p. fissa l'oggetto della testimonianza e lo individua nei fatti che costituiscono oggetto di prova; il co. 3 pone un ulteriore limite dichiarativo, stabilendo che l'esame del testimone deve vertere esclusivamente su fatti determinati e specifici (come precisato anche dall'art. 499 co. 1 c.p.p.). A sua volta, l'art. 187 c.p.p. riferisce alla imputazione, alla procedibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza i confini dell'accertamento nelle varie fasi e/o nei differenti giudizi. Di conseguenza, le prove estranee a quei fatti – e, a maggior ragione, l'opinione del giudice che, s'è detto, non può essere considerata alla stregua di una prova – trovano nel *thema decidendum* uno sbarramento processuale, in virtù del quale sono da considerarsi inammissibili, se richieste e inutilizzabili, se introdotte nonostante il divieto.

Si badi bene; e qui l'anticipata specificità.

Se sono oggetto della prova, tra gli altri, i fatti che si riferiscono alla imputazione, quindi, l'insieme dei dati storici enunciati nel capo di imputazione e integranti la fattispecie di reato astratta contestata all'imputato; se implicano tanto la commissione del fatto che la sua corrispondenza alla fattispecie legislativa; se la prova è funzionale alla ricostruzione giudiziale del fatto, allora solo nel caso in cui vi sia corrispondenza tra l'opinione del giudice espressa per la deliberazione e una fattispecie penale è ammissibile la testimonianza. Qui, infatti, essa si rivela come fatto, come accadimento che, legittimamente acquisito, è valutabile dal giudice in ordine alla proposizione da provare.

Allo stesso modo, si risolve la questione del divieto di testimonianza sulle discussioni tra giudici e voti espressi da ciascun componente del collegio nel procedimento disciplinare instaurato a seguito dell'esercizio dell'azione disciplinare per uno dei riferiti illeciti. Ebbene, sul punto, valgono le considerazioni già svolte a proposito della situazione di reato che legittima la utilizzabilità di quelle dichiarazioni nel procedimento penale, nonostante l'autonomia dei procedimenti fa sì che siano possibili interazioni soltanto se v'è compatibilità tra le rispettive norme. Anche qui, la deposizione è ammessa, riferendosi l'addebito a un illecito disciplinare intimamente connesso a quanto deciso nella camera di consiglio.



GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Una nuova strategia per una tutela effettiva dei diritti fondamentali: il ruolo essenziale di un numero limitato di posti letto nelle REMS

FRANCESCO SCHIAFFO

ABSTRACT

The effectiveness of the legislation that brought about the closure of forensic psychiatric hospitals for the protection of the fundamental rights of the psychiatric patient as a person subject to security measures, is guaranteed by the need for a continuous rapid turn-over of patients in the new residential facilities (Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza - REMS). It is therefore essential that the number of beds remains strictly limited as this is the only way to prevent what happened in the USA where psychiatric institutionalization and penitentiary institutionalization act as 'communicating vessels' in the calculation of the overall rate of institutionalization (Harcourt, 2006).

SOMMARIO: 1. Il superamento degli opg oltre la disciplina delle misure sicurezza: l'ipotesi di una esemplare soluzione legislativa. – 1.1. L'OPG tra «definitivo superamento» e costante svuotamento. - 1.1.1. Il ricovero in OPG come *extrema ratio*: una disposizione attesa da undici anni. - 1.1.2. Le REMS non sostituiscono gli OPG: le inevitabili ragioni di un costante svuotamento. – 2. Gli esiti della inevitabile necessità del *turn-over*: una valutazione giuridica. – 3. Oltre le differenze: le ipotesi per una valutazione comparata dell'impatto della vecchia e della nuova disciplina. - 3.1. Il sicuro (ma inutile) parametro di un chiaro indice di istituzionalizzazione: il sovraffollamento. – 3.2. L'esperienza statunitense dei vasi comunicanti: il sistema italiano delle REMS tra l'analisi di Harcourt e il sogno di Radbruch. – 4. Il futuro alle porte: la realizzazione possibile di una riforma da difendere.

1. La legislazione per il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» (OPG) di cui al vigente art.3-ter d.l. n.211/2011 realizza solo in minima parte le grandi riforme continuamente auspiccate - e, soprattutto dopo le direttive di delega di cui all'art.1 co.16 l. n.103/2017, anche sfiorate – nell'ambito del sistema delle sanzioni penali.

Essa, tuttavia, è riuscita comunque a modificare, dopo 84 anni, alcuni dei caratteri essenziali alla distinzione dei due percorsi nel sistema del c.d. doppio binario, quali la disciplina della durata massima delle misure detentive di sicurezza e i criteri per la valutazione della pericolosità sociale del paziente psichiatrico.

Ma le strategie perseguite per il superamento di quell'«autentico orrore indegno di un paese appena civile»¹ rappresentato dalle vecchie strutture per l'esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt.219 (assegnazione a una casa di cura e custodia, CCC) e 222 (ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario) non si segnalano soltanto in ragione della rivisitazione di una connotazione fondamentale del nostro sistema penale, realizzata peraltro senza modificarne alcuna disposizione. Piuttosto, altri aspetti delle strategie perseguite per il superamento degli OPG assumono un significato addirittura preponderante in una prospettiva *de lege ferenda* che potrebbe coinvolgere qualsiasi settore del sistema penale.

È imprescindibile, quindi, la esatta definizione del tipo di soluzioni adottate.

1.1. A tal fine è riduttiva e assolutamente fuorviante innanzitutto la diffusa, ma erronea rappresentazione delle nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) in termini di strutture subentrate ai vecchi ospedali psichiatrici giudiziari.

Qualcosa di analogo sarebbe accaduto con il testo originario dell'art.3-ter aggiunto al d.l. n.211/2011 con la relativa legge di conversione n.9/2012, le cui disposizioni, tuttavia, in seguito ad un serratissimo dibattito tra parti sociali e operatori di settore furono immediatamente e radicalmente modificate con sei interventi legislativi in poco meno di due anni. Oggi, infatti, le modifiche introdotte con i dd.ll. nn.158/2012, 24/2013 e 52/2014 come pure con ognuna delle rispettive leggi di conversione nn.189/2012, 57/2013 e 81/2014 configurano le REMS in termini non solo strutturalmente, ma anche funzionalmente diversi da quelli che caratterizzavano i vecchi istituti per l'esecuzione della misura di sicurezza del ricovero in CCC e in OPG. In particolare, oggi le REMS, a differenza dei vecchi OPG, non rappresentano il luogo di destinazione finale della vicenda giudiziaria del paziente psichiatrico che è autore di un fatto previsto dalla legge come reato e che è stato anche giudicato socialmente pericoloso.

1.1.1. In realtà, nella vicenda penitenziaria del paziente psichiatrico autore di un fatto previsto dalla legge come reato e socialmente pericoloso, esse non sono neppure un luogo di transito necessario.

Con le modifiche dell'art.3-ter d.l. n.211/2011 introdotte con l'art.1 co.1 lett.B d.l. n.52/2014 e successivamente riviste con l'allegato alla relativa legge di conversione n.81/2014, sono state pienamente recepite nell'ordinamento giuridico italiano le indicazioni già date dalla Corte costituzionale nella sentenza n.253/2003, quando aveva affermato il principio di sussidiarietà del ricovero in OPG e, in luogo dello stesso, aveva indicato la soluzione alternativa della libertà vigilata «accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica)»².

Un analogo adeguamento legislativo alle decisioni immediatamente precedenti della Corte costituzionale era già avvenuto, nello stesso ambito delle misure di sicurezza, con l'art.89 l. n.354/1975 che, un anno dopo la declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza n.110/1974

¹ Così nel *Messaggio di fine anno del Presidente della repubblica Giorgio Napolitano del 31.12.2012*, in <http://presidenti.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=2600> (consultato il 10.12.2021).

² Cfr. Corte costituzionale, sentenza 2-18 luglio 2003, n.253 in <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (consultato il 10.12.2021), punto 3 del “considerato in diritto”.

della Corte costituzionale, interveniva sulla disposizione di cui all'art.207 c.p. sulla presunzione di durata della pericolosità sociale e con l'art.31 l. n.663/1986 che, quattro anni dopo la declaratoria di parziale incostituzionalità di cui alla sentenza n.139/1982 della Corte costituzionale, abrogava l'intero art.204 c.p. sulle presunzioni di sussistenza della pericolosità sociale.

Sono stati necessari, invece, undici anni perché, con le modifiche introdotte all'art.3-ter del d.l. n.211/2011 con la legge n.81/2014, le disposizioni vigenti fossero adeguate alla sentenza della Corte costituzionale n.253/2003. Oggi, solo a seguito del vigente art.3-ter co.4 d.l. n.211/2011, anche subito «il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni diversa misura non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale».

1.1.2. In tutti gli altri casi le REMS sono solo la prima destinazione - assolutamente provvisoria! – per l'esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p.

Le ragioni della effettività dell'esito di una permanenza solo provvisoria nelle REMS sono riconducibili innanzitutto alle *best practice* degli operatori di settori.

Da esse dipendono, quindi, la sostenibilità di tutto il nuovo sistema e, dunque, la tenuta delle disposizioni legislative che lo prevedono: le stesse disposizioni, tuttavia, non consentono di risolverle in libere opzioni di gestione aziendale.

In primo luogo, infatti, con una infelice formulazione legislativa - che, data la lettera della legge, sembra riferibile soltanto a «ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari alla data di entrata in vigore della legge di conversione» del d.l. n.52/2014 -, l'art.1 co.1-ter dello stesso decreto legge prevede che i loro «percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione [...] di cui ai commi 5 e 6 dell'articolo 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, e successive modificazioni, devono essere obbligatoriamente predisposti e inviati al Ministero della salute e alla competente autorità giudiziaria entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Molto opportunamente, in alcuni ordinamenti regionali è stata prevista una disposizione del tutto analoga che, per esempio, «ascrive» «alla responsabilità del Direttore Generale dell'Azienda di riferimento il raggiungimento degli obiettivi di [...] assicurare la predisposizione e l'invio all'Autorità Giudiziaria competente [...] dei progetti terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione per tutte le persone di competenza presenti negli attuali OPG e delle realizzande Strutture residenziali per le misure di sicurezza (REMS) ed entro 30 giorni dal loro ingresso nelle predette strutture»³. Si tratta, tuttavia, di disposizioni la cui effettività non è affidata ad alcuna specifica previsione sanzionatoria per i casi di eventuali violazioni.

³ Così Regione Campania - Commissario ad acta per la prosecuzione del piano di rientro del settore sanitario, Decreto n.104 del 30.9.2014 per l'«Adeguamento del Programma per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari della Regione Campania», in B.U.R.C. (Bollettino Ufficiale della Regione Campania) n.69 del 6.10.2014, punto 5.3. del decretato.

Con una scelta che probabilmente è anche più efficace di qualsiasi minaccia sanzionatoria, la loro effettività è affidata, invece, alla reale impossibilità di diverse soluzioni gestionali ovvero alla inderogabile necessità (una sorta di «*Notwendigkeit im Dasein*»⁴) di un costante e serrato *turn-over* nella gestione dei posti letto disponibili nelle REMS.

Come è noto, infatti, la disponibilità di posti letto nelle REMS rappresenta un caso esemplare – e, allo stato della legislazione vigente, difficilmente superabile – di “numero chiuso”. Esso risulta, innanzitutto, dal limite massimo di 20 posti letto in ogni struttura che, al fine di evitarne il sovraffollamento e le dimensioni tipiche di una istituzione totale, è stato opportunamente previsto all’Allegato A del Decreto del Ministero della Salute del 1.10.2012, emesso ai sensi del co.2 dell’art.3-ter d.l. n. 211/2011.

Nella prospettiva più ampia dei dati nazionali la stessa scelta è consolidata, infine, dal numero limitato di REMS che le Regioni hanno deciso di istituire ai sensi e in ragione delle risorse messe a disposizione ai sensi dei co.5 e 6 dello stesso art.3-ter d.l. n.211/2011. L’esito risulta chiaramente definito nella Seconda relazione trimestrale sull’attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari da cui emerge, in ambito nazionale, un totale di 604 posti letto disponibili delle REMS⁵.

2. Nella prospettiva di una valutazione essenzialmente giuridica delle soluzioni adottate per il superamento degli OPG, emerge chiaramente che la necessità di un costante e serrato *turn-over* nella gestione dei posti letti disponibili nelle REMS e la maggiore effettività che ne deriva per l’obbligo di una rapida predisposizione dei «percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione» previsti nelle disposizioni di cui all’art.3-ter co. 4, 5 e 6 d.l. n.211/2011 e al co.1-ter aggiunto all’art.1 d.l. n.52/2014 con la legge di conversione n.81/2014, si risolvono anche nella maggiore effettività di alcuni diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione e specificamente ed espressamente disciplinati in altri testi legislativi.

Ne risulta, in particolare, una maggiore effettività del diritto del paziente psichiatrico ad un trattamento penitenziario «attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati» di cui all’art.1 co.2 l. n.354/1975, nonché del conseguimento degli obiettivi del servizio sanitario nazionale che, ai sensi dell’art.2 co.2 lett.G l. n.833/1978, persegue anche «la tutela della salute mentale [...] in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione».

⁴ Sia consentito, anche in questo contesto, il riferimento alla limpida dicotomia kantiana tra la «*necessità materiale dell’esistenza*» (testualmente: «*Notwendigkeit im Dasein*») e «*quella meramente formale e logica nella connessione dei concetti*» (testualmente «*Verknüpfung der Begriffe*»): cfr. I. KANT, *Critica della ragione pura*, trad. it. di G. COLLI, Milano, 1976, III ed. 2001, I. *Dottrina trascendentale degli elementi*, II. *Logica trascendentale*, I. *Analitica trascendentale*, II. *Analitica delle proposizioni fondamentali*, II. *Sistema di tutte le proposizioni fondamentali dell’intelletto puro*, III. *Rappresentazione sistematica di tutte le proposizioni fondamentali sintetiche dell’intelletto puro*, 4. *Postulati del pensiero empirico*, 299; il testo in lingua originale è tratto da I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft* (1786), II ed. 1787, a cura di B. ERDMANN, Leipzig, 1878, 205 (279 dell’edizione originale).

⁵ Cfr. Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (19 agosto 2016 – 19 febbraio 2017), in <https://www.camera.it/temiap/2017/02/28/OCD177-2763.pdf> (consultato il 10.12.2021), 25.

Se, dunque, è stata formalmente riconosciuta la insostituibile efficacia terapeutica della libertà per il trattamento del paziente psichiatrico⁶ anche con la legge n.180/1978 che ha previsto la chiusura degli ospedali psichiatrici esistenti, il divieto di istituirne di nuovi (art.7 co.7 l. n.180/1978) e l'organizzazione delle strutture territoriali per l'adozione di protocolli terapeutici diversi dall'internamento (art.7 co.6 l. n.180/1978), è evidente che «ogni forma di discriminazione» nella tutela della salute mentale sarà eliminata solo se anche al paziente psichiatrico ristretto in esecuzione di una sanzione penale saranno offerti le possibilità terapeutiche del «recupero» e del «reinserimento sociale» ovvero l'accesso alle strutture territoriali che - in attuazione coerente e rigorosa, seppur tardiva, delle leggi nn.180 e 833 del 1978⁷ – dopo il 1994 sono state previste e inserite nella organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale per la realizzazione di percorsi terapeutico-riabilitativi individuali.

Che sia, dunque, una frattura, un mal di stomaco, un problema odontoiatrico o una sofferenza psichica, liberi cittadini e cittadini ristretti devono poter usufruire in ogni caso dello stesso trattamento terapeutico che sarà anche il migliore trattamento offerto dal servizio pubblico sanitario.

Il diritto alla salute, infatti, è immediatamente ed evidentemente funzionale al diritto alla vita e, pertanto, prevale su qualsiasi altra considerazione, anche di tipo penalistico: significa anche questo la scelta totalmente abolizionista sulla pena di morte, recentemente affermata in termini perentori anche nella Costituzione con la legge costituzionale n.1/2007 che ne ha modificato l'art.27 co.4 eliminando la salvezza finale relativa ai «casi previsti dalle leggi militari di guerra».

3. Con la legislazione per il superamento degli OPG, quindi, non è stato semplicemente consegnato alla storia quell'«autentico orrore indegno di un paese appena civile» rappresentato dalle strutture destinate alla esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt.219 e 222 c.p., ma ne sono state radicalmente ridefinite le modalità di esecuzione, determinando l'adozione di soluzioni organizzative e modelli gestionali utili a rendere effettivo il diritto alla salute del paziente psichiatrico autore di un fatto previsto dalla legge come reato.

È comprensibile, tuttavia, che il nuovo sistema abbia destato resistenze e perplessità, notoriamente venute anche all'attenzione della Corte costituzionale⁸. Si tratta, allora, di valutare il reale impatto della nuova disciplina e la relativa efficacia nel superamento di tutte le criticità del precedente sistema.

3.1. Un problema costante della vecchia gestione era notoriamente rappresentato dal sovraffollamento degli OPG che comporta sempre un altissimo rischio di trasformare qualsiasi struttura residenziale in una istituzione totale, con la conseguente spersonalizzazione degli internati⁹. Nei momenti peggiori

⁶ Si tratta notoriamente, di uno dei fondamentali insegnamenti di F. BASAGLIA, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione* (1965), in ID., *L'utopia della realtà*, Torino, 2005, 17.

⁷ Sulla tardiva ma rigorosa ed esemplare attuazione normativa della legge n.180/1978 sia consentito il rinvio al nostro *La esemplare vicenda della attuazione della legge n.180/1978, ovvero la ostinata persistenza della cultura manicomiale tra modelli storiografici e «logica del capitale»*, in *Crit. dir.*, 2020, 54 ss.

⁸ Cfr. Corte costituzionale, ordinanza 9-24 giugno 2021, n.131 in <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (consultato il 10.12.2021).

⁹ Ci si riferisce, evidentemente, alle teorizzazioni delle istituzioni totali riconducibili a GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi della esclusione e della violenza* (1961), Torino, 2001, 31 ss.

– ma ancora in anni non molto lontani – nei vecchi OPG, il sovraffollamento era rappresentato dal dato costante della presenza di diverse migliaia di internati¹⁰.

Il consolidamento di una riduzione fino a cifre comunque non inferiori a poche migliaia di presenze fu registrato solo nel primo decennio di questo secolo, soprattutto dopo le segnalazioni del Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti: il CPT, infatti, era intervenuto in occasione di una particolare incidenza di suicidi e le relative segnalazioni avevano indotto anche le successive iniziative legislative che avrebbero portato poi alla legge n.9/2012¹¹.

Per la valutazione dell'impatto delle riforme intervenute, tuttavia, il consueto parametro del dato statistico delle presenze al 31 dicembre di ogni anno sarebbe inutile e fuorviante, posto che le nuove REMS, a differenza dei vecchi OPG, sono strutture a numero rigidamente chiuso.

3.2. Diventa importante, invece, il dato relativo agli ingressi che, nelle nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, risulta in costante aumento e sembra avere addirittura superato gli ultimi dati disponibili sugli ingressi nei vecchi OPG¹². Dedurre da questo dato una valutazione negativa – se non addirittura fallimentare – del nuovo sistema delle REMS sarebbe, tuttavia, una conclusione frettolosa, fuorviante e, per certi aspetti, ingiusta.

Piuttosto, la attuale situazione italiana potrebbe essere molto simile a quella già registrata da chi ha studiato l'andamento negli USA dei tassi di istituzionalizzazione che risultano dal totale dei tassi di istituzionalizzazione psichiatrica e di istituzionalizzazione penitenziaria e ne ha valutato anche la relativa distribuzione tra il 1928 e il 2000¹³.

Ebbene, dopo circa 70 anni il dato totale è risultato pressoché identico a quello iniziale: le due curve, tuttavia, si erano incrociate nei primi anni Settanta e, nel dato finale, risultavano in posizioni invertite rispetto a quelle del dato iniziale. In quel caso erano diminuiti i tassi di istituzionalizzazione psichiatrica ed erano aumentati, invece, quelli di istituzionalizzazione penitenziaria secondo un modello ricorrente nelle analisi sociologiche di impostazione strutturalfunzionalista e solitamente rappresentato con la metafora dei vasi comunicanti.

La situazione oggi in Italia è evidentemente diversa.

Innanzitutto le cifre, anche nei termini relativi dei dati percentuali, sono notevolmente diverse

In secondo luogo e indipendentemente dalla reale, contemporanea e progressiva riduzione dei dati relativi agli ingressi nelle altre istituzioni penitenziarie, oggi in Italia il sovraffollamento rischia di

¹⁰ Sul punto, per tutti, D. S. DELL'AQUILA, *La disciplina della follia. Dal manicomio criminale all'ospedale psichiatrico giudiziario: una breve ricostruzione*, in *Antigone* 2014, 59 ss., 57 ss. che riporta anche il significativo andamento della percentuale di internati in OPG rispetto al totale dei reclusi.

¹¹ Sul punto sia consentito il rinvio al nostro *Delega per la riforma delle misure di sicurezza: l'eco di un "immenso appetito di medicina"*, in *Dir. pen. proc.* 2018, 119 ss., 121 ss.

¹² Sul punto cfr. gli inequivocabili dati elaborati e riportati da NESE, *La tutela della salute mentale in carcere ed il superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG)*, in corso di stampa in AA.VV., *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, a cura di S. MOCCIA e A. CAVALIERE, tabella n.2.

¹³ B. E. HARCOURT, *From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution*, in *Texas Law Review*, 2006, 1751 ss., 1755, 1776; ID., *An Institutionalization Effect: The Impact of Mental Hospitalization and Imprisonment on Homicide in the United States, 1934-2001*, in *The Journal of Legal Studies*, 2011, 39 ss., 41ss.; ID., *Reducing Mass Incarceration: Lessons from the Deinstitutionalization of Mental Hospitals in the 1960s*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2011, 53 ss.

travolgere non queste ultime (come è accaduto negli USA), ma le REMS in quanto istituzioni dell'assistenza sanitaria e psichiatrica.

Ma soprattutto, dato che le REMS non sono un luogo di destinazione finale, ma solo un luogo di eventuale transito necessariamente provvisorio nella vicenda penitenziaria del paziente psichiatrico a cui è stata applicata la misura di sicurezza di cui all'art.222 c.p., l'attuale sistema italiano delle REMS - che, condividendo la stessa metafora, rappresentano il secondo 'vaso comunicante' - è un vaso evidentemente 'bucato'. L'internato che esce attraverso quel 'buco' viene seguito dai servizi psichiatrici territoriali, vede tutelato e realizzato il suo preminente diritto alla salute mentale senza alcuna «forma di discriminazione» - ovvero in termini del tutto conformi a quelli previsti all'art.2 co.2 lett.G l. n.833/1978 - ed usufruisce, in definitiva, di un trattamento penitenziario che, almeno per una volta, può dirsi assolutamente conforme al «criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati» di cui all'art.1 co.2 l. n.354/1975.

Alla fine del "percorso terapeutico-riabilitativo individuale di dimissione" di cui all'art.3-ter co.4, 5 e 6 d.l. n.211/2011, l'internato che sarà uscito attraverso quel 'buco', potrebbe essere uscito definitivamente anche dal circuito penale e penitenziario in cui era entrato per un fatto di reato realizzato in una condizione di non imputabilità per vizio totale di mente. Anche se parte consistente ed autorevole della psichiatria contemporanea dubita che si tratti di un esito opportuno sotto il profilo terapeutico e sorretto da un fondamento scientifico ancora attuale¹⁴, fino a quando non sarà realizzata l'«abolizione del concetto di non imputabilità» auspicata nel 2011 anche dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale¹⁵, la sua vicenda giudiziaria, a quel punto, sarà definitivamente chiusa.

Si tratta, evidentemente, di ipotesi che si realizzano nell'ambito di un settore del tutto particolare e, tutto sommato, anche marginale nel sistema penale complessivo. Lo stesso settore,

¹⁴Per una efficace rappresentazione delle ragioni delle perplessità, in ambito psichiatrico, circa la opportunità terapeutica della esclusione di ogni forma di responsabilità per i pazienti psichiatrici e circa il fondamento scientifico del concetto giuridico di (non) imputabilità cfr., per tutti, PELLEGRINI, *Liberarsi dalla necessità degli ospedali psichiatrici giudiziari. Quasi un manuale*, Merano, 2017, 63, 84, *passim* nonché, in riferimento ad un nuovo e recente progetto di legge in tal senso, ID., *Quale futuro per una "rivoluzione gentile"?*, in AA.VV., *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, a cura di F. CORLEONE, Fiesole, 2019, 43 ss.; nello stesso contesto cfr. CORLEONE, *Abattere il muro dell'imputabilità. Una proposta che guarda oltre*, in *La legislazione penale 2021* (<http://www.lalegislazonepenale.eu/wp-content/uploads/2021/06/Corleone-Interventi-e-relazioni-2.pdf> - consultato il 10.12.2021), 1 ss.; in una prospettiva specificamente giuridica, la necessità di una riforma in materia di imputabilità è esaustivamente argomentata da S. D'AMATO, *La responsabilità penale 'diseguale'. Contributo ad una riflessione in materia di imputabilità*, Napoli, 2020, 91 ss., *passim*; nella prospettiva rigorosamente dogmatica di una rielaborazione dei fondamentali assetti della teoria generale del reato cfr. le considerazioni già proposte da MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p.88 ss. 92 s.. Sul punto v. anche DODARO, *L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento della persona con disabilità quale 'soggetto di diritto penale'*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2020, 63 ss.

¹⁵ Cfr. Senato della Repubblica - XVI legislatura, Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari approvata il 20 luglio 2011, in https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf (consultato il 10.12.2021), p.10, dove, alla lettera D del paragrafo 4 intitolato alla «abolizione del concetto di non imputabilità», testualmente si afferma: «La Commissione ritiene peraltro che le modificazioni dianzi auspiccate debbano costituire soltanto il primo passo - da muovere quanto prima, anche con il ricorso a strumenti legislativi di urgenza - verso la successiva abolizione dell'istituto della non imputabilità. Trattandosi di un intervento che inciderebbe sino alle radici l'impostazione del codice penale attualmente vigente, non si può in questa sede che evocarlo, senza comunque rinunciare ad indicarlo quale approdo necessario».

tuttavia, assume una posizione di assoluta rilevanza perché per tutte le ragioni sin qui rappresentate, almeno una volta o forse per la prima volta nel sistema penale italiano destinato agli adulti, sembra realizzarsi, nel suo ambito, l'auspicio di Radbruch che, notoriamente, in riferimento al futuro del diritto penale riteneva che *«potrebbe accadere che l'evoluzione del diritto penale vada al di là del diritto penale stesso e il suo miglioramento non dia luogo a un diritto penale "migliore", ma a un diritto dell'emenda e della prevenzione, a qualcosa di meglio del diritto penale, cioè di più saggio e più umano di quanto il diritto penale sia stato»*¹⁶.

4. Per quanto specificamente concerne il futuro del sistema italiano delle REMS, sono molti gli elementi che lasciano immaginare che il sovraffollamento alle porte delle REMS potrebbe anche assumere dimensioni realmente consistenti e comunque sicuramente maggiori di quelle attuali. È tuttora vigente, infatti, la disposizione di cui all'art.148 c.p. relativa al ricovero del condannato in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia per infermità mentale sopravvenuta prima o durante l'esecuzione della pena.

Secondo i dati frequentemente proposti in ambito psichiatrico, si tratta di una situazione che potrebbe coinvolgere, al minimo, 1/3 della popolazione carceraria¹⁷: non si tratta, tuttavia di stime univoche e alcune tra quelle proposte sono anche molto più allarmanti.

D'altra parte è anche verosimile immaginare che la maggior parte dei detenuti con sofferenza psichica possa usufruire di altre soluzioni terapeutiche che oggi, dopo la sentenza n.99/2019 della Corte costituzionale¹⁸, potrebbero consistere anche nella detenzione domiciliare *ex art.47-ter co.1-ter* l. n.354/1975 o, prima di arrivare all'applicazione dell'art.148 c.p., nell'assegnazione «a un istituto o sezione speciale per infermi o minorati psichici» ai sensi dell'artt.111 co.5 e 112 d.P.R. n.230/2000 e dell'art.65 l. n.354/1975. Si tratta, in ogni caso, di cifre che sono evidentemente prive di qualsiasi riscontro nella popolazione al di fuori del carcere e che, per questo, sollevano problemi e chiedono soluzioni molto più radicali circa i suoi effetti reali: una analoga incidenza delle stesse patologie non è rilevata, infatti, al momento dell'ingresso in carcere e, d'altra parte, anche il sistema legislativo, all'art.148 c.p., sin dal 1930 ne prevede ancora la possibile insorgenza.

Gli esiti sono noti e possono essere efficacemente rappresentati con i dati relativi al crescente numero di suicidi in carcere. Tuttavia, in attesa e nella speranza di soluzioni radicali che potrebbero impedire il prevedibile contributo del sistema carcerario al sovraffollamento delle REMS, sembra verosimile aspettarsi la necessità di un *turn-over* sempre più serrato nella gestione dei posti letto disponibili e, quindi, la necessità di dedicare al nuovo sistema per l'esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt.219 e 222 c.p. le risorse e l'attenzione dovute *ex artt.2 e 3 co.2 Cost.*: anche

¹⁶ RADBRUCH, *Filosofia del diritto* (1932), a cura di G. CARLIZZI e V. OMAGGIO, Milano 2021, p.186.

¹⁷ In tal senso cfr. <https://www.psichiatria.it/wp-content/uploads/2013/04/Ansa2.pdf> (consultato il 10.12.2021)

¹⁸ Sul punto cfr. Corte costituzionale, sentenza 20 febbraio – 19 aprile 2019, n.99, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (consultato il 10.12.2021) che dichiara l'illegittimità dell'art. 47-ter co.1-ter l. n.354/1975 «nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter»; sul punto cfr. APICELLA, *Infermità psichica sopravvenuta: una importante sentenza della Corte costituzionale sulla detenzione domiciliare c.d. "umanitaria"* (Corte cost., sent. 20 febbraio – 19 aprile 2019, n.99), in *Crit. dir.*, 2019, 39 ss.

sotto il profilo specificamente penalistico sono diversi i margini di miglioramento della normativa vigente per il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»¹⁹.

Significherebbe, invece, tradire in modo radicale e definitivo la riforma già realizzata se, anche senza modificare la legislazione vigente, si intervenisse sulle condizioni artificiali ma comunque risolutive di una sorta di «*Notwendigkeit im Dasein*»²⁰ ovvero sulle condizioni della inevitabile necessità del *turn-over* nella gestione dei posti-letto disponibili nelle REMS.

¹⁹ Sul punto sia consentito il rinvio al nostro *OPG e misure di sicurezza: le ragioni giuridico-penale della necessità di una riforma di sistema*, in corso di stampa in AA.VV., *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, cit., paragrafo 2.

²⁰ Cfr. *supra* nota 4.

L'abuso mediatico del processo penale e i diritti fondamentali

FABRIZIA PAGLIONICO

ABSTRACT

The work aims at summarizing the main themes of the “media” criminal trial issue. The medias’ influence is a three-dimensional phenomenon: it regards the legislation, the law enforcement and the criminal trial. Our criminal procedure legislation has shown its lacks and weaknesses in the field of judicial confidentiality and forbidden publications, but also in the wiretap discipline. The result is the persistent violation of the presumption of innocence and the right to privacy.

After Directive UE/2016/343 our legislator tried to achieve the strengthening of these fundamental rights. Nonetheless, the balance between the right to inform and the right to privacy and to be presumed innocent until a non-appealable conviction has not been reached yet.

SOMMARIO: 1. *Media* e giustizia penale – 2. Le disposizioni *integrative* per l’attuazione della Direttiva UE/2016/343. – 3. Obbligo del segreto e divieto di pubblicazione: dimensione statutale vs. diritti fondamentali. – 4. Il provvedimento cautelare come veicolo di informazioni. – 5. Il bilanciamento tra diritti. – 6. La nozione di *public interest* alla divulgazione di informazioni. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Nell’intenso dibattito dottrinale sull’attuale stato della giustizia penale un ruolo centrale è stato attribuito all’influenza dei *media*¹ sull’attività legislativa e processuale. Sotto il primo profilo, non può negarsi che il fenomeno possa assumere un carattere virtuoso nella misura in cui dia voce ad istanze realmente solidaristiche, perché rispondenti a concrete esigenze di tutela, anziché a logiche di matrice emergenziale² o simboliche.

Se ciò avviene, la diffusione di informazioni ad opera dei *media* si traduce nell’impulso propulsivo di un intervento legislativo con delle concrete speranze di effettività della norma penale³. A ciò fa da sfondo l’ingovernabilità del dibattito parlamentare in ordine a complesse scelte di politica-criminale e il ricorrente utilizzo dello strumento penale come *slogan* della sicurezza sociale da parte

¹ Il tema oggetto del presente contributo, già oggetto di vivo dibattito da diversi anni, è stato al centro dell’attenzione nell’anno corrente in vista dell’adozione da parte del Governo dello schema di decreto legislativo recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della Direttiva UE/2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza.

² S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995.

³ Contrariamente a quanto è storicamente avvenuto per il contrasto al fenomeno corruttivo, in relazione al quale si è manifestata l’ineffettività del sistema e la preponderanza del processo, che produce l’immediato ingresso dei protagonisti nel “circo mediatico-giudiziario” con totale sacrificio dei diritti fondamentali all’onore, alla riservatezza, al lavoro e spesso alla libertà personale ed alla stessa dignità dell’individuo, rispetto alla funzione punitivo-rieducativa, v. V. MANES, *Manifesto e latente nella repressione delle fenomenologie corruttive*, in *Cass. pen.*, 2009, 460.

della politica⁴. D'altra parte, ne costituiscono esemplificazioni pregnanti le scelte in tema di prescrizione e le riforme in tema di intercettazioni.

Le istanze della collettività vengono filtrate dal “populismo penale”: la strumentalizzazione di timori e angosce, rispetto a certi tipi di fenomeni criminosi, è il terreno fertile per l'affermazione dell'uso simbolico del diritto penale⁵. Così, si è giunti all'inversione del processo di formazione della volontà popolare, passando dall'utilizzo delle informazioni per l'elaborazione di una efficace politica-criminale alla autolegittimazione politica attraverso i mezzi di comunicazione di massa. Ciò che viene trasmesso al cittadino è l'immagine illusoria dell'efficacia di norme, in realtà, destinate ad avere una risonanza soltanto sul piano mediatico⁶.

Questa è l'essenza di una linea politica che mette al primo posto la “sicurezza collettiva”, mediante la trasmissione di messaggi colmi di “furore punitivo”. La strada intrapresa pare essere quella di un graduale passaggio da un sistema processualpenalistico fondato sulle garanzie ad una “giustizia sommaria” fondata sull'odio, sul disprezzo e – prima di tutto – sulla paura, dove l'indagato finisce per essere rappresentato come nemico del popolo.

Basti pensare alla scelta di precludere l'accesso al rito abbreviato a fronte di reati puniti con la pena dell'ergastolo, in totale spregio della presunzione e del diritto all'oblio. Tuttavia, per comprendere il valore della riservatezza nel giudizio abbreviato, occorre ricostruire la pubblicità – connotato essenziale del modello accusatorio – in una prospettiva garantistica e non giustizialista; per questa via si consente, infatti, all'imputato di sottrarsi ai riflettori del pubblico e di uscire dallo *spotlight*. Se esiste un diritto all'oblio⁷, il giudizio abbreviato ne costituisce un mezzo d'attuazione.

⁴ D. PULITANÒ, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 dicembre 2016, 5, parla di uso populistico del penale; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 e ss.

⁵ E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, 13.

⁶ Ivi, 14, ove l'A. fa l'esempio del reato di immigrazione clandestina; più diffusamente l'opera affronta i temi della nuova difesa domiciliare (o vendetta domiciliare), come risultante dalla riforma apportata dalla l. 36/2019 all'art. 52 c.p., dell'ulteriore aggravamento del trattamento penale per i fatti di corruzione e della riforma della prescrizione.

⁷ Il diritto all'oblio ha una natura multiforme. Esso costituisce senz'altro espressione dei diritti della personalità riconosciuti dall'art. 2 Cost., ma può trovare un ulteriore fondamento in altre norme costituzionali a seconda della dimensione in cui viene assunto. Si può parlare di diritto all'oblio come specificazione del diritto alla riservatezza (art. 18 Cost.) e della presunzione di innocenza (art. 27 comma 2 Cost.) rispetto al tema della divulgazione di informazioni sul procedimento penale a carico di un individuo; in sede processuale tale dimensione attribuisce all'imputato il diritto a sottrarsi all'udienza pubblica optando per un rito alternativo (rito abbreviato o patteggiamento). Tradizionalmente viene inteso anche come «l'interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di notizie in passato legittimamente divulgate» (Cass. civ., Sez. III, 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, vol. I, 1834), ossia come il diritto a che non vengano rievocate, a distanza di tempo dai fatti, notizie che – pur essendo state legittimamente diffuse in passato – non riflettono più alcun interesse pubblico. Anche questa seconda dimensione vuole prevenire l'aggravamento dell'effetto stigmatizzante dei procedimenti penali. Recentemente, le Sezioni Unite civili hanno ribadito che tale diritto corrisponde ad almeno tre diverse situazioni: «quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella, connessa all'uso di *internet* ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale [...]; e quella, infine, [...] nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati» (Cass. civ., sez. un., sent. 22 luglio 2019, n. 19681).

Il diritto all'oblio assume una diversa portata quale fondamento dell'istituto della prescrizione. Essa impone di considerare il decorso del tempo sotto il profilo dell'interesse statale alla repressione criminosa (e il venir meno delle esigenze di prevenzione generale che la presiedono) e della finalità rieducativa della pena, così da riconoscere il diritto all'oblio dei cittadini a fronte di fatti che – in ragione della distanza temporale dal *tempus commissi delicti* – risultano di ridotto allarme nella coscienza comune (*ex multis*, Corte cost., 28 maggio 2014, n. 143).

Da qui la domanda: come si possa giustificare la preclusione di accesso al rito, in caso di reati puniti con la pena dell'ergastolo, soprattutto dal punto di vista della presunzione di innocenza.

Una diversa chiave di lettura, attraverso cui è possibile analizzare la violazione del principio, è quella dei disorientamenti giurisprudenziali, della tendenziale non scusabilità dell'errore di diritto e della condanna *extra-moenia* in uno spazio senza regole⁸.

Anche alla base di una decisione imprevedibile vi è, in un numero sempre più considerevole di casi, un'esigenza di giustizia sostanziale. L'applicazione della teoria generale del reato o del processo può non condurre ad una soluzione conforme a quella in concreto perseguita dai giudici, il cui massimo consenso rappresenta oggi l'alternativa *bouche de la loi*, che corregge il tiro di un legislatore maldestro o mosso da interessi egoistici⁹. E, anche sotto questo aspetto, la colpevolezza rappresenta un elemento accidentale: se e quando un *revirement* sarà ritenuto oggettivamente imprevedibile allora forse potrà entrare in gioco l'art. 5 c.p.

Quanto, infine, all'incidenza sull'andamento dei processi, è un dato piuttosto condiviso che la realtà descritta con gli strumenti di comunicazione di massa sia incompatibile con la realtà processuale, fatta di attori e forme, cui corrispondono precise scelte di valore¹⁰.

Le forme incarnano una precisa funzione: consentono la metabolizzazione e razionalizzazione degli elementi raccolti ai fini della ricostruzione della realtà processuale. Diversamente, lo svelamento prematuro delle informazioni modifica il comportamento di tutti gli attori della scena, compresi i giudici, e rischia di incidere irrimediabilmente sull'andamento delle indagini e dello stesso procedimento penale. A ciò si aggiunga il *pressing* dell'opinione pubblica sull'operato della magistratura nei processi più discussi dalla cronaca giudiziaria, fino ad arrivare alla sgradevole

⁸ S. GUINCHARD, *Les procès hors les murs*, in J. BEAUCHARD, P. COUV RAT (a cura di), *Écrites en homage à Gérard Cornu*, Paris, 1994, 201.

⁹ Sulla politica del "contingente", il fenomeno delle leggi *ad personam* e la problematica della decodificazione del sistema penale, da cui deriva la mancanza di coerenza con i principi generali v. A. MANNA, *Disequilibri fra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale*, in *Cass. Pen.*, 3/2011, 1257; e più di recente M. GAMBARELLA, *Il "peculato dell'albergatore": una depenalizzazione che non retroagisce?*, in *Cass. pen.*, 1/2021, 187 e ss.

¹⁰ Sul passaggio dall'informazione sul processo al processo celebrato sui mezzi di informazione, con le sue pericolose suggestioni, tra cui l'abbandono della logica accusatoria per quella inquisitoria v. G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 59.

diffusione delle immagini di cattura¹¹ del “presunto colpevole” per il solo fatto di essere sottoposto a misura cautelare¹², con cui si innesca la gogna mediatica¹³.

2. Vista l'adozione da parte del Governo dello schema di decreto legislativo attuativo della direttiva UE/2016/343¹⁴ – sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza – occorre raffrontare la prospettiva *de iure condendo*, sostenuta dalla gran parte degli studiosi del rapporto tra processo penale e *media*, e la linea adottata dal legislatore.

Superata l'iniziale convinzione della conformità dell'ordinamento italiano ai contenuti della direttiva, il timore dell'apertura di una procedura di infrazione, sorto a seguito della prima relazione della Commissione sullo stato di attuazione della norma europea, ha spinto il legislatore ad attivarsi per sanare i *deficit* della normativa italiana¹⁵. In particolare, le criticità riscontrate dalla Commissione attenevano alla lesione della presunzione d'innocenza derivante dalle *dichiarazioni di pubbliche autorità* o da *decisioni giudiziarie diverse da quelle relative alla responsabilità penale*, in cui

¹¹ Si ricordi che la prassi di diffondere immagini in cui viene ripreso l'arresto di un soggetto si pone in contrasto con il principio generale espresso nell'ordinamento penitenziario, per cui le operazioni di traduzione – e con esse si può ritenere anche quelle di esecuzione della misura cautelare o della pena – dovrebbero svolgersi nel rispetto della dignità della persona. L'art. 42 ord. penit. (legge n. 354 del 1975) al comma 5, nella sua formulazione originaria, disponeva che nella traduzione dei detenuti e degli internati venissero adottate le opportune cautele per proteggere i soggetti dalla curiosità del pubblico e da ogni specie di pubblicità, nonché per ridurne i disagi; si consentiva, tuttavia, solo l'uso di manette a meno che ragioni di sicurezza imponessero l'uso di altri mezzi.

Tale disposizione è stata abrogata dalla l. 492 del 1992 e sostituita con l'attuale art. 42-*bis* ord. penit. per cui, ferma restando la protezione del soggetto dalla curiosità del pubblico o da ogni specie di pubblicità per ridurne i disagi, l'uso delle manette o qualsiasi altro mezzo di coercizione fisica è vietato quando non sussista la condizione di pericolosità del soggetto, il pericolo di fuga o delle circostanze di ambiente che rendano difficile la traduzione. La stessa riforma ha introdotto un comma 6-*bis* all'art. 114 c.p.p. in cui si vieta espressamente la pubblicazione dell'immagine di persona privata della libertà personale ripresa mentre si trova sottoposta all'uso di manette ai polsi o ad altro mezzo di coercizione fisica, salvo che la stessa persona vi consenta espressamente.

¹² Per un esempio v. E. B. LIBERATI, *Processo mediatico, libertà di critica e presunzione di innocenza*, in www.questionegiustizia.it sull'arresto – durante le indagini preliminari – di Giuseppe Bossetti per l'omicidio di Yara Gambirasio. In tal sede è commentata, peraltro, l'ordinanza del Gip di Milano con cui viene accolta la richiesta di archiviazione, avanzata dal Pubblico ministero presso il Tribunale di Milano, per il reato di diffamazione contestato ai Direttori responsabili dei quotidiani “Liberò”, “Il Giornale”, “Il Mattino”; con diversi articoli veniva criticata, in primo luogo, la modalità di estrapolazione delle videoriprese (tramite montaggio di *frame* di diversa provenienza) che mostravano un furgone bianco compatibile con quello dell'imputato transitare più volte, in orari compatibili con il delitto, in prossimità dei luoghi frequentati dalla vittima. In secondo luogo, si contestava la diffusione mediatica del video, realizzato dai R.I.S. di Parma e da questi trasmesso ufficialmente agli organi di stampa già durante la fase delle indagini. Tali immagini, peraltro, pur non essendo confluite nel materiale istruttorio, venivano commentate in sede di esame e controesame dei testi in dibattimento. Il Gip, nel ritenere sussistenti le condizioni di operatività della scriminante del diritto di cronaca (veridicità dei fatti, pertinenza e continenza), afferma che le espressioni “video taroccato” o “patacca” costituiscono manifestazioni (positive) della riprovazione per tale modalità di diffusione, anche via istituzionale, del filmato, nella prospettiva del fondamentale principio della presunzione di innocenza dell'imputato al cui rafforzamento mira la direttiva UE/2016/343.

¹³ F. CARNELUTTI, *Le miserie del processo penale*, Roma, 1957, 46, evidenziava la tensione inconciliabile tra presunzione di innocenza e libertà di stampa: “[...] il processo medesimo è una tortura. Fino a un certo punto [...] non si può farne a meno; ma la cosiddetta civiltà moderna ha esasperato in modo inverosimile e insopportabile questa triste conseguenza del processo. L'uomo, quando è sospettato di un delitto, è dato *ad bestias*, come si diceva una volta dei condannati dati in pasto alle fiere.

¹⁴ Schema di decreto legislativo recante “Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 22 aprile 2012, nr. 53 (Ministro della giustizia)”.
¹⁵ Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo n. 285/2021.

l'indagato/imputato viene presentato come colpevole pur essendo il procedimento ancora in corso (art. 4); nonché dalla sottoposizione di mezzi di coercizione fisica anche in udienza o in altre circostanze pubbliche (art. 5). Ad esse si associa l'esigenza di predisporre un rimedio effettivo, cioè uno strumento processuale che garantisca all'indagato o imputato il ripristino dello *status quo ante* (art. 10).

Posti questi obiettivi, ragioni di economia legislativa hanno portato all'elaborazione di uno schema di decreto legislativo composto da poche disposizioni *integrative*, poco o per nulla incidenti sulle norme processuali.

Quanto alle *dichiarazioni di pubbliche autorità*, si è ritenuto sufficiente sancire un divieto per le stesse¹⁶ di indicare pubblicamente come colpevole l'indagato o imputato prima di un accertamento irrevocabile della sua responsabilità, presidiato – oltre che dalle sanzioni penali e disciplinari e dall'obbligo di risarcimento – dal rimedio della rettifica entro quarantotto ore dalla richiesta da parte dell'interessato o, *in extremis*, dal ricorso *ex art. 700 c.p.c.* (art. 2 dello schema di d. lgs. n. 285/2021)¹⁷. Con favore è, poi, da guardare l'imposizione di prescrizioni specifiche che regolano i rapporti tra l'Ufficio del Pubblico Ministero e gli organi di informazione (art. 3, recante modifiche all'art. 5 d.l. 20 febbraio 2006, n. 106).

Quanto al piano delle *decisioni giudiziarie diverse da quelle relative alla responsabilità penale*, attraverso la proposta di introduzione dell'art. 115-bis c.p.p. (garanzia della presunzione di innocenza) si intende legittimare – con notevoli ambiguità – il riferimento alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o all'imputato negli atti del pubblico ministero volti a dimostrare tale colpevolezza (*sic!*) e per le indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, requisiti o condizioni poste dalla legge per l'adozione di un provvedimento implicante la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza¹⁸. La lunga, articolata e indecifrabile fattispecie descritta dal secondo comma della norma potrebbe ricomprendere i provvedimenti cautelari, andando, invero, ad aggravare un quadro già complesso in tema di presunzione d'innocenza e tutela della riservatezza.

Al di fuori di tali isolate modifiche, che appaiono per lo più riproduttive del testo normativo europeo senza alcuno sforzo di coordinamento, resta, quindi, inalterata la disciplina di quegli istituti processuali che operano da “filtro” delle informazioni relative ai procedimenti penali. Ne esce così tradita ogni aspettativa di accoglimento delle istanze di riforma avanzate dalla dottrina.

3. Gli studi sul ‘processo mediatico’ chiamano in causa, sul piano strettamente normativo, la disciplina del segreto investigativo e del divieto di pubblicazione.

¹⁶ Per pubblica autorità destinataria del divieto deve intendersi, oltre a quelle coinvolte nel procedimento penale, qualsiasi altra autorità investita di potestà pubblicistiche, quali ministri e altri funzionari pubblici. Dovrebbero ritenersi, pertanto, esclusi i giornalisti dall'ambito di applicazione del divieto.

¹⁷ Qualora l'istanza di rettifica non sia accolta o siano violate le modalità di cui al comma 4 dell'art. 2, l'interessato può proporre ricorso *ex art. 700 c.p.c.* per ottenere un provvedimento d'urgenza con cui venga ordinata la pubblicazione della rettifica.

¹⁸ Non è chiaro il significato della locuzione “atti del pubblico ministero volti a dimostrare la colpevolezza del soggetto”, così come della fattispecie delineata dal 2° comma. Anche in questa sede viene previsto un rimedio ripristinatorio, attraverso cui, l'interessato può richiedere – in caso di violazione delle disposizioni di cui all'art. 115-bis commi 1 e 2 c.p.p. – la correzione del provvedimento violativo della presunzione di innocenza, entro dieci giorni dalla sua conoscenza.

Il combinato disposto degli artt. 114 e 329 c.p.p. prescrive una regola generale: gli atti di indagine sono coperti da segreto¹⁹, pertanto, non sono accessibili prima che l'indagato possa averne conoscenza, ma – in ogni caso – non oltre la chiusura delle indagini preliminari. Alla regola fa da corollario il divieto assoluto di pubblicazione, anche parziale o per riassunto, con il mezzo della stampa o altro mezzo di diffusione, degli atti coperti da segreto e del loro contenuto; cui si affianca, come eccezione, la previsione secondo cui il pubblico ministero, in deroga a tale divieto, può consentire con decreto motivato la pubblicazione di singoli atti o di parti del loro contenuto (art. 329 co. 2 c.p.p.). Al contrario, quando gli atti non sono più coperti da segreto, il pubblico ministero può disporne, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, la segretazione – con il consenso dell'imputato o quando la conoscenza dell'atto possa ostacolare le indagini riguardanti altre persone – ovvero il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o specifiche notizie relative a determinate operazioni (art. 329 co. 3 c.p.p.)²⁰.

Dal momento della *discovery* dell'atto²¹, caduto il segreto interno, continua ad operare il divieto di pubblicazione, anche parziale, aprendosi, però, la possibilità di riportarne il solo contenuto, fino alla chiusura delle indagini o dell'udienza preliminare (art. 114 co. 2 c.p.p.).

Dall'apertura del dibattimento, poi, il divieto di pubblicazione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero²² perdura fino a che non sia stata pronunciata sentenza in grado d'appello;

¹⁹ Non sono coperti da segreto gli atti della polizia giudiziaria e del pubblico ministero privi di contenuto investigativo (es. la ricezione della notizia di reato ex art. 330 c.p.p., l'iscrizione nel registro delle notizie di reato ex art. 335 c.p.p., le informative rese dalla polizia giudiziaria al pubblico ministero ex art. 347 c.p.p., la trasmissione al giudice della richiesta di sequestro inoltrata dall'interessato e non accolta dal pubblico ministero ex art. 368 c.p.p., la richiesta al gip di disporre l'accompagnamento coattivo della persona sottoposta alle indagini ex art. 376 c.p.p.); problematico è, invece, il regime dell'informazione di garanzia ex art. 369 c.p.p. (N. TRIGGIANI, voce *Segreto processuale e divieto di pubblicazione* (dir. proc. pen.), in *Enc. Dir.*, Annali vol. II, tomo 1, Milano, 2008, 1079-1080; F. M. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003, 213; G. P. VOENA, sub art. 114, in *Codice di procedura penale commentato* a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, I, Milano, 2017, 1097), che nasce senza il presidio del divieto assoluto di pubblicazione (G. P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO – V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Milano, 2016, 164), ed è di dubbia legittimità costituzionale la mancata inclusione degli atti di investigazione difensiva (v. N. TRIGGIANI, *op. cit.*, 1081) per contrasto con l'art. 111 comma 2 Cost., costituendo una lesione del principio di parità delle parti (G. P. VOENA, sub art. 114, 1095). L'assunto secondo cui l'espressione "atto di indagine" debba essere riferita ai soli atti investigativi, ossia probatori in senso ampio, si allinea, sul piano sistematico, con la lettura giurisprudenziale della stessa espressione che figura nell'art. 407 comma 3 c.p.p. (G. P. VOENA, sub art. 114, in *Codice di procedura penale commentato* a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, I, Milano, 2017, 1094).

²⁰ Completa la disciplina la previsione, in tema di investigazioni difensive, del potere del pubblico ministero di vietare, con decreto motivato, alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza per un periodo di durata non superiore ai due mesi (art. 391-*quinquies* c.p.p. – potere di segretazione del pubblico ministero – introdotto dall'art. 11 della l. 397/2000).

²¹ Per *discovery* si intende il momento in cui l'indagato prende conoscenza dell'atto, ossia quando abbia partecipato al compimento dello stesso o vi abbia assistito il suo difensore oppure quando siano stati effettuati i depositi previsti dagli artt. 336, 409 comma 2 e 415-*bis* c.p.p. (G. P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO – V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., 164).

²² La Corte cost., con sent. 8 febbraio 1995 n. 59, ha ritenuto sussistente un contrasto tra il terzo comma dell'art. 114 c.p.p., ove si dispone il divieto di pubblicazione degli atti del fascicolo per il dibattimento fino alla sentenza di primo grado, e la Direttiva n. 71, con la quale il legislatore delegante ha espresso la volontà di ancorare il divieto all'obiettivo di preservare la verginità del giudice del dibattimento, circoscrivendone l'operatività ai soli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Assunto confermato dalla Relazione al Codice di procedura penale, nella quale si sottolinea che il divieto non ha ad oggetto gli atti utilizzati per le contestazioni proprio perché questi ultimi vengono conosciuti dal giudice del dibattimento in sede di esame e controesame. Per un commento alla decisione v. S. CAVINI, *È incostituzionale il divieto di pubblicare gli atti del fascicolo per il dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1995, 2450 e ss.; M. CERESA GASTALDO, *Processo penale e cronaca giudiziaria: costituzionalmente illegittimo il divieto di pubblicazione degli atti del fascicolo per il dibattimento*, in *Giur. cost.*, 1995, 2123 e ss.; G. GIOSTRA, *Alt al divieto di pubblicare gli atti del fascicolo per il*

cosicché, anche in caso di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, il giudice dell'impugnazione sia libero da interferenze esterne nella formazione del suo convincimento. Divengono, invece, pubblicabili quegli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero che siano stati utilizzati – nel corso dell'istruttoria dibattimentale – ai fini delle contestazioni (artt. 500 e 503 c.p.p.) o letti o indicati ai sensi dell'art. 511 c.p.p. (art. 114 co. 3 c.p.p.).

Tale divieto vorrebbe rispondere alla finalità di preservare la “verginità” del giudice del dibattimento, ma in parte fallisce nel suo obiettivo creando implicitamente un regime differenziato tra atto (contenitore) e contenuto²³. Diversamente dal co. 1 che vieta la pubblicazione degli atti o “anche solo del loro contenuto”, il comma 7 chiude la disciplina legittimando, in via generale, la divulgazione del contenuto degli atti non coperti da segreto (salvo l'art. 329 co. 3 lett. b)²⁴; ciò pure se essa si realizzi attraverso una semplice parafrasi, sostituzione dei termini con sinonimi o riassunto.

Emergono dalla complessiva disciplina alcuni elementi degni di nota: la discrezionalità dell'organo di accusa nell'autorizzare la pubblicazione di atti di indagine coperti da segreto (art. 329 co. 2 c.p.p.)²⁵ e del giudice di disporre – ove non sussiste – il divieto di pubblicazione, qualora si proceda a porte chiuse o non si proceda con il dibattimento, di atti o parte di atti quando vi sia il rischio di offendere il buon costume, violare un segreto nell'interesse dello Stato ovvero causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni e delle parti private (art. 114 co. 4 e 5 c.p.p.). Da un lato, quindi, è possibile superare l'obbligo di segreto quando ciò sia necessario per la prosecuzione delle indagini (art. 329 co. 2 c.p.p.), come dovrebbe avvenire, ad esempio, in caso di divulgazione di un'immagine o *identikit* dell'indagato. Dall'altro, anche dove non persisterebbe il divieto di pubblicazione (perché non si procede al dibattimento²⁶), il giudice può valutarne la necessità tenuto conto della potenziale offesa che ne deriverebbe al buon costume, ad un segreto nell'interesse dello Stato e agli interessi dei soggetti che intervengono nel processo in qualsiasi veste²⁷. È lampante

dibattimento, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 659 e ss.; F. M. MOLINARI, *Sulla illegittimità costituzionale del divieto di pubblicazione degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 810 e ss.

²³ R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 3/2017, 56.

²⁴ Salvo, cioè, il caso in cui il pubblico ministero, se lo ritiene necessario per la prosecuzione delle indagini, disponga con decreto motivato il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni investigative; cfr. N. TRIGGIANI, *Atti*, in A. SCALFATI (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 2018, 151 e ss.; Sul difetto di coordinamento tra art. 114 comma 7 e 329 comma 3 lett. b) v. ID., voce *Segreto processuale e divieto di pubblicazione*, cit., 1077, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 352, P. P. RIVELLO, *Prevedibili incertezze della distinzione, ex art. 114 c.p.p., tra l'atto e il suo contenuto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1072.

²⁵ Quanto al ruolo degli inquirenti nella fuga di notizie, si ricordi che è lo stesso art. 114 c.p.p. a conferire al pubblico ministero il potere di divulgare, v. C. VALENTINI, *Media e processo penale: riflessioni a margine*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2021, 11; N. TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale, mass media e opinione pubblica*, in GAROFOLI-INCAMPO (a cura di), *Verità e processo penale*, Milano, 2012, 171 ss.

²⁶ È vietata la pubblicazione degli atti delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare fino al provvedimento che esclude l'instaurazione del processo (decreto di archiviazione) o che lo concludono anticipatamente (sentenza di non luogo a procedere, sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, sentenza emessa all'esito del rito abbreviato, decreto penale di condanna divenuto esecutivo). Si è, tuttavia, osservato in dottrina che in presenza di provvedimenti che determinano la riapertura del procedimento (autorizzazione alla riapertura delle indagini ex art. 414 c.p.p.) o del processo (revoca della sentenza di non luogo a procedere ex art. 436 comma 2 c.p.p.) dovrebbe ripristinarsi automaticamente il divieto di pubblicazione (F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, sub art. 114-115, 141; P. TONINI, *Segreto: IV) Segreto investigativo*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, 1992, 5; G. P. VOENA in *Codice di procedura penale commentato* a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, I, Milano, 2017, sub art. 114, 1102); lo stesso vale per gli atti inseriti nel fascicolo per il dibattimento ex art. 431 c.p.p. e poi ritrasferiti in quello del pubblico ministero in seguito all'accoglimento di questione preliminare ex art. 491 c.p.p. (G. P. VOENA, *Atti*, cit., 166).

²⁷ Si tratta degli stessi casi in cui il giudice può disporre che il dibattimento si svolga a porte chiuse (art. 472 c.p.p.).

l'impostazione ideologica e metodologica seguita dal legislatore nel regolare i limiti normativi alla divulgazione di informazioni²⁸ e il potere discrezionale del giudice di estendere il divieto: a rilevare sono solo la buona riuscita delle indagini e gli interessi di matrice statuale. Soltanto in ultima battuta si fa riferimento ad un eventuale pregiudizio alla riservatezza dei testimoni o delle parti private, rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante.

La norma richiama, peraltro, la generica e ricorrente clausola del “buon costume”²⁹, dai contenuti tutt'oggi indeterminati³⁰, e il segreto nell'interesse dello Stato, confermando il sospetto che si tratti di un segreto “qualificato” e sovraordinato rispetto a quello posto a garanzia dei privati³¹. La preponderanza dell'interesse istituzionale al segreto investigativo sugli interessi particolari dell'indagato, emergente dal coordinamento tra gli artt. 114 e 329 c.p.p., era già stata esplicitata dalla Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale, che definisce gli atti coperti da segreto come quelli che l'indagato non conosce e non ha diritto di conoscere. Venuta meno l'esigenza di assicurare la segretezza dell'attività investigativa, non è contemplato, dunque, alcun limite normativo alla circolazione di informazioni sul procedimento in corso che sia volto a preservare la sfera di riservatezza e dignità dell'indagato, se non nel caso-limite della pubblicazione di immagini della persona in stato di privazione della libertà personale (art. 114 co. 6-*bis* c.p.p. introdotto dall'art. 14 co. 2 l. 479 del 1999)³².

Soltanto con riguardo alla protezione di minori coinvolti in un procedimento penale – come testimoni, persone offese o danneggiati dal reato – il legislatore ha avvertito la necessità di dettare un divieto di pubblicazione delle generalità, dell'immagine o di altri elementi che, anche indirettamente, possano consentire la loro identificazione (art. 114 co. 6 c.p.p. come modificato dall'art. 10 comma 8 l. 112 del 2004)³³, complementare a quello già contenuto nell'art. 13 d.P.R. 448/88 a tutela del minore autore di reato. Oltre all'obsolescenza della disciplina codicistica, si è rilevato, poi, uno scarsissimo numero di condanne per i reati che possono configurarsi di fronte alla violazione degli obblighi di segretezza in fase di indagini o dei divieti di pubblicazione³⁴ (artt. 326, 379-*bis* e 684³⁵ c.p.), come se vi fosse una certa tolleranza rispetto a tali condotte³⁶. Diverso è l'approccio sul piano

²⁸ Il segreto istruttorio può essere definito come il “complesso dei limiti normativi posti alla comunicabilità delle conoscenze relative al procedimento penale” (G. GIOSTRA, *Segreto: 10) Segreto processuale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, agg. 1998, 2.).

²⁹ Richiamato, *ex multis*, anche nell'ultimo comma dell'art. 21 della Costituzione come limite per le pubblicazioni a stampa.

³⁰ Si tratta di un concetto talmente indeterminato da essere privo di contenuti prestabiliti, cfr. L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 6.

³¹ «In fondo, il vero segreto, l'unico probabilmente degno di tale nome, è il segreto di Stato», A. GARAPON, *op.cit.*, 219.

³² Sul punto N. TRIGGIANI, *Il divieto di pubblicare immagini di persone private della libertà personale e sottoposte a mezzi di coercizione fisica*, in V. PERCHINUNNO (a cura di), *Percorsi di procedura penale, IV, La revisione del codice di procedura penale agli albori del ventennio (1988-2008): riforma globale e tutela dei diritti della persona*, Milano, 2008, 339 e ss.; L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale*, in *Cass. pen.*, 6/2001, 1942 e ss.

³³ Il divieto può essere superato con autorizzazione del Tribunale per i minorenni, nell'interesse esclusivo del minore o con il suo solo consenso (purché abbia compiuto sedici anni).

³⁴ G. DE VERO, voce *Pubblicazioni arbitrarie*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, 1988, 935 e ss.

³⁵ Sulla scarsa efficacia intimidatoria della sanzione disposta dall'art. 684 c.p., peraltro suscettibile di oblazione discrezionale, rispetto alla fattispecie di cui all'art. 734-*bis* c.p. v. N. TRIGGIANI, voce *segreto processuale*, cit., 1089.

³⁶ Cfr. R. BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, 59 ss.

sovranaZIONALE, ove si riconnette il dovere di informazione a mezzi di comunicazione in capo all'autorità giudiziaria e alla polizia giudiziaria alla sussistenza di un *pubblico interesse*; premessa tale condizione, si richiede, poi, che la divulgazione non pregiudichi il segreto investigativo e le indagini di Polizia (principio 6 della Raccomandazione r(2003) CE su "informazione e procedimenti penali", adottata il 10 luglio 2003 dal Comitato dei Ministri degli Stati membri del Consiglio di Europa). In ogni caso, è opponibile dall'accusato la lesione del suo diritto ad un giusto processo (da provare), per la quale dovrebbe essere predisposto un *rimedio efficace* (principio 11 della Raccomandazione).

La prospettiva cambia radicalmente: si giustifica un'incursione dell'opinione pubblica nella vicenda giudiziaria in quanto vi sia uno specifico interesse pubblico alla conoscenza dei contenuti del procedimento penale e, comunque, nei limiti in cui sia garantito il *fair trial*³⁷. Tale direzione viene imposta dalla Direttiva UE/2016/343 e recepita, in modo passivo, dal legislatore italiano attraverso due modifiche marginali. In primo luogo, si è prevista l'introduzione dell'avverbio "strettamente" al comma 2 dell'art. 329 c.p.p., con valore meramente rafforzativo della condizione posta al pubblico ministero per derogare al divieto di pubblicazione. In secondo luogo, con l'inserimento di un comma 2-bis nell'art. 5 del d.l. 20 febbraio 2006, n. 106, si è inteso limitare la diffusione di informazioni sui procedimenti penali al caso in cui sia *necessario per la prosecuzione delle indagini* o ricorrano *altre rilevanti ragioni di interesse pubblico*. Una visione complessiva dell'intervento normativo, tuttavia, provoca il dubbio che l'intento di riforma resti lettera morta.

Sul piano ordinamentale interno, alcune brevi considerazioni si impongono anche sul piano della segretezza esterna³⁸, ove è regolata la circolazione di atti e informazioni sul procedimento non (più) coperti da segreto (cfr. artt. 117, 118 e 118-bis c.p.p.). Tali atti sono noti e accessibili alle parti ed acquisibili da parte di "chiunque vi abbia interesse", come stabilisce espressamente l'art. 116 c.p.p. Tuttavia, il rilascio della copia non fa venire meno il divieto di pubblicazione, ove sussistente in base all'art. 114 c.p.p.³⁹. La norma non condiziona il rilascio della copia al coinvolgimento del richiedente nel procedimento, per cui anche un giornalista potrebbe chiedere (e ottenere) l'accesso ad atti non più coperti da segreto interno con possibilità, dunque, di divulgarne il contenuto.

Ferma restando, anche in questa sede, l'assenza di ogni considerazione riguardante la persona dell'indagato e la sua sfera di riservatezza, la discrezionalità lasciata all'organo di accusa – peraltro

³⁷ L'art. 6 comma 1 CEDU, nel sancire che la sentenza debba essere resa pubblicamente, contempla il divieto di accesso all'aula d'udienza per la stampa e il pubblico, durante tutto o parte del processo, quando ciò sia necessario nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale o quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo. Il linguaggio normativo si spoglia dei profili eticizzanti, caratterizzanti la clausola del buon costume, e si orienta piuttosto alla protezione della morale degli individui – che potrebbe, sul piano interno, ricondursi al potenziale pregiudizio per i testimoni e le parti private (art. 114 comma 5 c.p.p.) – nonché, a seguire, dell'ordine e della sicurezza pubblica. Non appare, peraltro, nella Carta dei diritti un riferimento espresso al "super interesse" al segreto di Stato.

³⁸ La dottrina tradizionalmente distingue tra segreto interno e segreto esterno. Il primo mira a garantire che i soggetti privati coinvolti nel procedimento penale non vengano a conoscenza di determinati atti attraverso l'imposizione di un "divieto di rivelazione" a carico di chi sia legittimato a conoscerne per ragioni del proprio ufficio. Il segreto esterno, invece, ha ad oggetto atti che pur non essendo (necessariamente o più) coperti da segreto, per cui le parti del procedimento possono prenderne cognizione, non sono divulgabili attraverso la stampa o altro mezzo di diffusione in virtù del divieto di pubblicazione (che è rivolto a chiunque), v. N. TRIGGIANI, voce *Segreto processuale e divieto di pubblicazione* (dir. proc. pen.), cit., 1075; F. M. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003, 66 e ss.

³⁹ N. TRIGGIANI, *op. ult. cit.*, 1088.

non sindacabile⁴⁰ – nel rilasciare la copia di tali atti è stata debitamente criticata poiché presta il fianco a trattamenti differenziati tra giornalisti. Si è osservato che sarebbe, invece, più opportuno consentire un accesso paritario all’informazione e all’esercizio del diritto di cronaca secondo una più rigida regolamentazione deontologica⁴¹. Ed in questa prospettiva può guardarsi con favore la proposta di modifica dell’art. 5 del d.l. 106 del 2006, nella parte in cui impone – nei rapporti tra Ufficio del Pubblico Ministero e organi di informazione – la forma dei comunicati ufficiali oppure, nei casi di particolare rilevanza pubblica della notizia, della conferenza stampa, per la quale si impone un atto motivato in ordine alle specifiche ragioni di pubblico interesse che la giustificano⁴².

4. Resta fuori dal campo di intervento di adeguamento alla Direttiva anche la disciplina delle intercettazioni telefoniche, nonostante le persistenti criticità evidenziate dalla dottrina con riguardo alla tutela della riservatezza di tutti i soggetti coinvolti in un’indagine penale, oltre che sotto il profilo della presunzione di innocenza verso l’indagato.

In questo ambito, un rilievo centrale è da attribuirsi alla persistente “falla” costituita dalla motivazione dei provvedimenti cautelari⁴³, attraverso cui si finisce per aggirare il divieto assoluto di pubblicazione di atti coperti da segreto esterno⁴⁴. L’elusione diviene evidente nei casi in cui all’interno della motivazione confluiscono, mediante operazioni di “copia-incolla”, parti dei verbali delle captazioni trascritte, peraltro prima che si sia tenuta la procedura di stralcio.

Si tratta di un nodo rimasto irrisolto tanto a seguito della riforma delle intercettazioni apportata dal d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 – attuativo della delega contenuta nella l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando), avente come obiettivo principale proprio la tutela della riservatezza dei soggetti interessati dall’attività captativa⁴⁵, quanto con l’immediatamente successiva “contro-riforma” Bonafede (d.l. 30 dicembre 161 del 2019, conv. con modif. in l. 28 febbraio 2020, n. 7). Nel rimodellare la disciplina delle intercettazioni, pur adottando la prospettiva della tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti⁴⁶, già la riforma del 2017⁴⁷, come si avrà modo di dimostrare, aveva finito per lasciare intatta tale falla.

⁴⁰ Il diniego di autorizzazione non è impugnabile, neppure tramite ricorso per cassazione ex art. 111 comma 7 Cost., trattandosi di un mero atto amministrativo.

⁴¹ R. ORLANDI, *op.cit.*, 54-57.

⁴² Art. 3 dello Schema di decreto legislativo n. 285/2021.

⁴³ R. ORLANDI, *op. cit.*, 58; sul tema, per delle considerazioni anteriori alla riforma apportata con il d. lgs. 216/2017, C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3/2017, 78 e ss.

⁴⁴ Sulla naufragata proposta di ampliamento del divieto di pubblicazione con riguardo a documentazione ed atti relativi ad intercettazioni, anche se non più coperte da segreto, fino alla chiusura delle indagini preliminari o dell’udienza preliminare (art. 114 comma 2-bis c.p.p. nel d.d.l. n. 1611/s presentato nel corso della XVI legislatura dal Ministro della Giustizia, on. Alfano, approvato dalla Camera dei Deputati, modificato l’anno successivo dal Senato, ma mai varato alla Camera) v. G. P. VOENA, sub art. 114, in *Codice di procedura penale commentato* a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, I, Milano, 2017, 1100.

⁴⁵ In senso critico si è osservato che la legge delega n. 103 del 2017 parla di *riservatezza*, concetto attinente ai limiti posti alla divulgazione esterna delle notizie intercettate, specie quando esse attengano a terzi o a fatti penalmente irrilevanti, e non di *segretezza*, cioè di quel valore che richiede la dettagliata descrizione dei presupposti e delle condizioni di legittimità del potere di intercettare (C. IASEVOLI, *Ancora abusi in materia di intercettazione*, in *Dir. Giust. Min.*, 3/4/2017, 13).

⁴⁶ Si ricordi che violazione del diritto alla riservatezza ha procurato al nostro Paese una dura condanna da parte della Corte EDU proprio in tema di indebita divulgazione di intercettazioni a contenuto strettamente privato e processualmente ininfluenti (Corte eur. dir. uomo, 17 luglio 2003, *Craxi contro Italia*).

⁴⁷ Sullo sfondo della riforma si collocano la tutela della riservatezza e la regolamentazione del captatore informatico (*trojan virus*), fermi restando “i limiti e i criteri di utilizzabilità” dello strumento investigativo (art. 1 comma 84 lett. a) l.

Per un verso, si era prevista una procedura bifasica caratterizzata, *in primis*, dall'esistenza a monte di un divieto di trascrizione (art. 268 co. 2-*bis* c.p.p.), anche sommaria⁴⁸, delle conversazioni concernenti dati sensibili e irrilevanti, nonché lesive della reputazione delle persone, o intercorse col difensore (art. 103 co. 7); *in secundis*, dalla predisposizione di un duplice filtro di controllo, immediatamente successivo alle operazioni⁴⁹, prima da parte del pubblico ministero e poi del gip, con diritto dei difensori a interloquire⁵⁰. In estrema sintesi, solo all'esito di tale procedura di controllo, gli atti, contenuti nell'elenco di cui all'art. 268-*bis* co. 1 e di cui fosse stata disposta l'acquisizione da parte del gip (con intervento della difesa), sarebbero transitati nel fascicolo del pubblico ministero.

Con l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari, quindi, si sarebbe verificata contestualmente la caduta del segreto⁵¹ e la confluenza degli atti nel fascicolo di cui all'art. 373 co. 5 c.p.p., dal quale i difensori avrebbero già potuto estrarre copia dei contenuti. L'acquisizione al fascicolo per il dibattimento, invece, sarebbe avvenuta con la trascrizione delle comunicazioni e

103 del 2017), v. G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2018, 522 e ss.; C. GABRIELLI, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni rilevanti*, in G. GIOSTRA – R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018, 3.

⁴⁸ Vengono recepite le indicazioni contenute nelle circolari di diverse Procure della Repubblica (tra tutte v. Circolare Spataro) cfr. A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2/2017, *passim*. Sono stati, tuttavia, evidenziati gli aspetti problematici di una disciplina che rimette alla polizia giudiziaria la selezione delle comunicazioni concernenti dati sensibili e irrilevanti o lesive della reputazione altrui, nonché del limbo in cui verserebbero tutte le conversazioni non trascritte – nemmeno sommariamente – e riportate nel verbale da trasmettere al pubblico ministero con la sola «data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta, previa informazione al pubblico ministero»; per cui l'unico modo per prendere cognizione dei contenuti di tali comunicazioni sarebbe procedere all'ascolto delle registrazioni. Difatti, il combinato disposto degli artt. 267 comma 4 e 268 comma 2-*bis* c.p.p., secondo la Relazione illustrativa, fermo restando il divieto di trascrizione in caso di diagnosi di irrilevanza, stabilisce l'obbligo di redigere l'«annotazione sui contenuti» indirizzata al pubblico ministero solo nei «casi in cui sia dubbio se procedere a trascrizione». In mancanza di indicazioni da parte del pubblico ministero, l'operatore di P.G. diventerebbe «arbitro del giudizio di rilevanza» (L. FILIPPI, *L'attuazione della delega sulle intercettazioni. Un'altra occasione mancata*, in *Il penalista*, 28 gennaio 2018). In senso critico sul risultato (e sul significato difficilmente intellegibile) di tali modifiche normative G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, cit., 526-527.

⁴⁹ Per una puntuale disamina della previgente disciplina delle intercettazioni e, in particolare, della procedura dibattimentale di filtro v. F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 3/2020, 1389; ID, *Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate*, in *Giur. cost.*, 2012, 4097 e ss.

⁵⁰ Dalle modifiche apportate all'art. 268 e attraverso l'introduzione degli artt. 268-*bis* e 268-*ter* c.p.p. è stato disposto, in primo luogo, un divieto di trascrizione (art. 268 comma 2-*bis* c.p.p.) delle conversazioni concernenti dati sensibili e irrilevanti, nonché lesive della reputazione delle persone, e intercorse col difensore (art. 103 comma 7). In secondo luogo, è stata delineata una procedura di controllo bifasica: la prima fase di selezione è affidata al pubblico ministero (il quale potrebbe anche disporre, con decreto motivato, la trascrizione delle comunicazioni o conversazioni coperte dal divieto, se rilevanti per i fatti oggetto di prova, si sensi del comma 2-*ter*); la seconda fase di controllo è rimessa al gip e al suo esito sarà disposta l'acquisizione – con successiva trascrizione – delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicate dalle parti, purché non siano irrilevanti, con stralcio, anche d'ufficio, di registrazioni o verbali inutilizzabili e concernenti dati sensibili. Ai difensori viene attribuito il diritto di partecipare allo stralcio, cui si riconnette la possibilità di indicare le conversazioni che ritengono rilevanti e che vorrebbero acquisire al fascicolo del pubblico ministero, così come quelle inutilizzabili o trascritte in violazione del divieto.

Con l'ordinanza del gip cade il segreto e gli atti vengono inseriti nel fascicolo di cui all'art. 373 comma 5 c.p.p., dal quale i difensori potranno estrarre copia dei contenuti. Le conversazioni non acquisite, invece, sono destinate a confluire nell'archivio riservato e restano coperte da segreto. In questo modo si è inteso evitare che tutte le conversazioni o comunicazioni siano depositate indiscriminatamente e scoperte dal segreto.

⁵¹ G. GIOSTRA, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in ID – R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 115 e ss.

conversazioni, attraverso le forme, i modi e le garanzie per la perizia, in sede dibattimentale nel rispetto del diritto alla prova⁵².

Diversamente, le conversazioni e comunicazioni non ritualmente acquisite avrebbero dovuto essere assoggettate ad un'inedita forma di segreto, che va oltre la *discovery* degli atti e la chiusura delle indagini preliminari, perché volto a tutelare la riservatezza delle conversazioni intercettate irrilevanti, piuttosto che il tradizionale segreto investigativo⁵³.

Con favore è stata vista la previsione espressa della caduta del segreto al momento della trasmissione degli atti dall'archivio "riservato"⁵⁴ al fascicolo del pubblico ministero, in seguito alla procedura di controllo giudiziale (artt. 268-*quater* c.p.p.), anziché dal momento in cui essi divengono conoscibili da parte dell'indagato⁵⁵. *Ante* novella del 2017, infatti, il segreto sarebbe cessato dal deposito delle registrazioni a disposizione della difesa, con possibilità per quest'ultima di prenderne conoscenza in vista del contraddittorio dinanzi al giudice per la selezione di quelle rilevanti per l'accertamento dei fatti⁵⁶.

Tale articolato di garanzie del diritto alla riservatezza di tutti i soggetti coinvolti dall'attività investigativa è stato, tuttavia, immediatamente soppresso dalla poco successiva "contro-riforma Bonafede" (d.l. 161/2019). Parallelamente, insieme all'eliminazione della prima fase di controllo affidata al pubblico ministero⁵⁷, viene attribuito carattere solo eventuale alla procedura di acquisizione dei materiali investigativi dinanzi al giudice per le indagini preliminari⁵⁸ (se non si è

⁵² cfr. A. BERNASCONI, *Mezzi di ricerca della prova*, in A. SCALFATI (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 323.

⁵³ F. CAPRIOLI, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, in T. BENE (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, 2018, 131.

⁵⁴ Con il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161 scompare l'archivio *riservato*, che oggi viene definito semplicemente come archivio digitale, tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica (art. 89-*bis* disp. att. c.p.p.); è previsto che l'archivio sia gestito con modalità tali da garantire la segretezza della documentazione relativa a intercettazioni non necessarie per il procedimento, irrilevanti o di cui sia vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali (art. 89-*bis* comma 2 disp. att. c.p.p.). Tale ultima categoria rientra tra quelle indicate dall'art. 9 § 1 del Regolamento UE 2016/679 e nell'art. 2-sexies del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101 di adeguamento al GDPR alla normativa nazionale ("i dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose e filosofiche o l'appartenenza sindacale, i dati genetici, i dati biometrici, intesi ad identificare in modo univoco una persona fisica, i dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona"). Si è osservato che così configurato, anche alla luce modifiche complessivamente apportate alla disciplina delle intercettazioni, è forte il rischio di una commistione tra materiali rilevanti e irrilevanti cfr. F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., 1399-1400.

⁵⁵ C. GABRIELLI, *op. cit.*, 4-5; Sulla problematica, prima della riforma, G. GIOSTRA, *Limiti alla conoscibilità dei risultati delle intercettazioni: segreto investigativo, garanzie individuali, diritto di cronaca*, in AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, Milano 5-7 ottobre 2007, 2009, 403; F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 557.

⁵⁶ G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca*, cit., 525.

⁵⁷ Il pubblico ministero effettuerà, invece, un'attività di direzione/vigilanza in via preventiva sull'operato della polizia giudiziaria. La configurazione di tale potere di vigilanza in termini generici sarà chiarita nel tempo solo dalla prassi applicativa cfr. C. PARODI, *La riforma dimezzata: prime osservazioni sul decreto in tema di intercettazioni*, in www.ilpenalista.it, 8 gennaio 2020, 11. In senso critico A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.*, 1/2020, 2.

⁵⁸ Con il d. l. 161 del 2019, conv. con modif. in l. 7/2020 sono stati abrogati gli artt. 268-*bis* e 268-*ter* c.p.p. che disciplinavano l'intera procedura bifasica con il doppio controllo pubblico ministero – gip. È stato riscritto contestualmente l'art. 268 apportando le seguenti modifiche. Viene sostituito il divieto di trascrizione prevedendo un controllo preventivo del pubblico ministero sull'operato della polizia giudiziaria: "il pubblico ministero dà indicazioni e

già proceduto al deposito ai sensi dell'art. 268 c.p.p., essa è prevista solo in caso di contestazione della difesa rigettata dal pubblico ministero, *ex art. 415 co. 2-bis*, o entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato *ex art. 454 co. 2-bis*⁵⁹; per cui le intercettazioni, entreranno a far parte del fascicolo del pubblico ministero prima dell'operazione di controllo giudiziale e selezione delle comunicazioni e conversazioni, divenendo già spendibili nel procedimento⁶⁰.

Diverso era, poi, il binario delineato dall'abrogato art. 268-*ter* c.p.p. per le comunicazioni e conversazioni poste alla base di una richiesta di misura cautelare avanzata durante le indagini preliminari. Per queste ultime non occorre attendere la chiusura delle operazioni⁶¹ e, dunque, la fase-filtro di acquisizione del materiale, bensì veniva rimessa interamente al pubblico ministero la selezione delle comunicazioni con il loro inserimento nel fascicolo *ex art. 375 co. 5* (art. 268-*ter* co. 1 c.p.p. introdotto dal d. lgs. 216/2017 e abrogato dal d.l. 161/2019)⁶². Ciò implicava che lo “scudo” del segreto si sarebbe arrestato prima della procedura di acquisizione garantita e delle operazioni di stralcio (artt. 268-*ter* e 269 co. 1-*bis*, oggi co. 1⁶³), con possibile circolazione di tutte le comunicazioni o conversazioni selezionate unilateralmente e rapidamente dal pubblico ministero al momento della formulazione della richiesta *ex art. 291 c.p.p.* La via attraverso la quale si realizza tale circolazione è proprio l'ordinanza cautelare, a causa della tendenza a riportare, mediante copia-incolla, i vasti, e tal volta poco selezionati, contenuti della richiesta del pubblico ministero all'interno del provvedimento

vigila affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini”.

Proprio perché il pubblico ministero esercita tale selezione preventiva, viene abrogato il comma 2-*ter* che prevedeva la possibilità di disporre, con decreto motivato, la trascrizione delle comunicazioni o conversazioni coperte dal divieto, se rilevanti per i fatti oggetto di prova, ai sensi del comma 2-*ter*. Entro cinque giorni dalla chiusura delle operazioni vengono trasmessi per il deposito i verbali e le registrazioni presso l'archivio di cui all'art. 269 comma 1, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, per un termine fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice ritenga necessaria una proroga. Il gip può autorizzare il pubblico ministero a ritardare il deposito se può derivarne un grave pregiudizio per le indagini. Entro quel termine i difensori possono esaminare gli atti ed ascoltare le registrazioni; dopodiché il gip dispone l'acquisizione delle conversazioni o comunicazioni indicati dalle parti che non appaiono irrilevanti, procedendo anche d'ufficio allo stralcio delle registrazioni e verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelle che riguardano categorie particolari di dati personali, sempreché non ne sia dimostrata la rilevanza. Anche nel corso della formazione del fascicolo per il dibattimento il gip dispone la trascrizione integrale delle registrazioni da acquisire, osservando forme, modi e garanzie previste per l'espletamento delle perizie. In questo modo le trascrizioni o stampe confluiscono nel fascicolo per il dibattimento. In sede di conversione è stata, peraltro, attribuita al giudice il potere di disporre l'utilizzazione dei “brogliacci di ascolto” della polizia giudiziaria – ed evitare così la dispendiosa attività di trascrizione delle registrazioni – qualora le parti prestino il proprio consenso.

⁵⁹ A. SCALFATI, *Intercettazioni*, cit., 4, nella previsione di cui all'art. 415-*bis* comma 2-*bis* individua dei “diritti partecipativi di facciata”; inoltre, evidenzia per l'art. 454 comma 2-*bis* c.p.p. la ristrettezza dei tempi e la coincidenza del termine concesso alla difesa per le contestazioni (che dovrebbero basarsi sul solo *elenco* delle intercettazioni) con quello entro il quale può optarsi per un rito alternativo.

⁶⁰ F. CAPRIOLI, *op.cit.*, 1385, parla di “due conquiste andate in fumo”; su questo aspetto F. CAPRIOLI, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, cit., 129.

⁶¹ F. CAPRIOLI, *op. ult. cit.*, 130, sottolinea che le comunicazioni o conversazioni utilizzate per l'adozione di una misura cautelare vengono acquisite al fascicolo solo dopo l'emissione dell'ordinanza; questo vuol dire che il pubblico ministero e il giudice se ne servono legittimamente per la richiesta e per la decisione cautelare anche se il loro inserimento nel fascicolo per le indagini non è ancora avvenuto.

⁶² In altri termini avrebbe disposto lo stesso pubblico ministero l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni utilizzate per l'adozione della misura cautelare.

⁶³ Il comma 1-*bis* è stato abrogato e il periodo è stato trasposto all'interno del 1° comma dello stesso art. 269 c.p.p.

ex art. 292 c.p.p., che – in questo modo – è divenuto “vettore” di notizie processualmente irrilevanti, spesso lesive della riservatezza e della reputazione delle persone⁶⁴.

Difatti, in sede di interpolazione dell’art. 329 co. 1 c.p.p., con l’inclusione tra gli atti coperti da segreto delle *richieste del pubblico ministero* e degli *atti del giudice che provvedono su tali richieste*, viene espressamente fatta salva la (già esistente) possibilità di pubblicare l’ordinanza cautelare quando – caduto il segreto interno – non si siano ancora concluse le indagini preliminari o l’udienza preliminare⁶⁵ (art. 114 co. 2 ult. periodo come modificato dal d. lgs. 216/2017 e rimasto inalterato a seguito della riforma del 2019)⁶⁶.

Immediatamente dopo il divieto di pubblicazione è stato esteso, in sede di “contro-riforma” del 2019, al contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli artt. 268 e 415-bis c.p.p. e dell’art. 454 co. 2-bis c.p.p. (art. 114 co. 2-bis c.p.p.)⁶⁷. Tale previsione sembra militare nel senso di un rafforzamento delle garanzie di riservatezza a fronte di atti irrilevanti o inutilizzabili, ma ad una lettura più accorta non sfugge che l’oscuro art. 269 co. 1 c.p.p. (come novellato dalla stessa riforma del 2019), ha finito per far cadere lo scudo del segreto per quegli atti che, nell’assetto delineato nel 2017, sarebbero dovuti prima passare per il vaglio giudiziale. Nell’affermare che “non sono coperti da segreto solo i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni *acquisite al fascicolo di cui all’art. 373 comma 5, o comunque utilizzati nel corso delle indagini*”, da un lato, ribadisce l’esclusione dal segreto degli atti posti alla base di una misura cautelare, dall’altro, non sembra far riferimento agli stessi elementi che sarebbero transitati nel fascicolo delle indagini in seguito all’ordinanza acquisitiva del gip ex art. 268-*quater* co. 3 abr. c.p.p.

Attraverso una lettura sistematica del combinato disposto degli artt. 269 co. 1 e dell’art. 114 co. 2-bis c.p.p., la sensazione è che il risultato raggiunto sia la caduta del segreto per tutti gli atti relativi alle intercettazioni che siano stati oggetto di deposito e messa a disposizione per la difesa, sia quelle acquisite a norma degli artt. 268, 415-bis e 454, sia quelle ritenute irrilevanti o inutilizzabili in quella stessa sede⁶⁸. Tanto si ricava da un’interpretazione *a contrario* dell’art. 114 co. 2-bis c.p.p.: se il legislatore ha sentito l’esigenza di vietare espressamente la pubblicazione dell’atto (e non solo del contenuto), ciò implica che tali atti non siano più coperti da segreto interno. Se tanto è vero, non può non rilevarsi il persistente *vulnus* alla riservatezza dei soggetti intercettati a fronte della messa a disposizione della difesa del materiale investigativo. Basti pensare alla discreta platea di lettori/ascoltatori che potrebbe crearsi in un procedimento con una pluralità di indagati, ciascuno dei quali munito anche di due difensori.

Tornando all’ordinanza cautelare, il d. lgs. 216 del 2017 ha previsto l’introduzione di un co. 1-*ter* nell’art. 291 e di un co. 2-*quater* nell’art. 292 c.p.p., per cui potranno essere riportati solo i *brani essenziali* delle conversazioni all’interno dell’ordinanza cautelare – e soltanto quando ciò sia necessario per l’esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi – di modo che, visto l’art. 114 co.

⁶⁴ G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca*, cit., 525.

⁶⁵ Si tratta del lasso temporale in cui per gli atti non più coperti da segreto interno, è ammessa la pubblicazione del contenuto.

⁶⁶ Cfr. D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l’inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *SP*, 2/2020, 88.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ F. CAPRIOLI, *op.cit.*, 1400.

2 ult. periodo, si prevenga la divulgazione dell'atto di trascrizione attraverso la sua pedissequa riproduzione nel provvedimento del gip. Parallelamente, il legislatore del 2017 aveva imposto al pubblico ministero una preventiva selezione delle risultanze investigative *rilevanti* al momento della formulazione della richiesta cautelare (art. 291 co. 1 c.p.p.); per altro verso, aveva gravato il giudice della cautela dell'obbligo di restituire all'organo d'accusa gli atti relativi a conversazioni o comunicazioni ritenuti non rilevanti o non utilizzabili (art. 92 co. 1-*bis* disp. att. c.p.p.)⁶⁹.

La regola chiara prima inclusa nell'art. 291 co. 1, che mirava a filtrare già in sede di richiesta cautelare, con una prima selezione affidata all'organo d'accusa, le conversazioni irrilevanti, diviene di dubbia lettura – con la contro-riforma del 2019 – a causa del richiamo ai verbali “comunque conferiti nell'archivio di cui all'art. 269”. Pertanto, visto il dubbio che nell'archivio-contenitore di cui all'art. 269 c.p.p. finiscano per confluire materiali investigativi rilevanti e non, sembra che il controllo sia stato, da ultimo, interamente rimesso al buon operato del giudice della cautela e all'attivazione del suo potere *ex* art. 92 co. 1-*bis* disp. att. c.p.p.

Pur se con una diversità intensità, dal combinato delle modifiche sinora richiamate emerge il proposito di contenere nel procedimento i flussi di comunicazioni e conversazioni e, al contempo, di sollecitare una più accurata selezione del materiale irrilevante in caso di intervento cautelare. Cionondimeno, sembrano riproporsi i dubbi già sollevati in ordine alla distinzione tra contenitore e contenuto presente nell'art. 114 co. 2 c.p.p.: un *brano essenziale* non è altro che una riproduzione sintetica del contenuto di una trascrizione. A ciò si aggiunga il rischio di travisamenti e omissioni in cui facilmente può incorrersi nel cercare di riassumere i contenuti di una conversazione⁷⁰. Resta da chiedersi, poi, quali possano essere i rimedi sanzionatori in caso di inosservanza della prescrizione da parte del giudice⁷¹, posto che ci si troverebbe senz'altro al di fuori del campo di operatività del già labile art. 648 c.p.

Si è cercato di evidenziare la centralità del provvedimento cautelare come veicolo di informazioni verso l'esterno e il rischio che tali flussi di comunicazioni sfuggano al filtro di controllo. Delude constatare che ci si sia limitati ad un adeguamento strettamente letterale alla Direttiva, anziché cogliere l'occasione per rimeditare anche l'intera disciplina delle intercettazioni secondo una precisa sistematica teleologica.

5. Le fonti sovranazionali, internazionali e interne devono confrontarsi con una delicata opera di bilanciamento. Si scontrano sul campo il diritto di cronaca (art. 21 Cost. e art. 10 CEDU) e quello alla riservatezza (art. 18 Cost. e art. 8 CEDU), il giusto processo – che si svoglia dinnanzi ad un

⁶⁹ Tale assetto – ad eccezione dell'inciso che impone al pubblico ministero di selezionare solo le comunicazioni rilevanti ai fini della richiesta cautelare – è rimasto inalterato in sede di “contro-riforma”, così come il 293 comma 3 c.p.p. nella parte in cui consente più espressamente di trasporre, su idoneo supporto, le registrazioni poste alla base della richiesta del pubblico ministero. Sebbene il decreto legge conferisse al difensore solo la facoltà di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e delle conversazioni intercettate di cui all'art. 291 comma 1, in sede di conversione la previsione è stata ripristinata. Sarebbe stata altrimenti eliminata quella previsione con cui il d. lgs. 216/2017 aveva allineato le disposizioni in tema di *discovery* degli atti successiva alla notificazione o esecuzione dell'ordinanza cautelare alla pronuncia della Corte costituzionale, sent. 10 ottobre 2008, n. 336).

⁷⁰ C. PARODI, *Il nuovo decreto intercettazioni: le indicazioni sulla riservatezza*, in www.ilpenalista.it, 13 gennaio 2020, 9.

⁷¹ In questo senso anche G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri*, cit., 533, sul *self-restraint* preteso dalla legge nel procedimento cautelare.

organo terzo ed imparziale (art. 111 co. 2 Cost., art. 6 co. 1 CEDU e art. 47 CDFUE) soggetto soltanto alla legge e a nessun'altra interferenza esterna (art. 101 co. 2 Cost.) – e la presunzione di innocenza (art. 27 co. 2 Cost.) o non colpevolezza (artt. 6 co. 2 CEDU e 48 CDFUE).

Le restrizioni alla libertà di espressione e al diritto di cronaca (art. 21 Cost.), in quanto baluardo del controllo democratico sull'operato delle istituzioni, possono fondarsi solo su un primario interesse costituzionale: in questa dimensione entra in gioco la presunzione d'innocenza come diritto fondamentale dell'individuo. Alla base delle rivendicazioni di trasparenza si pone, però, un equivoco sostanziale: mentre il controllo democratico sull'attività dell'amministrazione, ad esempio, costituisce una forma di compartecipazione alla gestione della cosa pubblica, non si rinviene alcun fondamento democratico nel sindacato diretto dell'operato della magistratura da parte dell'opinione pubblica⁷².

Ad una conclusione opposta è pervenuta tradizionalmente la giurisprudenza costituzionale nel ribadire che la disciplina del segreto investigativo e del divieto di pubblicazione riflette esigenze di trasparenza e di controllo sociale sullo svolgimento della vicenda processuale e, quindi, contempera interessi di giustizia e interessi dell'informazione, entrambi costituzionalmente rilevanti⁷³. Dalla Relazione al codice di procedura penale, dalle direttive contenute nella legge delega n. 81/1987 e dalla giurisprudenza costituzionale emerge in modo chiaro l'intento di restringere il più possibile il campo di operatività del divieto di pubblicazione. Ebbene, l'intero quadro va oggi riletto alla luce delle indicazioni provenienti dal contesto sovranazionale.

All'aspetto puramente giuridico, deve poi associarsi una prospettiva sociologica: soddisfare il desiderio immediato di conoscenza implica la lotta all'esclusiva, ossia all'aggiudicarsi la prima testata giornalistica sulla notizia⁷⁴. La diffusione dell'informazione è così assoggettata alle stesse regole del mercato, ove c'è maggiore domanda di notizie aumenta l'offerta di pubblicazione creando una "concorrenza selvaggia"⁷⁵ e una mercificazione dell'essere umano.

6. Premessa l'esigenza di ripensare la disciplina risultante dagli artt. 114 e 329 c.p.p.⁷⁶ e dalle disposizioni in tema di intercettazioni, occorre riempire di contenuti il concetto di *pubblico interesse* accolto dal legislatore italiano.

⁷² In questo senso, serratamente, G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., 60; ID, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia "reale" e sulla giustizia "percepita"*, in *Leg. pen.*, 17 settembre 2018, 2, consultabile all'indirizzo internet www.lalegislazionepenale.eu.

⁷³ Corte cost. 8 febbraio 1995 n. 59, in cui si afferma che «nel dare riconoscimento a esigenze di trasparenza e di controllo sociale sullo svolgimento della vicenda processuale, e quindi nel contemperare interessi di giustizia e interessi dell'informazione – entrambi costituzionalmente rilevanti – la legge delega ha operato una scelta precisa. I primi due periodi della Direttiva n. 71 delineano un sistema in cui "su tutti gli atti compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero" è posto sia l'obbligo del segreto che il divieto di pubblicazione fino a quando i medesimi non possono essere conosciuti dall'imputato (*rectius* dall'indagato)».

Sullo stesso tema, Corte cost. 373 del 1992, ove – nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 441 comma 1 c.p.p., nella parte in cui non prevede la pubblicità dell'udienza del giudizio abbreviato, per violazione dell'art. 101 comma 1 Cost., il quale stabilisce che la giustizia è amministrata nel nome del popolo – viene rimarcato che la scelta del legislatore mira a bilanciare le esigenze sottese al principio di pubblicità: supervisione dello svolgimento dei processi penali da parte dell'opinione pubblica e tutela della riservatezza dell'imputato.

⁷⁴ In questo senso anche L. BREZIGAR, *I vaccini sperimentali del processo mediatico*, in *Diritto di difesa*, 2/2020, 248.

⁷⁵ A. GARAPON, *op. cit.*, 223.

⁷⁶ In termini chiarissimi G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., 67, «di fronte ad un fenomeno complesso, proteiforme e dilagante come quello dell'informazione di massa, il riaffermare la funzione di controllo svolta dalla

Tale nozione è stata diversamente intesa sul piano interno e su quello sovranazionale.

Nell'ordinamento italiano, la questione si è tradizionalmente intrecciata alla sussistenza del delitto di diffamazione. Ai fini dell'operatività della scriminante dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.), la divulgazione di informazioni lesive dell'onore a mezzo stampa può dirsi espressione del diritto di cronaca quando vi sia un'*utilità sociale* dell'informazione (oltre a dover essere una verità oggettiva o quantomeno putativa) e sia espressa in forma civile e rispettosa della dignità della persona⁷⁷. Sotto la lente della presunzione d'innocenza non può escludersi il carattere lesivo della divulgazione incontrollata di materiale investigativo orientata inevitabilmente alla parzialità.

Sul piano internazionale, il tema diviene oggetto di attenzione privilegiata in seno al Consiglio d'Europa a partire dalla Risoluzione n. 1165/1998 adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, al cui punto 12 si afferma che il diritto alla riservatezza, riconosciuto dall'art. 8 CEDU, tutela l'individuo nei confronti di interferenze da parte delle pubbliche autorità, ma anche di persone e istituzioni private, inclusi i *mass media*. Ad essa segue la Raccomandazione (2003) 13 adottata il 10 luglio 2003 da Consiglio d'Europa, contenente Principi relativi alle informazioni fornite attraverso i mezzi di comunicazione in rapporto ai procedimenti penali.

Parallelamente, nella giurisprudenza della Corte EDU si ritrova un'ampia casistica in materia. La nozione in questione figura, ad esempio, nella nota decisione della Corte EDU, *Sunday Times c. Regno Unito* (caso Talidomide)⁷⁸, ove si afferma l'esistenza di un diritto ad essere informati, e un corrispettivo compito rimesso ai *media* di fornire le informazioni, purché si rientri in un *settore di pubblico interesse*; tale sarebbe, alla luce dei fatti di causa, quello medico-scientifico, nonché quello giuridico, vista l'elaborazione giurisprudenziale del metodo individualizzante nell'accertamento della causalità, cui è seguita una serrata critica dottrina nel contesto di un ampio dibattito di studio⁷⁹. Sulla stessa linea sembra porsi la decisione della Corte EDU *Dupuis c. Francia*⁸⁰, nella quale si ravvisa la violazione della libertà di espressione (art. 10 CEDU) in caso di applicazione di una sanzione penale nei confronti del giornalista in assenza di un effettivo pregiudizio all'amministrazione della giustizia o alla presunzione di innocenza. Nel pensiero della Corte, a rilevare non è tanto la sussistenza dell'obbligo di segreto quanto la divulgazione di informazioni veritiere e di interesse generale.

pubblicità processuale suscita talvolta la degnata attenzione, che si riserva alle verità ormai sopravvissute a se stesse: un'eredità ingombrante di cui bisognerebbe avere il coraggio culturale di disfarsi».

⁷⁷ Cass. civ., Sez. I., 18 ottobre 1984, n. 5259.

⁷⁸ Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

⁷⁹ L'accertamento della causalità secondo il metodo individualizzante, proposto come correttivo alla teoria condizionalistica in assenza di leggi scientifiche di copertura che attestino il rapporto di regolarità causale tra un accadimento e un certo tipo di evento, per il quale il giudice – come uno storico – è chiamato a ricostruire secondo il proprio intuito, ossia in base a proprie certezze soggettive, il rapporto tra singolo accadimento concreto ed evento particolare, ha subito forti critiche in dottrina. L'esigenza di rispettare il principio di legalità e tassatività ha imposto l'evoluzione giurisprudenziale verso la sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura e, dunque, verso la causalità condizionalistica orientata in senso nomologico-deduttivo. Il caso Talidomide ha consentito di dimostrare gli errori nell'accertamento giudiziale della causalità, che si sarebbero potuti evitare giungendo ad una alta probabilità razionale attraverso una spiegazione su base statistica degli effetti dannosi del farmaco, ricavabile dal complesso di dati statico-presuntivi emersi nella comunità scientifica (su questi temi STÖSTRÖM-NILSSON, *Il talidomide e il potere della industria farmaceutica*, trad. it., Milano, 1973, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019).

⁸⁰ Corte EDU, 7 giugno 2007, *Dupuis c. Francia*.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo il principio di non colpevolezza si colloca tra i limiti stabiliti per la buona amministrazione⁸¹, imponendo delle precise regole di condotta *in primis* agli organi investigativi. Esemplificativo in tal senso è il caso *Allet de Ribemont c. Francia*⁸², in cui si richiama la discrezione e il riserbo imposti dal principio nel censurare l'opera di autolegittimazione – mediante rilascio di interviste, conferenze stampa, ecc. – dell'organo di accusa.

Al contempo, si esprime la portata universale della presunzione nella prospettiva dell'uguaglianza di tutti gli individui di fronte alla legge a prescindere dallo *status* sociale. Nel caso *Warm c. Austria*⁸³, infatti, la Corte sottolinea l'esigenza di assicurare un processo equo anche a personalità pubbliche o personaggi politici.

Altro aspetto cruciale è quello relativo all'utilizzo di termini che sottintendano degli impliciti giudizi di colpevolezza in assenza di un accertamento della responsabilità contenuto in una pronuncia giudiziale irrevocabile. Sul punto, la Corte EDU (*Ürfi Cetinkaya c. Turkey*⁸⁴) ha assunto una posizione decisa, rilevando, ad esempio, la violazione dell'art. 6 § 2 CEDU per avere il Comando Generale turco rilasciato un comunicato stampa in cui si definiva l'indagato “un trafficante internazionale di droga” (analogamente nel caso *Stirmanov c. Russia*⁸⁵); e non solo: la Corte si è spinta sino al punto di ritenere che anche dare per *probabilmente* colpevole l'imputato prima della sentenza definitiva costituisca di per sé violazione della presunzione d'innocenza a prescindere dalla successiva condanna (Corte EDU, *Neagoe c. Romania*⁸⁶).

La direttiva UE/2016/343, come si è visto, esplicita tali principi all'art. 4, pur precisando al paragrafo 3, che «l'obbligo stabilito al paragrafo 1 di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli non impedisce alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia *strettamente* necessario per motivi connessi all'indagine penale o per l'*interesse pubblico*».

In dottrina è stata evidenziata la genericità dei termini della disposizione, posto che essa finisce, comunque, per riconoscere ampi spazi di discrezionalità all'organo di accusa⁸⁷; peraltro, il pubblico interesse alla notizia si potrebbe considerare presunto alla luce del fatto che la giustizia è amministrata in nome del popolo⁸⁸. Aderendo all'impostazione codicistica, in effetti, la norma europea non sembra imporre al legislatore interno un mutamento degli assetti già esistenti: l'organo d'accusa è il titolare del segreto investigativo e gode del potere discrezionale di disporre anticipatamente la caduta del segreto o la segretazione di atti che ne siano rimasti scoperti. È altrettanto vero che la Costituzione stabilisce che la giustizia sia amministrata in nome del popolo (art. 101 co.1 Cost.) e nel rispetto della libertà di informazione (art. 21 Cost.).

Fin qui si potrebbe ritenere che i marginali interventi sulla normativa interna, proposti nello schema di decreto legislativo, la rendano già perfettamente in linea con i contenuti della Direttiva.

⁸¹ Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

⁸² Corte EDU, 10 febbraio 1995, *Allet de Ribemont c. Francia*, par. 38.

⁸³ Corte EDU, 29 agosto 1997, *Warm c. Austria*.

⁸⁴ Corte EDU, 23 luglio 2013, *Ürfi Cetinkaya c. Turkey*.

⁸⁵ Corte EDU, 21 gennaio 2019, *Stirmanov c. Russia*.

⁸⁶ Corte EDU, 21 luglio 2015, *Neagoe c. Romania*.

⁸⁷ C. VALENTINI, *op. cit.*, 13.

⁸⁸ N. TRIGGIANI, *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, 2012, 5.

Senonché una simile lettura pecca di sistematicità e mal si concilia con la dimensione multilivello dei diritti. Nel delineare la disciplina di un processo che sia *giusto*, requisito indispensabile è il rispetto del principio di parità delle parti e di imparzialità e terzietà del giudice (art. 111 co. 2 Cost.). Ebbene, in questa prospettiva, la Direttiva non può che attribuire una discrezionalità tecnica all'organo d'accusa orientata dal principio di proporzionalità e sussidiarietà: la rivelazione di informazioni, ancor prima che l'indagato possa averne conoscenza, non può che essere limitata ai casi in cui non vi siano validi strumenti alternativi per il buon esito dell'indagine.

Al di fuori di questo ambito non può esservi spazio per una trasmissione parziale delle informazioni ai giornalisti da parte degli organi inquirenti che dia luogo all'inizio (anticipato) del meta-processo dinnanzi all'opinione pubblica⁸⁹. Una conferma può trarsi dal *considerandum* n. 18 della medesima Direttiva che fornisce delle più specifiche linee interpretative. In primo luogo, indica come *strettamente necessario*, ad esempio, “il caso in cui venga diffuso materiale video e si inviti il pubblico a collaborare nell'individuazione del presunto autore del reato”. In secondo luogo, per definire il concetto di *pubblico interesse* si richiama, sempre a titolo esemplificativo, l'esigenza di informare, per motivi di sicurezza, “gli abitanti di una zona interessata da un presunto reato ambientale” oppure quella di “prevenire turbative dell'ordine pubblico”. Peraltro, è la stessa Direttiva a contemplare il limite della proporzionalità nell'imporre che “il ricorso a tali ragioni *venga* limitato a situazioni in cui ciò sia ragionevole e proporzionato, tenendo conto di tutti gli interessi” e che siano adottate delle modalità che non generino l'impressione della colpevolezza del soggetto⁹⁰.

Non si vede, poi, come possa essere garantita l'imparzialità del giudice in un sistema che opera un'irragionevole distinzione tra atto e contenuto quanto all'oggetto del divieto di pubblicazione, finendo per legittimare la circolazione di un racconto parziale e rimaneggiato dell'atto. La debolezza di un simile sistema si coglie anche dalla comparazione tra la disciplina processuale italiana e quella tedesca in materia di segreto e divieto di pubblicazione. Anche il Codice di rito tedesco vieta la pubblicazione dell'atto processuale (cfr. art. 114 co. 7 c.p.p.), ma non del contenuto dello stesso, provocando analogamente i “giudizi paralleli” o “metaprocessi”. In particolar modo, in Germania il tema dei rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria è stato oggetto di ampia discussione sin dal *Flick-Affäre* o *Flickparteispenden-Affäre*, l'enorme inchiesta del secondo dopoguerra sul sistema di finanziamento illecito dei partiti da parte di grossi gruppi imprenditoriali. Il dibattito mediatico aveva generato nella collettività il preconvincimento sulla colpevolezza di tutti i soggetti coinvolti⁹¹. Ciò ha indotto il *Bundestag* tedesco, agli inizi degli anni Ottanta, a rivolgere al

⁸⁹ C. VALENTINI, *op. cit.*, 11.

⁹⁰ *Considerandum* n. 18 Direttiva UE/2016/343: “L'obbligo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli non dovrebbe impedire alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale, come nel caso in cui venga diffuso materiale video e si inviti il pubblico a collaborare nell'individuazione del presunto autore del reato, o per l'interesse pubblico, come nel caso in cui, per motivi di sicurezza, agli abitanti di una zona interessata da un presunto reato ambientale siano fornite informazioni o la pubblica accusa o un'altra autorità competente fornisca informazioni oggettive sullo stato del procedimento penale al fine di prevenire turbative dell'ordine pubblico. Il ricorso a tali ragioni dovrebbe essere limitato a situazioni in cui ciò sia ragionevole e proporzionato, tenendo conto di tutti gli interessi. In ogni caso, le modalità e il contesto di divulgazione delle informazioni non dovrebbero dare l'impressione della colpevolezza dell'interessato prima che questa sia stata legalmente provata.

⁹¹ N. RECCHIA, *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 135-136.

Governo, mediante una risoluzione, l'invito a valutare l'opportunità di trasporre nel diritto processuale tedesco "la *ratio* portante del diritto processuale angloamericano, che giudizi anticipati nella collettività sulla responsabilità penale degli accusati (*öffentliche Vorverurteilungen*) non debbano porre a repentaglio il giusto processo"⁹².

Nonostante gli sforzi di coniugare tutti gli interessi in gioco, nessuna proposta di legge ha trovato successo. Il tentativo di introdurre una apposita fattispecie incriminatrice, sul modello del *contempt of court* inglese, che potesse punire quantomeno i più gravi episodi di gogna mediatica, si è scontrato con la difficoltà di definire con sufficiente determinatezza e in modo processualmente accertabile il fatto tipico; un ulteriore rischio era quello dell'ineffettività della norma in termini general e special preventivi, nonché di ledere eccessivamente il diritto all'informazione⁹³.

L'evento scatenante (*Flick-Affäre*) richiama alla memoria la maxi-inchiesta Mani Pulite (o Tangentopoli), che nei primi anni Novanta in Italia ha monopolizzato l'attenzione dell'opinione pubblica in una lotta alla corruzione così totalizzante da preconstituire un giudizio generalizzato di colpevolezza in capo a tutti i soggetti direttamente o indirettamente coinvolti. Proprio la vicenda Mani Pulite, così come quelle relative alla criminalità politico-terroristica o di stampo mafioso, inducono a interrogarsi sulla portata del "populismo giudiziario", inteso come attività di raccolta del consenso popolare e di autolegittimazione politica della magistratura⁹⁴.

È la storia, dunque, a consegnarci delle fondamentali testimonianze sulla strumentalizzazione della cronaca giudiziaria per motivi di lotta politica ed economica⁹⁵, dalle quali emerge l'inadeguatezza della vigente normativa italiana – al pari di quella tedesca – a fungere da filtro al flusso dei diritti e degli interessi lesi dalla spettacolarizzazione della giustizia penale⁹⁶.

7. Pur non dubitando che la libertà di cronaca costituisca un'inviolabile garanzia democratica⁹⁷, destano allarme le distorsioni provocate da una diffusione di informazioni orientata alla massima e più rapida circolazione delle stesse piuttosto che ad una selezione dei contenuti da pubblicizzare.

Il dato esperienziale ci induce a dubitare, oggi, che sia «preferibile l'incontrollata divulgazione sui *mass-media* delle notizie intercettate» piuttosto che l'instaurazione di un regime poliziesco⁹⁸.

Se, da un lato, i cittadini vantano un diritto verso lo Stato a che non vengano introdotti limiti alla libertà di informazione, dall'altro, è anche vero che si è anteposta la curiosità dell'opinione pubblica verso il resoconto giudiziario alla verifica di attendibilità della fonte e dei contenuti su cui si fonda

⁹² Cfr. Risoluzione del 24 maggio 1984, BT-Dr 10/1496.

⁹³ Sulle proposte di introduzione di una fattispecie di "disturbo della giurisdizione penale" risalenti agli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso e declinate come fattispecie di pericolo concreto rispetto all'imparzialità del giudice, cfr. C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, in *NStZ*, 1991, 154 s.

⁹⁴ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 105 e ss.

⁹⁵ Sul tema O. DOMINIONI, *Il problema dell'informazione giudiziaria. Dai risultati "qualitativi" dei dibattiti ai dati quantitativi" acquisiti dall'inchiesta UCPI*, in *L'informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pisa, 2016, 71 ss.

⁹⁶ R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, cit., 50. A. MARI, *La spettacolarizzazione della giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 6/2011, 2063 e ss.

⁹⁷ F. BARILE, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 434.

⁹⁸ P. FERRUA, *Privacy e riservatezza nella riforma delle intercettazioni*, in *Studi sul processo penale*, III. *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 119 e ss., scriveva che sarebbe «dissennato», perché «proteggere la riservatezza a scapito della segretezza è tipico di un regime poliziesco, rispetto al quale resta di gran lunga preferibile l'incontrollata divulgazione sui *mass-media* delle notizie intercettate».

l'attività di cronaca⁹⁹. In altri termini, tutelare il diritto inviolabile alla riservatezza (art. 18 Cost.) richiede che si ponga un freno ad una cronaca giudiziaria “scandalistica”, che – diffondendo contenuti irrilevanti ai fini dell'accertamento, lesivi della *privacy* o dal carattere parziale – nulla ha in comune con la dimensione democratica di una giustizia amministrata in nome del popolo¹⁰⁰.

Va registrata, inoltre, l'incidenza negativa del *pressing* dell'opinione pubblica sull'operato della magistratura¹⁰¹ e sulla serenità e imperturbabilità dei testimoni coinvolti, che condizionano gli esiti del processo. Con la trasformazione del fenomeno da situazione di rilevanza locale (attraverso la stampa a diffusione cittadina o locale) a trasmissione di notizie in direzioni non predeterminabili, l'unico strumento predisposto dal Codice per garantire l'imparzialità del giudice – la rimessione del processo (art. 45 c.p.p.) – ha dimostrato negli anni la sua ormai scarsa capacità di fronteggiare tali fattori di interferenza esterna¹⁰².

Con ciò non si intende dire che l'amministrazione della giustizia debba diventare di dominio riservato, perché si giungerebbe, per questa via, ad una deprecabile involuzione civile e democratica¹⁰³; piuttosto è auspicabile un (reale) intervento sistematico del legislatore, che tenga conto delle problematiche sinora evidenziate dalla dottrina. Su un diverso piano, occorrerebbe incrementare la verifica di professionalità – intesa come completezza e qualità dell'informazione – per prevenire l'informazione diffamatoria o, in ogni caso, lesiva della presunzione di innocenza¹⁰⁴. Se la materia delle limitazioni sostanziali della libertà di manifestazione del pensiero è coperta da riserva assoluta di legge¹⁰⁵, il bilanciamento della libertà di cronaca con la presunzione di innocenza non può che essere rimesso ad una legge formale o ad altro atto normativo primario avente forza di legge¹⁰⁶. Pertanto, non può in nessun caso ritenersi sufficiente la regolamentazione delle modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni radiotelevisive mediante l'adozione di un Codice di auto-regolamentazione da parte degli operatori del settore¹⁰⁷, su delibera dell'Autorità

⁹⁹ Sul criterio dell'«interesse sociale» Cfr. P. NUVOLONE, voce *Cronaca (libertà di)*, in *Enc.Dir.*, XI, 1962, ove si afferma che «in tanto la libertà dell'informazione deve essere garantita, in quanto concerne interessi funzionali rispetto ai diritti costituzionalmente sanciti, perché altrimenti si tradurrebbe in una libertà della curiosità e del pettegolezzo: ne segue che non potrebbe mai vietarsi la divulgazione di notizie vere, anche offensive per la privata onorabilità, qualora la conoscenza di queste notizie da parte dei cittadini sia funzionale rispetto all'esercizio dei diritti costituzionalmente sanciti». Ed è proprio sul concetto di verità che va posto l'accento, dovendosi coniugare con il limite posto dalla presunzione d'innocenza, tale per cui intanto può dirsi raggiunta la verità processuale in quanto i fatti costituiscano oggetto di un accertamento incontrovertibile, perché oggetto di una decisione definitiva.

¹⁰⁰ C. IASEVOLI, *Ancora abusi in materia di intercettazione*, cit., 13.

¹⁰¹ In alcuni casi si parla di vero e proprio condizionamento psicologico v. N. TRIGGIANI, *op. ult. cit.*, XVIII; A. DIDI, “Processi mediatici” e misure di protezione dell'imparzialità del giudice, in ZAFFARONI-CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2014, 265 ss.; C. CABRAS, *Un mostro di carta*, in ID (a cura di), *Psicologia della prova*, Milano, 1996, 233 ss.

¹⁰² R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, cit., 49.

¹⁰³ G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., 68.

¹⁰⁴ Su questi temi e la spettacolarizzazione della giustizia penale v. R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, cit., 48.

¹⁰⁵ Corte costituzionale, 4 febbraio 1965, n. 9, ove si afferma che le «limitazioni sostanziali della libertà di manifestazione del pensiero non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali».

¹⁰⁶ M. OROFINO, *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei Media*, 2/2019, 89.

¹⁰⁷ Codice di auto-regolamentazione, siglato a Roma il 21 maggio 2009 dai rappresentanti delle emittenti radiotelevisive pubblica e private, nazionali e locali, dai fornitori di contenuti radiotelevisivi firmatari o aderenti alle associazioni firmatarie, dall'Ordine nazionale dei giornalisti e dalla Federazione nazionale della stampa italiana e il Testo unico dei

per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁰⁸; né mediante un provvedimento del Garante per la *privacy* che fissa alcune regole di comportamento per il giornalista alle prese con notizie di rilevante interesse pubblico e sociale, fra le quali rientrano certamente quelle di cronaca giudiziaria in materia penale¹⁰⁹.

V'è anche chi ha osservato che a nulla servirebbero «affinati meccanismi di filtro processuale delle comunicazioni e delle immagini processualmente irrilevanti» o una risposta sanzionatoria più severa alle condotte violative del segreto investigativo o del divieto di pubblicazione; saranno ancora i giornalisti a decidere se agire come il “cane da guardia della democrazia” positivamente descritto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, o, come una «vergine cuccia pariniana, i cui morsi non servono a nulla se non a rovinare la vita della gente perbene»¹¹⁰. Ebbene, non si dimentichino le lodevoli inchieste giornalistiche con cui sono state disvelate le misteriose sparizioni di elementi investigativi fondamentali per l'accertamento dei fatti, ma indicativi della responsabilità di taluni vertici politici¹¹¹. In questi casi i *media* hanno svolto non solo una funzione di ricerca di elementi di prova, poi tradottasi nel rinvio a giudizio degli indagati, ma anche (e soprattutto) di tutela del principio di obbligatorietà dell'azione penale dove gli organi inquirenti hanno fallito¹¹².

Ad ogni modo, l'adozione di atti di *soft-law* da parte delle Autorità di settore e dai soggetti che ivi operano – in materie coperte da riserva assoluta di legge – riflette l'improcrastinabilità di un concreto intervento del legislatore. La via intrapresa, in sede di attuazione della direttiva UE/2016/343, potrà anche riuscire ed evitare all'Italia una procedura d'infrazione; ciò non esclude, però, che nel contesto internazionale si prospettino ipotesi di responsabilità dello Stato italiano per la violazione degli obblighi positivi di tutela dei diritti garantiti dall'art. 6 CEDU (*right to a fair trial*) e dall'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) dovute alla mediatizzazione del procedimento penale¹¹³.

doveri del giornalista, approvato dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti nella riunione del 27 gennaio 2016, che, all'art. 8, fornisce le linee dell'ideale “Cronaca giudiziaria e dei processi in TV”.

Cfr. R. ORLANDI, *op.cit.*, 51, ove si precisa che entrambi i documenti “impongono cautela e imparzialità nel diffondere nomi e immagini di persone coinvolte in procedimenti penali, richiamano al rispetto della presunzione di innocenza, a un uso accorto del linguaggio che sappia distinguere fra pubblico ministero e giudice, fra imputato e condannato, fra arrestato e colpevole, fra processo penale e rappresentazione mediatica dello stesso, il tutto con frequenti (quanto, in realtà, poco efficaci) riferimenti alla necessità di salvaguardare la dignità delle persone delle quali la trasmissione si occupa.

¹⁰⁸ Delibera n. 13/08/CSP, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* n. 39 del 15 febbraio 2008.

¹⁰⁹ Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica, *Provvedimento del Garante del 29 luglio 1998*, in *Gazzetta Ufficiale* 3 agosto 1998, n. 179.

¹¹⁰ F. CAPRIOLI, *Brevi note sul progetto Gratteri di riforma della disciplina delle intercettazioni*, 17 giugno 2016 - Convegno Unitelma Sapienza, 7.

¹¹¹ In questo senso anche G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia “reale” e sulla giustizia “percepita”*, cit.

¹¹² Il riferimento è alla nota strage dell'Hotel Rigopiano, sommerso da una valanga il 18 gennaio 2017, in cui vi furono 29 vittime v. C. VALENTINI, *op. cit.*, 9-10 e ss.

¹¹³ In questi termini e sulla dottrina delle *positive obligations* V. MANES, *La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediabile*, in *Dir.pen.cont.*, 3/2017, 119.

Ancora in tema di audizione del minore: riflessioni a margine della pronuncia n. 14/2021 della Corte costituzionale

ILARIA PICCOLO

ABSTRACT

This work analyzes the ruling n. 14 of 2021, with which the Constitutional Court declares unfounded the question of constitutionality raised in relation to the “special” probative incident. In particular, the equation between the minor offended person and the minor witness was deemed justified and not manifestly unreasonable, to proceed with the forms of early acquisition.

The sentence represents the umpteenth expression of a progressive twilight trend in the trial phase, with consequent involution of the evidence acquisition site to the preliminary investigation phase.

SOMMARIO: 1. Lo statuto della fonte dichiarativa vulnerabile. – 2. Il caso di specie e la *quaestio legitimitatis*. – 3. Il principio affermato dalla Consulta tra istanze di diversificazione e derive di garantismo. – 4. L’incidente probatorio “speciale” e il terreno fertile dell’abnormità. – 5. Note conclusive. L’inesorabile crepuscolo della fase dibattimentale e alcune prospettive di riforma.

1. La condizione di vulnerabilità¹ del minore ha determinato – anche su spinta della giurisprudenza sovranazionale² – l’edificazione di un sottosistema procedimentale *ad hoc*³, caratterizzato da una serie di “divaricazioni normative”, così sintetizzabili.

Prodromo di questa rassegna di norme è l’art. 90-*quater* c.p.p. – introdotto dal d.lgs. 212 del 2015, in attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (sostitutiva della decisione quadro 2001/220/GAI) – con cui il legislatore ha ratificato, all’interno del codice di rito, la «Condizione di particolare vulnerabilità»⁴.

L’art. 90-*quater* c.p.p. contempla più criteri da cui desumere il siffatto *status*: l’età, l’infermità o deficienza psichica, il tipo di reato e le modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Detti indicatori vanno considerati in maniera complessiva, in quanto la sussistenza di uno di essi non implica necessariamente la particolare vulnerabilità del soggetto, ma ne rappresenta soltanto un sintomo, suscettibile di essere smentito dai rimanenti criteri⁵.

¹ Per vulnerabilità si intende la condizione di debolezza che caratterizza, “strutturalmente” o “funzionalmente” la persona offesa dal reato e, più in generale, il teste nel processo penale. Sul tema si rinvia a C. IASEVOLI, *Il minore fonte di prova tra assiologia ed effettività*, Napoli, 2012.

² Si rinvia a Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2016, n. 10959, secondo cui «l’interesse per la tutela della vittima costituisce da epoca risalente tratto caratteristico dell’attività delle organizzazioni sovranazionali sia a carattere universale, come l’ONU, sia a carattere regionale, come il Consiglio d’Europa e l’Unione Europea, e gli strumenti in tali sedi elaborati svolgono un importante ruolo di sollecitazione e cogenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione. I testi normativi prodotti dall’Unione Europea in materia di tutela della vittima possono essere suddivisi in due categorie: da un lato quelli che si occupano della protezione della vittima in via generale e dall’altro lato quelli che riguardano la tutela delle vittime di specifici reati particolarmente lesivi dell’integrità fisica e morale delle persone e che colpiscono di frequente vittime vulnerabili. Tra i primi assume un posto di assoluta rilevanza la Direttiva 2012/29 UE in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima di reato, che ha sostituito la decisione-quadro 2001/220 GAI, costituente uno strumento di unificazione legislativa valido per tutte le vittime di reato, dotato dell’efficacia vincolante tipica di questo strumento normativo. Ad essa è stata data attuazione nell’ordinamento interno con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212. Tra i testi incentrati su specifiche forme di criminalità e correlativamente su particolari tipologie di vittime, assumono particolare rilievo la Convenzione di Lanzarote del Consiglio d’Europa del 25 ottobre 2007, sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, e la Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa dell’11 maggio 2011 sulla prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, entrambe incentrate sulla esigenza di garantire partecipazione, assistenza, informazione e protezione a particolari categorie di vittime. Come è stato osservato, la Direttiva 2012/29/UE, con il suo *pendant* di provvedimenti-satellite (le Direttive sulla tratta di esseri umani, sulla violenza sessuale, sull’ordine di protezione penale, tra le altre) e di accordi internazionali (le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul, in particolare), rappresenta un vero e proprio snodo per le politiche criminali, di matrice sostanziale e processuale, dei legislatori europei».

³ Per una più ampia disamina della tematica in discorso, si rinvia a F. TRIBISONNA, *L’ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale. Il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età*, Padova, 2017; L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, 173 ss.; M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell’incidente probatorio*, in AA.VV., *Il minore fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano, 2015, 132; G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1026-1027; A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell’indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L’esperienza nel distretto di Corte d’appello di Reggio Calabria*, in *Cass. pen.*, 2015, 2, 879 ss.

⁴ Ai sensi dell’art. 90-*quater* c.p.p. «La condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall’età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall’autore del reato».

⁵ Così N. PASCUCI, *Le dichiarazioni del minore informato sui fatti dopo l’attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2016, 7/8, 3067.

A tal riguardo, seppur stringatamente, deve segnalarsi l'atteggiamento critico di parte della dottrina, secondo cui l'art. 90-*quater* si caratterizzerebbe per una commistione tale da paventare il rischio di valutazioni discrezionali e conseguenti sperequazioni trattamentali in sede giurisdizionale⁶. *Ad adiuvandum*, occorre considerare che il legislatore tace in ordine alle modalità di accertamento del suddetto *status*.

La questione non è di poco conto.

Tra i diversi moduli procedurali, viene, *in primis*, in rilievo l'art. 392 co. 1-*bis*⁷, che prevede una forma speciale di incidente probatorio – variamente definito “speciale” o “atipico” o “in deroga o “liberalizzato” – che si sgancia dai requisiti di non rinviabilità e urgenza dell'assunzione della prova, che ispirano i casi di incidente probatorio “ordinario”. La *ratio* si rinviene, difatti, nelle esigenze di tutela della particolare fragilità del dichiarante.

La norma, che ha fatto ingresso nell'ordinamento con il D.L. 23 febbraio 2009 n. 11, recepisce quanto statuito dalla Corte di Giustizia nel celebre caso *Pupino c. Italia*⁸, che si è pronunciata sulla compatibilità delle norme disciplinanti l'istituto dell'incidente probatorio con la normativa europea⁹. In tale occasione, i giudici hanno affermato che la vulnerabilità è uno “*status*” che contraddistingue il minore in via generale, dunque, anche nei casi in cui questi sia una presunta vittima di un reato non compreso nell'allora formulazione dell'art. 392 co. 1-*bis* (nel caso di specie, si trattava di maltrattamenti posti in essere da un'insegnante).

Da qui la doverosa possibilità, per il giudice nazionale, di procedere all'audizione dei minori secondo modalità tali da assicurare un livello di tutela adeguato. In tal senso, la Corte di Giustizia ha individuato proprio nel “contraddittorio anticipato” lo strumento di tutela e di armonizzazione con la normativa europea.

⁶ In tal senso, F. DI MUZIO, *La testimonianza della vittima “vulnerabile” nel sistema delle garanzie processuali*, in www.giurisprudenzapenale.it, 25 aprile 2015, secondo cui «La nozione di vulnerabilità oscilla tra la valorizzazione della tipologia del reato subito dal soggetto e l'attenzione per le caratteristiche personali dell'individuo che ha patito il pregiudizio del reato. Se da una parte prevale l'aspetto oggettivo ossia la vulnerabilità risulta connessa al tipo di crimine *tout court* (modalità dell'azione criminosa, caratteristiche del bene tutelato particolarmente sensibile come la libertà sessuale etc.) dall'altro prevale una considerazione soggettivistica ovvero la vittima è vulnerabile a prescindere dal tipo di fatto delittuoso che abbia leso i suoi diritti. Pertanto, una riflessione appare importante in ordine al concetto di vulnerabilità ed allo spazio che riveste all'interno del procedimento penale; difatti, le condizioni di vulnerabilità possono diventare nel processo elemento utile agli indagati/ imputati al fine di minare la credibilità della testimonianza della vittima stessa agli occhi del giudice, se non addirittura strumentalizzabile come sovente accade oggi nei processi penali in cui la vittima è la donna o il minore». Per un ulteriore approfondimento, v. P. GAETA, *La tutela delle vittime del reato nel diritto dell'Unione Europea: spunti per una ricostruzione storico-sistematica*, in *Cass. pen.*, 2012, 2704 s.

⁷ La formulazione della norma, che ha visto allargarsi nel tempo la sua portata, oggi prevede che «nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza».

⁸ Corte di Giustizia, Grande sezione, sent. 16 giugno 2005, caso C-105/03. La sentenza assume rilievo soprattutto nella parte in cui riconosce l'obbligo per il giudice nazionale di interpretare il diritto interno in conformità al diritto dell'Unione anche nell'ambito del cd. terzo pilastro, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

⁹ In particolare, gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro adottata dal Consiglio il 15 marzo 2001, che disciplina il livello minimo di tutela della posizione della persona offesa dal reato nel processo penale.

Ancora, occorre menzionare l'art. 398 co. 5-*bis*, che, in caso di assunzione della prova mediante incidente probatorio, «abilita il giudice a conformare discrezionalmente le modalità di escussione del minore tanto con riferimento al luogo dell'assunzione della prova (che può avvenire anche *extra moenia*), quanto al tempo dell'esame (che può avvenire anche oltre il termine di dieci giorni stabilito dall'art. 398, co. 2, lett. c), c.p.p.), quanto, infine, alle specifiche "modalità particolari" di escussione»¹⁰.

La norma sancisce l'obbligo di documentare integralmente le dichiarazioni testimoniali dei minori con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva¹¹. Al riguardo, si segnala che la congiunzione disgiuntiva "o" è stata avvalorata dalla giurisprudenza di legittimità, che ha ribadito la natura alternativa delle forme ivi previste: «in tema di incidente probatorio, l'esame testimoniale del minore, vittima di reati sessuali, ben può svolgersi senza riproduzione audiovisiva, laddove lo stesso sia documentato con mezzi di riproduzione fonografica, essendo tali due modalità alternativamente previste tra loro dalla legge»¹².

Ulteriormente, l'art. 362, co. 1-*bis*, c.p.p., stabilisce che, ove si proceda per i delitti di cui all'art. 351, co. 1-*ter*, il pubblico ministero, quando deve assumere informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto di psicologia o psichiatria infantile. Tale norma riveste un ruolo significativo sul piano delle garanzie (formali), dal momento che sancisce la necessità dell'ausilio dell'esperto, sin dal primo contatto con il minore, nella fase delle indagini ovvero quando le stesse siano destinate ad iniziare dopo le dichiarazioni dello stesso¹³.

L'obbligo *de quo* non è presidiato da sanzioni processuali "esplicitate", ma alcuna parte della dottrina ritiene che l'eventuale ascolto del minore, senza la presenza dell'ausilio dello psicologo o dello psichiatra infantile, aziona la sanzione dell'inutilizzabilità «per violazione di un divieto implicito contenuto nella prescrizione normativa, che, ricorrendo all'indicativo presente non lascia ambiti di discrezionalità al soggetto che gestisce l'ascolto; la sua regolarità dipende dalla presenza dell'esperto, in quanto indispensabile ai fini della corretta acquisizione di quanto detto dal minore»¹⁴. Seguono gli artt. 472 co. 4 e 498 co. 4 e 4-*bis* che configurano, anche in sede dibattimentale, modalità di escussione del testimone minorenne idonee a tutelarne la condizione di fragilità, attribuendo al giudice, rispettivamente, il poter di disporre l'esame a porte chiuse e l'adozione di modalità protette.

¹⁰ Trattasi di uno degli argomenti utilizzati dal Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, al fine di ottenere la declaratoria di manifesta infondatezza della questione. Vale la pena segnalare che l'art. 398 co. 5-*bis* è ritenuto applicabile in via generale, cioè anche quando l'accusa non abbia ad oggetto uno dei delitti elencati dalla norma, in virtù del combinato disposto dei richiami di cui agli artt. 401 e 498 c.p.p.

¹¹ Ciò in conformità con l'art. 20, co. 4, della Dir. 2011/92/UE.

¹² Cass. pen., sez. III, 11 luglio 2019, n. 36632.

¹³ Per alcune considerazioni di stampo critico-applicativo, si segnala N. CICCARELLI, *La tutela internazionale del minore vittima di abusi e di reati alla luce della Convenzione di Lanzarote*, in *Questa Rivista*, 2013, 2/3, 101 ss. In particolare, l'A. solleva la criticità del possibile ascolto che si renda necessario di notte. A tal fine, propone di valorizzare la distinzione tra la denuncia, quale moto proprio della parte, espressione del diritto alla libertà di espressione e di denuncia di fatti illeciti, dall'ascolto del minore. Questo ultimo, invero, implica un contraddittorio, un domandare ed un rispondere, un sentire ed un verificare, un parlare mentre si è valutati, un valutare con capacità scientifiche la persona vulnerabile che parla o che cerca di parlare. Se, quindi, al momento della denuncia, il minore o l'adulto che l'accompagna denunciano per reati sessuali qualcuno, non ci dovrebbe essere bisogno né del pronto intervento dello psichiatra a qualunque ora del giorno o della notte né dell'allestimento dei mezzi di audiovideoregistrazione.

¹⁴ C. IASEVOLI, *Il minore "fonte di prova" tra assiologia ed effettività*, cit., 55, che valorizza l'utilizzo della locuzione "si avvale", contenuto all'art. 362, co. 1-*bis*, c.p.p.

Con queste ultime norme, si fa riferimento all'esame "attutito" di cui al comma 4 (che assegna al presidente il compito di condurre l'esame «su domande e contestazioni proposte dalle parti», anche avvalendosi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile) e a quello "protetto" di cui al comma 4-*bis* (che a sua volta rimanda alle modalità previste dal già richiamato art. 398, co. 5-*bis*, c.p.p.).

Entrambe tali previsioni sono applicabili anche all'esame testimoniale condotto nelle forme di cui all'art. 392 c.p.p., per effetto del rinvio contenuto nell'art. 401, co. 5, c.p.p. Ancora in aggiunta, deve invocarsi la norma, di fondamentale rilievo, di cui all'art. 190-*bis* co. 1-*bis*¹⁵. Prima della relativa introduzione, ad opera dell'art. 13 della L. 269 del 1998, le finalità garantistiche dell'incidente probatorio finivano per essere eluse: «ben avrebbero potuto, infatti, le parti chiedere e ottenere, dal giudice del dibattimento, ex art. 190 c.p.p., l'escussione del teste pur già sentito in sede di incidente probatorio, così di fatto frustrando la *ratio essendi* della procedura anticipata di nuovo conio»¹⁶.

Allo stato attuale, l'art. 190-*bis* co. 1-*bis*¹⁷ estende, alla condizione prevista dall'art. 90-*quater* c.p.p., la regola della irripetibilità delle dichiarazioni già rese in sede di incidente probatorio o di esame dibattimentale, fatta salva la clausola di esclusione qualora la nuova escussione abbia ad oggetto fatti o circostanze diverse ovvero se il giudice lo ritenga necessario in base a specifiche esigenze. «Divengono, perciò, più flessibili gli equilibri tra diritto al contraddittorio per la prova e tutela della personalità del minore, fuoriuscendo essi, a seguito della novella del 2001, dalla sfera monolitica delle scelte legislative per essere ormai affidati al senso di responsabilità delle parti e al prudente apprezzamento del giudice»¹⁸.

Infine, si intende segnalare che, in caso di prova dichiarativa del minore, la regola di rinnovare l'istruttoria dibattimentale in appello di cui all'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., non opera automaticamente. Al riguardo, la giurisprudenza ha precisato che, in detta ipotesi, il giudice è tenuto ad effettuare una valutazione circa l'inevitabile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore *stress* al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria¹⁹.

Così delineate – senza alcuna pretesa di esaustività – le principali norme processuali in materia di acquisizione differenziata della prova dichiarativa del minore, va posta in debito risalto la *ratio* ispiratrice delle stesse. Essa è quella di evitare la cd. "vittimizzazione secondaria", ossia le traumatiche conseguenze a cui è soggetta la persona offesa, derivanti dalla rievocazione dei fatti lesivi

¹⁵ L'art. 190-*bis* è stato introdotto ad opera del d.lgs. 8 giugno 1992, n. 306, cd. Decreto Antimafia "Scotti-Martelli", quale strumento di reazione all'allarme sociale destato dalle stragi di mafia degli anni '90. Il comma 1-*bis* è stato introdotto dalla L. 3 agosto 1998, n. 269. La L. 19 luglio 2019, n. 69 (cd. "Codice Rosso") ha poi modificato la norma, innalzando, dai sedici ai diciotto anni, la soglia di età prevista per instaurare il doppio binario in materia di prova, risolvendo, così, il coordinamento con le altre disposizioni del codice di rito poste a garanzia del minore (e non dell'infrasedicenne).

¹⁶ G. DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2002, 553.

¹⁷ Sul tema, si rinvia a V. GAROFOLI, *Art. 190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 8, 945.

¹⁸ DI CHIARA, *ibidem*.

¹⁹ Cass. pen., sez. III, sent. 25 giugno 2019 (dep. 16 dicembre 2019), n. 50774.

nonché dal reiterato contatto con il circuito penale. Ad essa, tuttavia, si affianca una generale di attutire l'impatto che il processo penale è suscettibile di inferire alla personalità *in fieri* del minore. Dai siffatti rilievi esegetici, può facilmente dedursi come l'incidente probatorio assurga, ormai, a sede (tendenzialmente unica) di elezione per l'audizione del minore.

2. Con ordinanza del 18 febbraio 2020, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Macerata sollevava una questione di legittimità costituzionale dell'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 111, nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati²⁰, l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio, richiesta dal pubblico ministero o dalla persona offesa dal reato, debba riguardare la persona minorenni che non sia anche persona offesa dal reato.

Il riferimento, dunque, è ai soggetti minorenni che siano a conoscenza di circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti²¹. In tal senso, il rimettente ritiene di dubbia ragionevolezza «la previsione di imporre la anticipazione in sede predibattimentale della audizione di minorenni che siano meri testimoni rispetto ai fatti per i quali si procede», soprattutto in considerazione del fatto che ciò avverrebbe «a prescindere da ogni valutazione in concreto in ordine alla specificità del singolo caso, alla concreta prevedibilità o meno di possibili conseguenze traumatiche della loro audizione, alla esigenza o meno di anticipata audizione degli stessi».

La finalità di scongiurare possibili fenomeni di vittimizzazione secondaria giustificerebbe – a detta del giudice *a quo* – la sola acquisizione anticipata delle dichiarazioni della persona offesa. Una medesima necessità, invece, non verrebbe in rilievo nel caso in cui il dichiarante non rivesta il ruolo di persona offesa dal reato. In tal caso, infatti, non vi sarebbe motivo di ritenere a priori che l'audizione dibattimentale del teste possa risultargli traumatizzante, a prescindere da ogni concreta valutazione sulle circostanze del fatto e sui contenuti della deposizione che è chiamato a rendere, «fermo restando che, ove ciò rischi di avvenire, l'escussione anticipata del testimone minorenne potrebbe essere disposta sulla base dei presupposti di cui all'art. 392, co. 1, lett. a) e b), c.p.p.»²².

In altri termini, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Macerata confuta l'interpretazione dell'art. 392 co. 1-*bis* c.p.p. quale binario obbligato, tale da privare, al destinatario

²⁰ Il riferimento è ai delitti di cui agli artt. 572 (Maltrattamenti contro familiari o conviventi); art. 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù); art. 600 *bis* (Prostituzione minorile); art. 600 *ter* (Pornografia minorile); art. 600 *quater* (Detenzione di materiale pornografico); art. 600 *quater*¹ (Pornografia virtuale); art. 600 *quinquies* (Iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile); art. 601 (Tratta di persone); art. 602 (Acquisto e alienazione di schiavi); art. 609 *bis* (Violenza sessuale); art. 609 *quater* (Atti sessuali con minorenne); art. 609 *quinquies* (Corruzione di minorenne); art. 609 *octies* (Violenza sessuale di gruppo); art. 609 *undecies* (Adescamento di minorenni); art. 612 *bis* (Atti persecutori).

²¹ Difatti, nel caso di specie, il giudice per le indagini preliminari veniva investito della richiesta di procedere con incidente probatorio, da parte del Pubblico Ministero, all'assunzione della testimonianza della persona offesa dal reato di cui all'art. 609-*quater* c.p. e di un'altra minorenne posta a conoscenza di circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti. Invero, ella, oltre a raccogliere le confidenze della persona offesa sua amica, era presente a un episodio in cui la stessa teneva condotte sessualmente esplicite nei confronti dell'indagato che, al contempo, cercava di eludere.

²² Il rimettente richiama Corte cost., ord. 1 aprile 2003, n. 108, secondo cui «eventuali esigenze di anticipazione della testimonianza, al fine di accertare i fatti e di assicurare la genuinità della prova, nel caso in cui si tratti di persone le quali presentino condizioni mentali o psichiche di particolare fragilità, che facciano ritenere fondatamente che la testimonianza medesima non possa essere utilmente assunta nel dibattimento, possono trovare adeguata soddisfazione attraverso una corretta applicazione delle previsioni di cui all'art. 392, co. 1, lett. a) e b), c.p.p., relative alle ipotesi di infermità o altro grave impedimento, e di esposizione a condizionamenti esterni, che giustificano il ricorso all'incidente probatorio».

della richiesta, qualsiasi valutazione di opportunità, in virtù di una presunzione assoluta di adeguatezza dell'incidente probatorio.

Il rischio, come viene evidenziato nell'ordinanza di rimessione, è quello di una «immotivata perdita del contatto tra il dichiarante e l'organo deputato a emettere sentenza, con violazione, senza alcuna necessità o utilità processuale, dell'ordinaria necessità che le dichiarazioni siano rese davanti al giudice dibattimentale nel prosieguo competente a decidere. (...) Tanto, peraltro, in materia di reati per i quali può essere particolarmente rilevante la diretta assunzione della prova da parte del giudice, che solo in tale modo può avere cognizione di tutte le sfumature – dichiarative, vocali, espressive – concorrenti alla formazione del suo convincimento».

Secondo l'ordinanza di rimessione, il *vulnus* al principio di immediatezza non troverebbe rimedio nell'art. 398, co. 5-bis, c.p.p. che, nel prevedere la documentazione integrale delle dichiarazioni testimoniali con mezzi di produzione fonografica o audiovisiva, non consentirebbe la percezione diretta dei contenuti emersi nel corso dell'escussione, né permetterebbe al giudice deliberante di gestire direttamente l'esame del teste, cogliendo proprio le suddette sfumature e valutando tutti i profili meritevoli di approfondimento.

La norma censurata, pertanto, non troverebbe giustificazione né nella «mera veste di minorenni del teste», né nella gravità dei reati per i quali si procede, né «in una necessità di tutela del teste, che ove non sia persona offesa non vi è motivo di ritenere (a priori e indistintamente, per il solo titolo di reato, peraltro anche meno grave di altri per i quali non è imposta la effettuazione di incidente probatorio) abbia necessità di particolare attenzione, al fine di evitare allo stesso traumatizzazioni secondarie».

Dall'arbitrarietà della scelta legislativa, consistente nella mancata previsione «anche per la persona minorenne [del]la necessità che la stessa rivesta il ruolo di persona offesa» e nella conseguente sottrazione dell'audizione del mero teste alla ordinaria sede dibattimentale, discenderebbe, pertanto, una collisione con il dettato costituzionale.

3. La Corte costituzionale, con la Sent. n. 14 del 2021, dichiara infondata la questione sollevata.

Preliminarmente, la Consulta, dopo aver contestualizzato la norma censurata in un più ampio sottosistema di tutela del minore, passa a individuare le *rationes* dell'incidente probatorio in caso di assunzione della testimonianza del minorenne²³.

In primo luogo, l'istituto *de quo* sarebbe funzionale a presidiare la libertà e la dignità del minorenne dal rischio che l'assunzione della testimonianza esponga quest'ultimo al trauma psicologico associato alla sua esperienza in un contesto giudiziario penale, nel quale «i fattori atti a provocare una maggiore tensione emozionale sono il dover deporre in pubblica udienza nell'aula del tribunale, l'essere sottoposti all'esame e al controesame condotto dal pubblico ministero e dai

²³ In tema, si segnala Cass. pen., sez. III, 24 febbraio 2021, n. 16673, che ha stabilito il principio secondo cui in tema di assunzione in incidente probatorio della testimonianza di una persona minorenne o degli altri soggetti di cui all'art. 392, co. 1-bis, c.p.p., la violazione dell'obbligo di integrale *discovery*, sancito dall'art. 393, co. 2-bis, c.p.p., determina, ex art. 178, lett. c), c.p.p., quando gli atti di indagine non depositati abbiano un'obiettivo rilevanza rispetto all'oggetto della prova, la nullità della stessa; qualora, invece l'omissione riguardi atti assolutamente irrilevanti, essa si traduce in una mera irregolarità eventualmente rilevante ai soli fini di cui all'art. 124 c.p.p., giacché, in tale ipotesi, non è in alcun modo limitato il diritto al contraddittorio in condizioni di parità delle armi rispetto al pubblico ministero.

difensori e il trovarsi a testimoniare di fronte all'imputato, la cui sola presenza può suggestionare e intimorire il dichiarante»²⁴.

In sostanza, partendo dall'assunto che il processo è esso stesso una pena, la Consulta sottolinea la necessità di mitigarne la portata afflittiva per il minore, al fine di preservarlo dagli effetti negativi che la prestazione dell'ufficio di testimone può produrre.

Su un secondo versante, l'incidente probatorio "speciale" sarebbe servente a salvaguardare la genuinità della formazione della prova, quando si tratti di raccogliere testimonianze potenzialmente soggette a subire, col decorso del tempo, per le particolari condizioni del minore, condizionamenti che le possano rendere meno genuine o meno utili al fine degli accertamenti cui è volto il processo. Del resto, a parere della Corte, l'assunzione della prova «in un momento quanto più prossimo alla commissione del fatto costituisce anche una garanzia per l'imputato, perché lo tutela dal rischio di deperimento dell'apporto cognitivo che contrassegna, in particolare, il mantenimento del ricordo del minore»²⁵.

Dato atto di tale duplice finalità, la Corte non confuta la portata eccezionale dell'art. 392 co.1-bis, nonché derogatoria rispetto alla regola dell'immediatezza della prova, intesa come «identità tra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide»²⁶, ritenendo che essa sia destinata sia al minore persona offesa dal reato che mera fonte di prova. Invero, il giudice delle leggi ritiene che una siffatta equiparazione sia giustificata proprio dall'unanime e menzionata esigenza di protezione verso il minore, sistematicamente considerato, in una categoria di reati.

È l'oggettiva e intrinseca condizione di vulnerabilità che caratterizza, quasi "*in re ipsa*", tale figura che giustifica il binario differenziato. Una condizione che si rinviene, sicuramente nel minore persona offesa, ma altresì nel caso in cui rivesta il ruolo di testimone. In tale ultimo caso, infatti, il soggetto è chiamato a testimoniare su fatti legati all'intimità e connessi a violenze subite o alle quali si è assistito, cioè una situazione che, secondo dati di esperienza generalizzati, appare turbante al punto da giustificare la regola.

Inoltre, il *vulnus* al principio di immediatezza sarebbe quantomeno attutito proprio dalla previsione di cui al citato art. 398 co. 5-bis, che dispone le forme della registrazione «fonografica o audiovisiva» dell'esame in luogo di quelle solamente scritte, connotando l'incidente probatorio, e in particolar modo quello speciale, quale «istituto che si proietta verso l'utilizzazione dibattimentale»²⁷.

²⁴ Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 92.

²⁵ Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14.

²⁶ Corte cost., ord. 11 dicembre 2001, n. 399 e ord. 21 dicembre 2001, n. 431. Sul punto C. GABRIELLI, *Una censura respinta piuttosto agevolmente, una disciplina che resta da rimeditare*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 1, 94 offre uno spunto critico. «La Corte ricostruisce l'assunzione della prova in un momento il più vicino possibile al verificarsi del fatto illecito come presidio "unilaterale", rivolto a tutelare l'imputato «dal rischio di deperimento dell'apporto cognitivo che contrassegna, in particolare, il mantenimento del ricordo del minore». In primo luogo, viene da chiedersi perché l'assunzione della prova in incidente probatorio debba necessariamente corrispondere a un interesse dell'imputato; perché escludere che la sollecitazione alla sua acquisizione anticipata possa provenire dall'accusa? D'altro canto, all'imputato colpevole potrebbe giovare l'indisponibilità di strumenti processuali in grado di mettere in sicurezza il vissuto del minorenne, rendendolo probatoriamente spendibile per la decisione: il testimone che in dibattimento rilasci dichiarazioni a carico costellate da incertezze finirebbe con ogni probabilità per essere ritenuto scarsamente affidabile».

²⁷ Corte cost., ord. 25 novembre 2004, n. 358.

Invero, *ad adiuvandum* della ragionevolezza di siffatto *modus procedendi* si pone «un ampio margine di flessibilità nel definire modalità di escussione del testimone minorenni», come emerge dalle norme richiamate *supra*.

In sostanza, si tratta di opzioni normative che attengono alla discrezionalità del legislatore e in quanto tali sindacabili solo nelle ipotesi di manifesta irragionevolezza, ad esempio qualora alla luce dell'*id quod plerumque accidit* non sussista una pari esigenza di protezione del minore, sia nel caso in cui rivesta il ruolo di persona offesa, sia ove sia mero testimone dei fatti oggetto dell'imputazione²⁸.

E, secondo la Corte costituzionale, non si verterebbe in questa situazione.

4. Il giudice delle leggi, prima di rigettare nel merito la questione, convengono che il dubbio sollevato dal rimettente muova da un presupposto non privo di plausibilità, cioè il recente *trend* giurisprudenziale²⁹ che reputa abnorme³⁰ l'ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta di incidente probatorio cd. 'speciale'.

Una precisazione preliminare: la sentenza della Consulta ha ad oggetto l'inciso «assunzione della testimonianza di persona minorenni» contenuto nel primo alinea del comma 1-*bis*. La questione ora invocata, pure strettamente connessa, riguarda la seconda parte della disposizione, in relazione ai margini di discrezionalità del giudice per le indagini preliminari, nell'esaminare la richiesta di incidente probatorio della persona offesa vulnerabile, nonché sulla conseguente sindacabilità dell'ordinanza reiettiva³¹.

Ebbene, secondo un primo orientamento, il giudice avrebbe il potere di effettuare uno scrutinio di opportunità della richiesta di incidente probatorio, potendo vagliare, ovvero bilanciare la deroga al contraddittorio dibattimentale con le istanze di tutela della fonte di prova.

I fautori di tale indirizzo ritengono insindacabile il provvedimento con cui il giudice, ai sensi dell'art. 398 c.p.p., si esprime sulla richiesta.

Diversi gli argomenti posti a fondamento.

In primis, non vi sarebbe alcuna norma, nell'ordinamento processuale, che sancisce i casi e il mezzo d'impugnazione, sicché qualsiasi gravame risulterebbe precluso dal principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 c.p.p..

²⁸ C. GABRIELLI, *Una censura respinta piuttosto agevolmente, una disciplina che resta da rimeditare*, cit., 98. La diagnosi di vulnerabilità che, stando all'art. 392 co. 1-*bis* c.p.p., accomuna alla vittima del reato il mero testimone, ove sia costretto a rievocare «fatti legati all'intimità e connessi a violenze (...) alle quali si è assistito», anziché a fornire dettagli emotivamente neutri, trova conferma in «dati di esperienza generalizzati»; dati che offrono un ancoraggio plausibile alla soluzione legislativa, attestando che la stessa non estende il meccanismo a un oggetto irragionevolmente più ampio di quanto non consenta la sua *ratio*. La condizione di vulnerabilità valorizzata dalla disposizione da qua deriva, a ben vedere, dalla necessità per il minorenni di ricordare e riferire «fatti che ha appreso (senza poterne spesso elaborare la portata) o a cui addirittura ha assistito, e che peraltro si svolgono con frequenza nell'ambiente domestico o comunque familiare».

²⁹ *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2019 (dep. 26 luglio 2019), n. 34091; Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2019 (dep. 22 novembre 2019), n. 47572.

³⁰ Quando alla categoria di abnormità, si rinvia a C. IASEVOLI, *voce Abnormità (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2004, 13 ss.

³¹ Cfr. R. CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Questione Giustizia*, 5 febbraio 2021.

La sindacabilità, inoltre, non potrebbe essere recuperata neppure mediante il ricorso all'abnormità, atteso che il provvedimento di rigetto non sarebbe viziato né sotto il profilo strutturale – giacché l'ipotesi di un rigetto è espressamente contemplata all'art. 398 c.p.p. – né sotto quello funzionale, atteso che l'atto non determina alcuna stasi e non è affatto preclusa la prosecuzione del procedimento³².

La discrezionalità della valutazione – legata alla necessità di speditezza della fase delle indagini e a quella di non «appesantire oltre modo una parentesi istruttoria che la *ratio* del sistema vuole quanto più possibile snella» – non si porrebbe neppure in contrasto con le fonti internazionali, dalle quali emergerebbe esclusivamente «un interesse primario all'adozione di misure finalizzate alla limitazione delle audizioni della vittima» e non anche un «automatismo probatorio legato all'introduzione di un vero e proprio obbligo, in capo al giudice, di disporre l'assunzione delle prove dichiarative della persona offesa vulnerabile a seguito della mera presentazione di una richiesta di incidente probatorio»³³.

Per altro e più recente orientamento, invece, il comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. escluderebbe qualsiasi attitudine discrezionale della richiesta, tanto da rendere abnorme l'ordinanza reiettiva del giudice per le indagini preliminari. Con essa, si finirebbe sostanzialmente per «disapplicare una regola generale di assunzione della prova, prevista in ottemperanza agli obblighi dello Stato derivanti dalle convenzioni internazionali per evitare la vittimizzazione secondaria delle persone offese di reati sessuali»³⁴.

Le uniche valutazioni consentite (oltre a quella di cui più oltre si dirà e che discende dai principi generali in tema di ammissione della prova) attengono alla sussistenza dei requisiti indicati dalla disposizione, vale a dire che «l'istanza provenga da soggetto processuale legittimato (il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, ovvero la persona sottoposta alle indagini); il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari ovvero in udienza preliminare; si stia procedendo per il reato di cui all'art. 609-*bis* c.p. (o per altro dei reati indicati dalla norma, ovvero quando la persona offesa di altro reato versi in condizioni di particolare vulnerabilità); la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguardi un minore di età (anche se non trattisi di persona offesa) ovvero la persona offesa maggiorenne»³⁵.

Nel medesimo solco, può richiamarsi un'altra pronuncia³⁶, con cui i giudici della Terza Sezione hanno rilevato l'abnormità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio ai sensi dell'art. 392 co. 1-*bis*, perché non preceduta dall'acquisizione di sommarie informazioni testimoniali da parte della medesima persona offesa. «Esigere la previa acquisizione delle predette sommarie informazioni, ai fini dell'ammissione dell'incidente probatorio, equivarrebbe a frustrare la *ratio* della norma, che mira ad impedire la cd. vittimizzazione secondaria, intento espresso anche dall'art. 362 c.p.p., comma 1-*ter*, come introdotto dalla L. 19 luglio 2019, n. 69, che consente al pubblico ministero di derogare all'obbligo ivi previsto di ascoltare nel termine di tre giorni il

³² In detti termini, Cass. pen., sez. VI, sent. 15 luglio 2020, n. 24996.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2019 (dep. 26 luglio 2019), n. 34091.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Il riferimento è a Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2019 (dep. 22 novembre 2019), n. 47572. In senso conforme, Cass. pen., sez. III, 27 maggio 2020 (dep. 10 giugno 2020), n. 17825.

denunciante o querelante ovvero la persona offesa, quando sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori o di riservatezza delle indagini».

In sostanza, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta per ragioni di opportunità esulerebbe dai poteri conferitigli dalla legge e dai casi consentiti: da qui, il vizio di abnormità strutturale. Così opinando, tale ultimo indirizzo ha confutato il consolidato orientamento che riteneva inoppugnabile l'ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari si pronuncia sulla richiesta di incidente probatorio, ritenendolo ricorribile per cassazione.

Vale la pena sottolineare che tale ultimo orientamento è stato contrastato da pronunce successive³⁷, che, in maniera più o meno intensa e in ordine a vicende non sempre sovrapponibili, hanno riaffermato, nell'incavo già segnato dall'orientamento tradizionale, l'inoppugnabilità del provvedimento con cui il G.I.P. rigetta la richiesta di esame *ex art.* 392 co. 1-*bis* c.p.p.³⁸.

Verosimilmente, il contrasto sarà oggetto di un'ordinanza di rimessione all'organo della nomofilachia, affinché possa dirimere il contrasto ermeneutico. Nell'attesa, possono profilarsi alcune considerazioni di sistema, prendendo impulso proprio dalla sent. n. 14 del 2021. La Consulta, pur non prendendo posizione sulla natura abnorme dell'atto di rigetto, afferma la portata vincolante dell'art. 392, co. 1-*bis*, primo alinea, c.p.p., ritenendo che la *ratio* cui si ispira detta norma (l'esigenza generale di tutela del minore) sia sufficiente a privare il giudice del vaglio di opportunità sulle forme di acquisizione probatoria.

La Corte afferma la regola, ma non si pronuncia sulla relativa sanzione in caso di violazione della stessa. Se il giudice per le indagini preliminari “deve” acquisire la prova dichiarativa del minore con le forme dell'incidente probatorio, ne consegue che, ove non lo faccia, venga in rilievo una patologia del procedere. *Rebus sic stantibus*, almeno con riguardo alla prima parte dell'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p., la Corte costituzionale sembrerebbe aderire all'orientamento che ritiene abnorme l'ordinanza reiettiva del giudice per le indagini preliminari, con conseguente ricorribilità per cassazione.

Di conseguenza, occorrerebbe comprendere se tali rilievi esegetici siano o meno estensibili anche al secondo alinea della disposizione.

Com'è noto, il vizio di abnormità costituisce forse l'espressione più limpida del ruolo “creativo” della giurisprudenza. Ad ispirarne lo sforzo è stato «il proposito, squisitamente equitativo, di assoggettare a gravame provvedimenti giurisdizionali *extra ordinem* in quanto divergenti, per la singolarità del loro contenuto, non solo da singole norme, ma dall'intero ordinamento processuale e affetti da vizi tanto gravi e grossolani da doversi ritenere assolutamente imprevedibili dal

³⁷ *Ex multis* Cass. pen., sez. VI, 15 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), n. 24996; Cass. pen., sez. VI, 13 maggio 2020 (dep. 9 luglio 2020), n. 20543; Cass. pen., sez. III, 8 luglio 2020 (dep. 29 settembre 2020), n. 27010; Cass. pen., sez. III, 2 dicembre 2020 (dep. 5 marzo 2021), n. 9087; Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2020 (dep. 21 gennaio 2021), n. 2254; Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2021 (dep. 2 febbraio 2021), n. 3982.

³⁸ In Cass. pen., sez. III, 28 maggio 2021, (dep. 28 luglio 2021), n. 29594, si pone in evidenza l'ulteriore profilo dell'interesse del pubblico ministero a impugnare la decisione di rigetto dell'istanza richiesta di incidente probatorio *ex art.* 392, co. 1-*bis*, c.p.p. Richiamando il precedente espresso da Cass. pen., sez. un., 25 giugno 2009, n. 29529, la Terza Sezione afferma che detto interesse deve essere correlato agli effetti primari e diretti del provvedimento da impugnare e sussiste solo se il mezzo di impugnazione proposto sia idoneo a costituire, attraverso l'eliminazione di un provvedimento pregiudizievole, una situazione pratica più vantaggiosa per l'impugnante rispetto a quella esistente.

legislatore»³⁹. La denominazione originaria degli atti abnormi era proprio quella di atti *extravagantes*, che si ponevano al di fuori del nostro ordinamento giuridico⁴⁰. Tanto che, secondo taluni⁴¹, la mancata positivizzazione, ad opera del legislatore del 1988, risponderebbe proprio alla difficoltà di racchiudere, in una norma sufficientemente elastica, le fattispecie riconducibili all'indefinita categoria dell'abnormità. In sostanza, essa costituisce una valvola di sfogo del sistema processuale penale.

L'organo della nomofilachia, in diverse occasioni⁴², ha chiarito i connotati della categoria *de qua*, configurando come abnorme il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del suo contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale (cd. abnormità funzionale); ovvero quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite, determinando la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo, potendosene ravvisare un sintomo nel fenomeno della c.d. regressione anomala del procedimento⁴³ ad una fase anteriore (cd. abnormità strutturale).

L'assenza di criteri uniformi d'identificazione dei caratteri distintivi del provvedimento abnorme ha contribuito ad una progressiva estensione di tale categoria, rispetto alle tradizionali invalidità dell'atto, «nell'intento dichiarato da parte della giurisprudenza di legittimità di rimuovere, con il rimedio del ricorso immediato per Cassazione, situazioni processuali *extra ordinem*, altrimenti non eliminabili (per la preclusione derivante dalla tassatività dei mezzi di impugnazione e delle nullità), che conseguono ad atti del giudice geneticamente o funzionalmente anomali, non inquadrabili nei tipici schemi normativi ovvero incompatibili con le linee fondanti del sistema»⁴⁴.

Calando le suddette coordinate ermeneutiche nel tema qui in discussione, si intende indagare sulla possibilità che l'ordinanza di rigetto dell'incidente probatorio – in quanto atto tipico – possa dirsi viziata da abnormità strutturale.

Ebbene, detto provvedimento sicuramente non si pone al di fuori dei casi consentiti, nemmeno sotto il profilo della ragionevolezza dei confini ad essi sottesi, attesa la sussistenza di un espresso addentellato normativo nell'art. 398 c.p.p. L'analisi trasla, allora, sul piano logico-temporale. Anche qui, non può sostenersi che l'ordinanza di rigetto determina una stasi procedimentale ovvero una

³⁹ Sulla «natura creativa» della giurisprudenza in tema di inesistenza dell'atto processuale penale e, in particolare, sul frequente ricorso alla categoria dell'atto «abnorme», cfr. E.M. CATALANO, *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 308.

⁴⁰ E.M. CATALANO, *op. cit.*, 115.

⁴¹ Sui rapporti tra abnormità e abuso del processo, si rinvia a E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 559 ss., secondo cui «l'elaborazione giurisprudenziale dell'abuso non osa imboccare la strada di una sanzione autonoma come è invece avvenuto in tema di abnormità. Il coraggio di superare i confini della legalità per configurare una patologia *extra ordinem* non è tale da fornire lo stimolo per giungere a trovare un nuovo modello sanzionatorio che sappia contrapporre una adeguata reazione alla carica di disvalore processuale insita nell'abuso».

⁴² Cass. pen., sez. un., 26 aprile 1989, *proc. Goria*; Cass. pen., sez. un., 9 luglio 1997, *proc. Quarantelli*; Cass. pen., sez. un., 10 dicembre 1997, *proc. Di Battista*; Cass. pen., sez. un., 24 novembre 1999, *proc. Magnani*; Cass. pen., sez. un., 22 novembre 2000, *proc. Boniotti*; Cass. pen., sez. un., 22 novembre 2000, *proc. Istituto Buonarroti*; Cass. pen., sez. un., 31 gennaio 2001, *proc. Romano*; Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2005, n. 22909, *proc. Minervini*.

⁴³ Secondo E.M. CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 1, 104, l'ibridazione tra la categoria dell'abnormità e il principio di non regressione ha prodotto una metamorfosi dell'istituto dell'abnormità che si è convertito nel suo opposto, che da istituto di garanzia è diventato presidio dell'efficienza processuale.

⁴⁴ Cass. pen., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5037, *proc. Battistella*.

regressione anomala a una fase anteriore⁴⁵, in quanto il Pubblico Ministero può comunque proseguire le indagini e, se lo ritiene, sentire la persona offesa ai sensi dell'art. 362 c.p.p. Stando così le cose, si ricava una distonia tra il vizio e i presupposti idonei ad azionarlo.

Di conseguenza, il *focus* della discussione si sposta sull'alternativa tra fedeltà al dato normativo, da una parte, e il metodo empirico, che partendo dallo specifico problema cerca una soluzione *ad hoc* (in certa misura arbitraria e non riproducibile), discendente dal bilanciamento dei valori in gioco nella singola fattispecie⁴⁶. Ovvero, in altre parole, sull'alternativa tra legalità formale e garanzie sostanziali.

Ritenere abnorme l'ordinanza, con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta di incidente probatorio, finirebbe per dilatare eccessivamente, fino allo scolorimento, i confini di una categoria già incerta "*in re ipsa*", arrecando un *vulnus* al principio di legalità processuale. Esso «non solo definisce il complesso rapporto tra la legge e l'esercizio della funzione giurisdizionale, ma costituisce la regola primaria di orientamento dell'esercizio della stessa, richiedendo la conformità degli atti, là dove vi sia il paradigma di riferimento, senza però disconoscere la legittimità degli atti atipici, qualora dal punto di vista sostanziale siano compatibili con l'ordinamento»⁴⁷.

La valutazione quanto al profilo sanzionatorio della violazione dovrebbe essere di competenza del legislatore, chiamato a introdurre un mezzo di impugnazione *ad hoc*, finalizzato a rafforzare il controllo sull'uso della discrezionalità del giudice per le indagini preliminari quanto alla richiesta di acquisizione anticipata della prova⁴⁸. Solo così può preservarsi la tenuta della locuzione «regolato dalla legge» ex art. 111 della Carta fondamentale.

5. Con la sentenza in commento, si pone al vaglio della Corte costituzionale un articolato bilanciamento tra svariate esigenze: la tutela del minore e la garanzia dal rischio di vittimizzazione secondaria, il presidio della genuinità della testimonianza, il diritto dell'accusato a entrare in contatto con la fonte dell'accusa, i principi di immediatezza e oralità.

Sul piano delle garanzie, non vi è dubbio che la necessità di protezione della personalità ancora *in fieri* del minore, tale da giustificare l'assunzione anticipata della prova dichiarativa, sussista sia nel caso in cui lo stesso sia il titolare del bene giuridico offeso dalla norma incriminatrice violata, sia nella diversa evenienza in cui rivesta il ruolo di testimone dei fatti oggetto dell'imputazione⁴⁹. Se, da un lato, è del tutto condivisibile l'esigenza di una differenziazione procedimentale, per altro verso, una generalizzazione quanto alle modalità di assunzione non sembra congeniale all'eterogeneità delle situazioni verificabili nella prassi.

Nella pronuncia, la Consulta non sembra prendere in considerazione la possibilità che, anche nel corso del dibattimento, venga offerta al testimone una tutela pregnante, mediante le modalità di

⁴⁵ In maniera conforme, cfr. Cass. pen., sez. III, 28 maggio 2021, (dep. 28 luglio 2021), n. 29594.

⁴⁶ G. ILLUMINATI, *Il tema: abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in Cass. pen., fasc. 10, 2012, 3593.

⁴⁷ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 63.

⁴⁸ R. CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit., § 5, evidenzia come il suddetto (ed auspicato) intervento legislativo non si ponga in alcun modo all'orizzonte.

⁴⁹ F. TRIBISONNA, *Infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina dell'incidente probatorio per l'audizione del minore che non sia vittima di reato*, in *Il penalista*, Giurisprudenza commentata, 9 marzo 2021.

“audizione protetta” di cui all’art. 498, e con le cautele che permettono di derogare alla pubblicità dibattimentale (art. 472, co. 4, c.p.p.) e che escludono le riprese delle immagini (artt. 472 e 147 Disp. Att.)⁵⁰. Ciò, *a fortiori*, per le testimonianze “a futura memoria”⁵¹.

In altri termini, la Corte costituzionale sembra sottovalutare il corredo garantistico apprestato dal codice di rito. La congerie di norme fornisce un quadro forse caotico e una regolamentazione spesso disorganica, ma non disinteressata alle esigenze dei minori⁵².

L’assunzione della prova in sede di incidente probatorio dovrebbe pur sempre restare un’eccezione, poiché incapace di sostituirsi perfettamente al contraddittorio dibattimentale.

Invero, l’art. 192 c.p.p. – norma che legittima il libero convincimento – è fisiologicamente strutturato sull’acquisizione probatoria in dibattimento, cioè su una valutazione del giudice che presuppone un rapporto di oralità e immediatezza con la fonte di prova.

Parimenti, l’art. 111 co. 3 Cost., garantisce il diritto di interrogare o di far interrogare davanti “al” giudice, ossia il giudice del merito che è investito del potere di condannare⁵³. Tale rapporto entra inevitabilmente in crisi nei processi in cui la piattaforma probatoria si forma dinanzi a un giudice che non è quello della decisione, privando così l’organo deliberante della diretta percezione della prova al momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente accentuati dal metodo dialettico dell’esame e del controesame, che possono ben rivelarsi utili nella valutazione di attendibilità del risultato probatorio, di cui il giudice deve dare conto compiutamente nella motivazione.

Il libero convincimento del giudice va correlato necessariamente allo *standard* di giudizio dell’oltre ogni ragionevole dubbio di cui all’art. 533 c.p.p. Il giudice è libero nel determinarsi riguardo l’esito assolutorio o condannatorio, ma non altrettanto riguardo le modalità e il grado del suddetto convincimento, poiché il ragionamento logico-valutativo del quadro probatorio deve emergere chiaramente nella motivazione. Vale la pena evidenziare, poi, che i principi di immediatezza e di oralità non sono posti al solo presidio della valutazione giudiziale, ma anche e, *a fortiori*, a salvaguardia del diritto di difesa dell’imputato, onde scongiurare possibili e indebite torsioni dell’art. 24, co. 2, Cost.

Del resto, sul fronte strettamente pratico, diversi sono i risvolti problematici delle deroghe al contraddittorio e all’immediatezza. Basti pensare all’ipotesi in cui il difensore che abbia partecipato all’escussione della fonte dichiarativa in modalità differenziata – ad esempio, in sede di incidente

⁵⁰ In questi termini, già L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull’allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3544.

⁵¹ C. GABRIELLI, *Una censura respinta piuttosto agevolmente, una disciplina che resta da rimeditare*, cit., p. 104. Nello sforzo di corroborare la validità della scelta legislativa, la Corte dimostra talvolta un certo affanno espositivo. Se l’intento era quello di confutare le perplessità sollevate dall’ordinanza di rinvio, a ben poco serve affermare che «il trauma cui il minore è esposto durante l’esame testimoniale si ripercuote negativamente sulla sua capacità di comunicare e di rievocare correttamente e con precisione i fatti che lo hanno coinvolto o ai quali ha assistito, rischiando così di compromettere la genuinità della prova». Sarebbe agevole replicare che, per scongiurare il pregiudizio dovuto all’escussione, è sufficiente attivare i presidi evocati dall’art. 498 co. 4 ss. c.p.p., comprendenti peraltro anche quelli allestiti per l’incidente probatorio, e che tale trauma emotivo si propongono appunto di scongiurare.

⁵² Così M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell’incidente probatorio*, cit., 2015, 132.

⁵³ P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent’anni dall’entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, 10, 1, 9, evidenzia la disparità tra la preposizione articolata «al», in antitesi a quanto previsto nel comma 2 (davanti «a giudice terzo e imparziale»).

probatorio o in altro dibattimento – non coincida con il difensore nominato nel dibattimento *ad quem*. Difensori diversi presuppongono strategie difensive diverse, condizionando, così, le modalità di conduzione dell'esame testimoniale, l'individuazione delle domande da porre, la valutazione circa l'attendibilità della fonte dichiarativa.

Ecco perché quando, concretamente, non sussistono esigenze legate alla tutela dell'integrità psico-affettiva del minorenne o, ancor più, della genuinità della prova, il rapporto tra regola ed eccezione dovrebbe tornare ad invertirsi e il dibattimento essere il contesto privilegiato per l'assunzione della testimonianza, sia pure nel rispetto di tutte le cautele per proteggere il minorenne⁵⁴. Dai siffatti rilievi, appare innegabile, allora, che la sentenza sia espressione di una più ampia (e progressiva) tendenza demolitiva della fase dibattimentale, nonché di alcuni pilastri del rito accusatorio, che, con interventi più o meno larvati, stenta a mantenere intatta la sua portata. Tra questi, *in primis* il principio di immediatezza, che non sembra «più in grado di esplicitare gli effetti epistemici e di garanzia allo stesso riferibili, specialmente in ragione della durata eccessiva dei procedimenti penali»⁵⁵.

In linea generale, si registra una “contro-corrente”, che, nella sequenza teleologica degli atti, fa retroagire sempre più la sede dell'assunzione della prova alla fase delle indagini preliminari. Ne discende un processo fluttuante, specularmente a una vanificazione funzionale delle fasi. La formazione della prova in dibattimento rischia, infatti, di divenire sempre più una formula asettica e priva di un effettivo valore garantista.

Del resto, come già affermato, la pronuncia potrebbe divenire l'antecedente per una estensione anche alla seconda parte dell'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p., finendo per negare *tout court* l'esistenza di una discrezionalità in capo al giudice per le indagini preliminari – investito da un'istanza di incidente probatorio speciale – anche ove la persona offesa vulnerabile sia maggiorenne. Ciò, tuttavia, finirebbe per non tenere conto della complessità degli interessi in gioco da bilanciare⁵⁶.

Ancora, si intende porre in debito risalto un ulteriore profilo.

La Corte costituzionale, al fine di scongiurare il *vulnus* all'immediatezza, fa leva sul citato art. 398 co. 5-*bis*, che dispone le forme della registrazione «fonografica o audiovisiva» delle dichiarazioni testimoniali rese, dal minore, in sede di incidente probatorio. Appaiono prospettabili due possibili e concentriche obiezioni. La prima riguarda la possibilità che si sia proceduto con la sola registrazione fonografica e non audiovisiva, ritenuta assolutamente legittima dalla Corte di cassazione alla luce della congiunzione disgiuntiva. In tal caso, tuttavia, il *vulnus* all'immediatezza non pare scongiurato, attesa l'imprescindibilità del contatto visivo tra giudice e prova ai fini del libero convincimento. Così procedendo, si priva l'organo decidente di una percezione diretta con la fonte di prova, finendo per attribuirgli il ruolo di mero ascoltatore.

La criticità maggiore, però, si manifesta nell'ipotesi in cui manchi del tutto la registrazione (anche quella fonografica) e le dichiarazioni del teste siano oggetto di una mera verbalizzazione,

⁵⁴ In questi termini A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti*, cit., 882.

⁵⁵ V. TONDI, *L'incidente probatorio «speciale» torna al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale Web*, 22 febbraio 2021.

⁵⁶ R. CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit., § 5.

confluita poi nel fascicolo per il dibattimento *ex art.* 431 c.p.p. A tal proposito, la giurisprudenza⁵⁷ ritiene che, nel caso d'esame protetto di minori nelle forme dell'incidente probatorio, l'obbligo di documentazione fonografica o audiovisiva, imposto dall'art. 398 co. 5-*bis*, è sfornito di sanzione. Ciò a differenza dell'analogo obbligo prescritto espressamente a pena di inutilizzabilità dall'art. 141-*bis* c.p.p., per gli interrogatori di detenuti svolti fuori udienza. Ne consegue che la sua inosservanza non è causa di alcuna nullità o inutilizzabilità, ma, ostacolando il necessario controllo sulla genuinità delle dichiarazioni rese, può condizionare la sola valutazione dell'attendibilità intrinseca delle stesse. Sebbene l'art. 398, co. 5-*bis*, c.p.p. prevede che le dichiarazioni testimoniali “devono” essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, la locuzione finisce per essere svuotata di significato, per la mancanza di un apposito presidio sanzionatorio.

In particolare, l'omissione della registrazione fonografica o audiovisiva non sarebbe viziata da alcuna forma di nullità, tenendo conto del principio di tassatività di cui all'art. 177 c.p.p. Essa, difatti, non rientrerebbe in alcuna delle fattispecie di nullità assolute di cui all'art. 179 c.p.p., e neppure in quelle di ordine generale *ex art.* 178 c.p.p. – per sottrazione, a regime intermedio – che concernono l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato. L'inosservanza della forma non sarebbe colpita neanche dal vizio di inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p., che si riferirebbe alla sola prova che sia stata acquisita, ottenuta, in violazione di una norma processuale (cd. prova illegittima), o di una norma penale (cd. prova illecita), o in spregio alle garanzie poste a tutela di un diritto costituzionale (cd. prova incostituzionale), ma non l'eventuale violazione delle norme processuali sulle modalità di documentazione⁵⁸.

Nel caso dell'incidente probatorio “speciale”, però, il ruolo della registrazione ha un *quid pluris*, poiché si eleva a clausola di salvezza, idonea a disinnescare, almeno in parte, la dissociazione tra il giudice che assume e quello che decide. A corroborare la disfunzione sistemica, si pone altresì l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità⁵⁹, secondo cui l'inosservanza dei criteri dettati dalla cd. “Carta di Noto” nella conduzione dell'esame dei minori persone offese di reati di natura sessuale non determina alcuna nullità o inutilizzabilità, e non è neanche, di per sé, ragione di inattendibilità delle dichiarazioni raccolte, pur quando l'esame sia condotto dal consulente o dal perito in sede di consulenza o perizia.

Il dato è evidente: ci si orienta sempre più verso un “procedimento di risultato”, che mira a conseguire il prodotto – qui inteso in termini di materiale probatorio da porre a fondamento dell'accusa – anche a scapito dei valori. *Rebus sic stantibus*, per la tenuta del vigente monopolio dell'incidente probatorio “speciale”, quanto all'assunzione della prova dichiarativa del minore, si ritiene opportuno un intervento normativo volto a riaffermare l'identità del rito accusatorio, trovando «il punto di equilibrio tra il modello, il giusto processo, e la tutela dei diritti fondamentali»⁶⁰. Ai fini di un più avanzato sistema di coniugazione tra forme e garanzie, si dovrebbe operare sulle norme di disciplina dell'incidente probatorio, precisando i criteri di valutazione a cui deve attenersi il giudice quanto all'ammissione della procedura.

⁵⁷ Cfr. Cass. pen., sez. un., 16 luglio 2009, n. 39061; Cass. pen., sez. III, 5 novembre 2015, n. 2972.

⁵⁸ In siffatti termini, Cass. pen., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747.

⁵⁹ *Ex multis*, Cass. pen., sez. III, 16 dicembre 2010, n. 15157.

⁶⁰ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 63.

Appare auspicabile anche una differenziazione in base all'età, poiché il teste infradodicesimo, ad esempio, ha esigenze diverse da quelle del minore di anni diciotto.

Si dovrebbe, poi, prevedere un apposito rimedio processuale nei casi di ordinanze difformi dal modello paradigmatico previsto dal legislatore, evitando la riconduzione ermeneutica alla categoria dell'abnormità, che, nel caso di specie, non appare congeniale.

Ulteriormente, si evidenzia la necessità di rendere doverosa la registrazione audiovisiva (e non solo fonografica), corredandola di un'apposita sanzione processuale in termini di inutilizzabilità in caso di omissione⁶¹. Ciò al fine di recuperare il contatto visivo tra giudice e fonte dichiarativa, che si ritiene imprescindibile ai fini della salvaguardia del libero convincimento e del raggiungimento dello *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Infine, si considera opportuna una riforma che possa conferire maggior vigore alla Carta di Noto. La stessa, invero, costituisce un protocollo accreditato di garanzia sulle modalità di ascolto del minorente la cui ottemperanza, pur non incidendo sulla utilizzabilità della testimonianza, può condizionarne la valutazione, mettendo in luce la non attendibilità del risultato probatorio. Se, dunque, tali Linee guida rappresentano «un formidabile strumento di verifica dei dati probatori acquisiti nel processo»⁶², di esse dovrebbe tenersi conto già al momento della elaborazione della prova, a tutela della genuinità del risultato probatorio e a protezione del minorente contro i rischi della vittimizzazione secondaria⁶³.

In sostanza: si auspica un intervento normativo che possa ristabilire la differenza tra il «sapere *tout court* e il sapere nelle forme del processo»⁶⁴.

⁶¹ A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti*, cit., 895, sottolinea che oggi, l'impegno a videoregistrare, con l'avanzare del progresso tecnologico e la riduzione dei costi per l'acquisto di queste apparecchiature, può essere assunto senza grandi difficoltà, trattandosi di prodotti facilmente reperibili sul mercato che comportano oneri di spesa contenuti.

⁶² Cass. pen., sez. III, 4 dicembre 2012, n. 17339.

⁶³ Così A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti*, cit., 892.

⁶⁴ M. NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del re: "Voi invocate le forme perché non avete principi?"*, in *Crit. dir.*, 1994, 67.



GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

PAOLA BRUNESE



REPUBBLICA ITALIANA
In Nome del Popolo Italiano

1) Dott. Paola Brunese	Presidente Est
2) Dott. Aldo Alberti	Componente Privato
3) Dott.ssa Lucia Pezzuti	

SENTENZA

IMPUTATO

alleanza ai Lo Russo.
[redacted] quale mandante ed organizzatore dell'agguato per
avere programmato l'azione delittuosa con distribuzione dei compiti e
predispensione dei mezzi per l'esecuzione (armi, veicoli, abitazione,
luogo per l'occultamento etc)

N.	C.P.
----	------

a mezzo di una pistola ed usavano violenza nei suoi riguardi, facendolo rovinare al suolo e colpendolo con calci e pugni, proseguendo nella deplorabile condotta pur essendosi già impossessati dello scooter del [redacted] in particolare continuando a colpirlo al volto con violenza e ciò facendo, fino al punto da agire con particolare crudeltà nei suoi riguardi, salendo sopra di lui con uno scooter Piaggio Liberty, per poi in ultimo darsi a precipitosa fuga; con le circostanze aggravanti determinate dall'aver agito in presenza di più persone riunite, dall'aver profittato di circostanze di tempo, agendo di notte, atte a diminuire la possibilità di difesa, nonché mediante atteggiamenti di crudeltà nei riguardi della persona offesa.

In Casoria, alle ore 00,00 circa tra l'01.01.21 ed il 02.01.2021

TUTTI

B) del reato p. e p. dagli artt. 110, 112 n. 1, 61 n. 4 e 5, 628 comma 3^a n. 1 c.p. perché, in concorso fra loro e con i maggiorenni [redacted] al fine di procurarsi un ingiusto profitto, si impossessavano dello scooter modello SH bianco targato [redacted] sottraendolo a [redacted] che lo deteneva per svolgere consegne a domicilio e; vista la resistenza dello stesso che non voleva cederlo, usavano minacce a mezzo di una pistola e di un coltello nonché violenza nei suoi riguardi, tirandolo giù dal veicolo, colpendolo con calci e pugni, proseguendo nell'abbietta condotta pur essendosi già impossessati dello scooter della parte lesa, continuando infatti anche dopo a colpire con violenza il [redacted] fino al punto da agire con particolare crudeltà nei suoi riguardi, salendo sopra di lui con un motorino, per poi in ultimo darsi a precipitosa fuga.

Con le circostanze aggravanti determinate dall'aver agito in più di cinque persone, e quindi in più persone riunite, con l'uso di una pistola e di un coltello e per aver profittato di circostanze di tempo, agendo di notte, atte a diminuire la possibilità di difesa, pubblica e privata, nonché mediante atteggiamenti di crudeltà nei riguardi della persona offesa.

In Napoli, il 1.1.21.

CONCLUSIONE DELLE PARTI

PMM

Per [redacted] con la diminuzione della minore età equivalente alle aggravanti e con la continuazione, tenuto conto della diminuzione del rito, condanna alla pena di anni 5 mesi 8 di reclusione ed euro 1600 di multa;

Per [redacted] con la diminuzione della minore età equivalente alle aggravanti e, tenuto conto della diminuzione del rito;

DIFESA

Per [redacted] escludersi le aggravanti di cui all'art 61 n. 4 e 5 cp 628 co 3 n. 1 (utilizzo arma) ritenersi l'incompatibilità tra le aggravanti di cui alle più persone riunite e quella di cui all'art 112 cp, concesse le attenuanti generiche, la minore età e tenuto conto del rito, condannarsi l'imputato a pena sospesa condizionalmente.

Scansionato con CamScanner

Per [redacted]: escludersi le aggravanti di cui all'art 61 n 4 e 5 cp 628 co 3 n 1 (utilizzo arma) ritenersi l'incompatibilità tra le aggravanti di cui alle più persone riunite e quella di cui all'art 112 cp, concesse le attenuanti generiche, la minore età e tenuto conto del rito, condannarsi l'imputato a pena sospesa condizionalmente;
Per [redacted] proscioglimento per concessione del perdono giudiziale previa esclusione delle aggravanti di cui agli artt 61 n 4 e 5 cp; in subordine condanna al minimo della pena previa concessione delle attenuanti generiche prevalenti sulle restanti aggravanti, con, la minore età e tenuto conto del rito;
[redacted], la difesa si riporta alle conclusioni dei colleghi.



Scansionato con CamScanner

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

A seguito di decreto di giudizio immediato del 26.03.2021, veniva fissata l'udienza preliminare per la celebrazione del processo col rito abbreviato ritualmente e tempestivamente chiesto dalle difese, nei confronti di ~~Montanaro Raffaele, Guaracino Carmine, Musolino Luigi e Barbato Vincenzo~~, sottoposti alla misura cautelare della custodia in IPM, in relazione ai delitti loro rispettivamente ascritti nel suindicato provvedimento. All'udienza del 24.06.2021 veniva ammesso il rito abbreviato ed erano sentiti gli imputati. Venivano altresì, rigettate le richieste di sospensione del processo per messa alla prova degli imputati, con ordinanza allegata al verbale d'udienza nonché l'istanza di attenuazione della misura cautelare, in corso dal 7.1.2021. L'udienza era rinviata per la discussione al 23.9.2021, con sospensione del termine di durata della misura cautelare, su accordo delle parti.

In data 14.07.2021 il TM, in funzione di riesame, attenuava le misure cautelari.

All'udienza del 23.09.2021, svoltasi alla presenza di tutti gli imputati, collocati in comunità, essendo stata attenuata la misura dal Collegio del riesame, le difese non acconsentivano alla prosecuzione del processo in diversa composizione collegiale dipesa dal mutamento del Collegio, per le dimissioni del componente privato dott. Davide Di Marzo, sostituito dal dott. Fabrizio Maione, per cui il processo iniziava daccapo e le difese chiedevano nuovamente la sospensione del processo per l'applicazione dell'istituto pep dall'art 28 DPR 448\88. Tutti gli imputati si riportavano alle dichiarazioni rese alla precedente udienza mentre il solo ~~Montanaro~~ si avvaleva della facoltà di non rispondere. Il Collegio con nuova ordinanza, allegata al verbale d'udienza, rigettava la reiterata richiesta di

~~_____~~

sospensione del processo che veniva rinviato per la discussione al 21.10.2021, essendovi da trattare altri processi, fissati ad orario per l'emergenza sanitaria da Covid 19.

In data odierna il Presidente invitava le parti a concludere.

Le stesse formulavano, all'esito della discussione, le rispettive conclusioni - il PMM depositava requisitoria scritta, dopo averne illustrato i contenuti, che veniva allegata al verbale d'udienza - ed il Collegio, ritiratosi in camera di consiglio, pronunciava sentenza come da dispositivo letto in udienza, riservando 30 giorni per il deposito della motivazione con sospensione del termine della durata della misura cautelare ai sensi dell'art 304 co 1 lett c bis cpp durante la pendenza del termine per il deposito.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Non vi è alcun dubbio circa la piena responsabilità di tutti gli imputati, in relazione ai reati rispettivamente loro contestati, correttamente qualificati e circostanziati nelle imputazioni, dagli stessi posti in essere in concorso con due soggetti da poco maggiorenni, ~~Spinelli Michele~~ (cl. 2001) e ~~Trabucchi Vincenzo~~ (cl. 2000) - per i quali si è proceduto separatamente.

Ed invero, la stessa emerge dalla documentazione inserita nel fascicolo del PM, acquisita agli atti ed utilizzabile ai fini della decisione, stante la scelta effettuata da tutti gli imputati e dai difensori degli stessi di definire il processo con il rito abbreviato, segnatamente dall'annotazione preliminare della Sesta Sezione della Squadra Mobile di Napoli del 4.01.2021, dalla denuncia sporta il 2 gennaio di ~~Angela Cristina~~, integrata dallo stesso il 4 gennaio, dal video riproducente le fasi della rapina sub B), dalle dichiarazioni rese da ~~Angela Cristina~~ il 4.01.2021, dalla annotazione della Sesta Sezione

della Squadra Mobile di Napoli del dì 8 .01.2021, dalla denuncia sporta da ~~Marco Giuseppe~~, dalle immagini estrapolate dal circuito di videosorveglianza della ditta ~~XXXX~~, sita in Casoria, alla via ~~XXXX~~, innanzi alla quale fu consumato il delitto sub A) e , da ultimo , dalle dichiarazioni confessorie rese da tutti gli imputati e dai complici, poco più grandi di età.

Occorre premettere che i fatti si verificarono la notte tra il primo ed il due gennaio 2021 , in un periodo in cui erano in vigore le più rigide restrizioni della cd “ zona rossa ” , dipese dalla drammatica emergenza pandemica da Covid -19, che imponevano alla totalità dei cittadini di non uscire dalle loro abitazioni se non per motivi di esigenze lavorative, situazioni di necessità e motivi di salute, comprovate da autocertificazione. Gli imputati , dunque , “scorrazzavano” liberamente per la città a bordo di motocicli, viaggiando a tre su ognuno e privi di casco, incontrandosi con fidanzate e con amici , come dagli stessi candidamente dichiarato, senza alcun controllo da parte dei genitori, benchè ancora minorenni, così evidenziando personalità refrattarie ad ogni sorta di regola e l’inidoneità delle famiglie di appartenenza a contenerli ed educarli. Prendendo le mosse dal video diffuso in rete il 3.01.2021 da un soggetto rimasto ignoto e divenuto virale , lo stesso ha ritratto le fasi della rapina sub B), seconda in ordine temporale - ma accertata per prima -, commessa in danno di un rider di età matura, cioè di una persona impegnata in un lavoro precario e poco remunerativo, consistente nella consegna a domicilio di cibi e bevande.

Gli Agenti della Squadra Mobile della Questura di Napoli , visionando il filmato, individuavano il luogo di commissione del delitto – Calata Capodichino di Napoli , all’altezza dell’ex deposito degli autobus e la vittima della rapina , tale ~~Marco Giovanni~~, che in data 2.01.2021 sporgeva denuncia ed il successivo 4 gennaio

integrava la stessa. L'uomo, di anni 51, dichiarava di effettuare consegne a domicilio a bordo dello scooter Honda 125 [redacted] intestato al coniuge. Alle ore 0,53 del due gennaio effettuava una consegna nel Rione San Gaetano e poi si accingeva a rientrare a casa. Immessosi sulla Calata Capodichino veniva bloccato da due motoveicoli con a bordo tre soggetti ciascuno. I quattro passeggeri scendevano dai mezzi, armati di una pistola presumibilmente vera in quanto priva di tappo rosso e di un coltello presumibilmente a serramanico. Il soggetto armato di pistola gli intimava di scendere dal mezzo, cosa che egli non faceva, per cui i quattro soggetti gli si avventavano in dosso colpendolo con calci e pugni e scaraventandolo a terra. Egli non lasciava la presa dello sterzo per cui, due lo tiravano per la borsa per le consegne e due gli strappavano il mezzo. Poi appropriatisi dello scooter unitamente ai complici si davano alla fuga. Benchè gli aggressori non indossassero caschi, avevano il volto coperto da mascherine e sciarpe per cui il [redacted] si dichiarava non in grado di riconoscerli. Descriveva tuttavia alcuni dei capi di abbigliamento indossati dagli stessi. La vittima reiterava la denuncia due giorni dopo ribadendo che due degli aggressori erano dotati di una pistola e di un coltello. Gli investigatori inserivano nel sistema cattura targhe i dati dell'Honda guidata dal [redacted] ed accertavano che effettivamente detto mezzo aveva effettuato il percorso indicato dalla vittima e che lo stesso era stato bloccato da altro motociclo con targa apparente [redacted] alterata, con l'apposizione di nastro adesivo, originariamente tg [redacted], intestata a [redacted]. Gli occupanti di tale mezzo indossavano gli stessi abiti degli autori della rapina ripresa nel filmato. Dall'analisi dei transiti emergeva altresì che il mezzo suindicato viaggiava affiancato da altro scooter tg [redacted] intestato a [redacted] Salvatore, padre di [redacted] (cl.2002), che ne aveva denunciato la rapina di cui al capo A), subita

circa un'ora prima , con modalità seriali ed analoghe a quelle riprese nel filmato che girava sui social . Lo scooter del ~~Luigi~~ veniva rinvenuto da una Volante della Questura di Napoli abbandonato in strada alle prime ore del 4 gennaio e nella serata del medesimo giorno la PS rinveniva il motoveicolo rapinato al ~~Luigi~~, in una via adiacente all'abitazione di ~~Natalia Luigi~~, in via ~~Bell'isola di Spagna~~ di Napoli . Sempre dalla visione dei transiti emergeva che l'Honda ~~BR 600~~ a sua volta era transitata in un periodo compreso tra le dalle ore 20 del 1° gennaio e le ore 2 del 2 gennaio affiancato da altro Scooter Piaggio Liberty ~~EL 8145~~ intestato a ~~Giuseppe~~ ~~Luigi~~, padre dell'imputato ~~Giuseppe Calimiro~~.

Le dichiarazioni rese il 4 gennaio da ~~Natalia Luigi~~, intestatario dello scooter tgoriginariamente ~~BR 600~~, unitamente alle immagini del filmato , consentivano di identificare con certezza gli autori della rapina sub B). L'uomo infatti dichiarava di essere il formale intestatario del mezzo in uso al cugino ~~Mario Luigi~~, che ne curava la gestione e ne pagava le tasse. Aggiungeva che la sera di Capodanno aveva incontrato il ~~Mario~~ a bordo del mezzo ed in compagnia di alcuni suoi amici, ~~Giuseppe Calimiro~~, ~~Zimbardo~~, ~~Vincenzo~~, ~~Mario~~, ~~Antonio~~, ~~Spasini~~ e ~~Bartolo~~ ~~Vincenzo~~ e di averli riconosciuti negli autori della rapina immortalata nel filmato divenuto virale il 3 gennaio.

E' da presumere che visionato il video divenuto virale , i rapinatori riconoscevano se stessi e , saggiamente consigliati, tre di loro si presentavano in Questura ed ammettevano i fatti, limitandosi tuttavia alla sola commissione del delitto immortalato nel video. In particolare confessavano prima ~~Mario~~ (il 4 gennaio alle ore 10,55) e ~~Giuseppe Calimiro~~ (4 gennaio ore 12,50) che chiamava in correità tutti i complici minorenni, quindi anche ~~Mario Luigi~~, che, a sua volta, si recava in Questura alle ore

17,50 dello stesso giorno , ammettendo i fatti . ~~Barbato Vincenzo~~, soltanto in sede di interrogatorio di garanzia per il fermo eseguito nei confronti dello stesso e dei complici, ammetteva i fatti. Anche i maggiorenni ~~Vincenzo~~ e ~~Spirito~~ si presentavano in Questura la sera del 4 gennaio e rendevano confessioni. La visione del video non lascia dubbi sulla brutale aggressione perpetrata dai sei soggetti in danno del rider al quale sottraevano il motociclo, compiutamente descritta nel capo d'imputazione. Occorre aggiungere che, nel corso delle indagini per il delitto sub B) emergeva che uno degli scooter utilizzati dai rapinatori per avvicinare e bloccare il raider - un Honda SH ~~DE 48314~~ - era stato rapinato circa un'ora prima a ~~Barbato Vincenzo~~.

Lo stesso in sede di denuncia sporta ai CC di Casoria il 2.1.2021 alle ore 10,13 riferiva che nei primi minuti dello stesso giorno mentre viaggiava a bordo del motociclo Honda SH ~~DE 48314~~ intestato al padre, veniva avvicinato da tre motoveicoli , un'Honda SH, un Piaggio Liberty ed un Kymco , con a bordo due soggetti ciascuno , veniva raggiunto dai passeggeri dei quali mentre uno si appropriava dello scooter , gli altri due, dei quali uno con in pugno una pistola gli intimavano la consegna del portafogli. Poi si allontanavano . Riferiva la presenza di telecamere sul luogo della consumazione del reato Poco dopo aver subito la rapina veniva poco dopo raggiunto da una pattuglia dei CC di Casoria che gli prestavano soccorso. Tale emergenza trovava immediato riscontro presso la Centrale Operativa dei CC ed induceva a non dubitare del fatto che una delle moto utilizzata per perpetrare la rapina al raider fosse guidata da un soggetto diverso dal figlio dell'intestatario. Gli operanti acquisivano le immagini dal circuito di videosorveglianza della ditta ~~Moda~~ sita in Casoria alla via ~~Piscopo~~ ed accertavano che alle ore 23,58 del 1° gennaio si vedevano quattro scooter, segnatamente quello guidato dal

~~Marco~~ Honda SH tg ~~DESSA~~ - , altra Honda SH intestata a ~~Mario~~
 ma in uso a ~~Musolino~~ con tg contraffatta, originariamente ~~PR6948~~ -
 condotta dal maggiorenne ~~Zimbardi~~, con il passeggero centrale
 identificato nel maggiorenne ~~Spinelli~~ e con un terzo passeggero
 rimasto non identificato , un terzo scooter Piaggio Liberty tg
~~PR1431~~ intestato al padre di ~~Carlo~~ e guidato dal
 figlio, sul quale sedevano come passeggero centrale il ~~Mario~~ e
 finale il ~~Musolino~~. Il quarto scooter descritto dal ~~Marco~~ come un
 Kimco ,sul quale viaggiavano due soggetti , si allontanava e gli
 investigatori hanno presunto che si trattasse dell'originaria vittima
 da depredare, alla quale tuttavia i rapinatori avevano preferito il
~~Marco~~ trattandosi di un soggetto solo , viaggiante, per giunta con
 lentezza e quindi di un soggetto più vulnerabile. Tale situazione
 probabilmente aveva indotto il ~~Marco~~ a descrivere l'aggressione
 subita come posta in essere da tre motocicli. Dalle immagini in esame
 è emerso che i tre rapinatori viaggianti sulla Honda SH si ponevano
 davanti al ~~Marco~~ bloccandone la marcia. Il passeggero centrale
~~Marco~~ scendeva e sottraeva lo scooter al ~~Marco~~ spingendolo dalla
 sella e poi si allontanava a bordo del mezzo rapinato. Il conducente
 dell'Honda SH indentificato in ~~Mario~~ , in contemporanea scendeva
 dal mezzo, che lasciava nelle mani del complice non identificato e
 sferrava un calcio alla vittima , intanto si avvicinavano i complici a
 bordo del Liberty, il cui conducente, identificato in ~~Carlo~~
~~Carlo~~, prima di porre il mezzo sul cavalletto , lo scagliava quasi
 sulla vittima, il passeggero ~~Marco~~ colpiva il ~~Marco~~ con pugni ed il
 terzo occupante, il ~~Marco~~ estraeva una pistola con la quale
 minacciava lo sfortunato giovane. Va precisato che
 all'identificazione degli autori del gesto criminale si è addivenuti
 comparando le scene ritratte dal filmato cd " virale "a quelle emerse
 dal sistema di videosorveglianza ~~Marco~~ dall'abbigliamento

indossato dai rapinatori e dagli stessi descritto negli interrogatori nei quali hanno ammesso i fatti.

Alla stregua degli atti suindicati, della cui attendibilità non vi è motivo di dubitare trattandosi, quanto alle annotazioni di PG, di provvedimenti redatti da pubblici ufficiali nell'esercizio delle proprie funzioni, quanto alle denunce delle persone offese, di atti posti in essere da soggetti privi di interesse a mentire, quindi pienamente attendibili, occorre rilevare che tutti gli atti hanno trovato conferma, per quanto inerisce la rapina sub B) nel filmato divenuto virale, e per quanto inerisce la rapina sub A) nelle immagini estrapolate dal sistema di videosorveglianza oltre che nelle confessioni degli imputati, tra i quali, soltanto i minorenni hanno negato l'utilizzo di armi, per cui emerge pacifica la responsabilità degli stessi in relazione a quanto loro rispettivamente contestato.

Prendendo in esame le confessioni rese dagli imputati innanzi al Gip il 7.01.201, con riguardo al delitto sub B), per il quale si è proceduto per prima, quando ancora non erano conosciuti dagli imputati i gravi indizi di responsabilità a carico di ~~Massimo Luigi~~, ~~Barbato Vincenzo~~ e ~~Guaracino Carmine~~ per il delitto sub A, quest'ultimo riferiva che la sera del 1° gennaio era uscito col ~~motorino~~ per recarsi alle case celesti per incontrarsi con gli amici, furono avvicinati da quattro ragazzi con due motorini e loro salirono a bordo essendo a piedi, anzi che gli stessi gli diedero un SH 150 ed egli si mise alla guida. Precisava di aver prima mangiato un panino fuori al "~~bar~~" poi mentre giravano per le strade vedevano al Corso Secondigliano il rider. I maggiorenni gli dissero di seguirlo per prendersi il mezzo. Egli alla guida dello scooter aveva caricato quello della vittima andandogli addosso mentre lo ~~spingeva~~, col mezzo dallo stesso condotto, gli era salito sulle gambe quando la vittima aveva già lasciato la presa. Lo stesso fu aggredito da ~~Alfredo~~, ~~Daniela~~,

~~Montemaro~~ e ~~Montemaro~~, il “ signore ” aveva opposto strenua resistenza e non lasciava il motorino finchè ci riuscì. Il mezzo rapinato era stato preso dal ~~Montemaro~~ e dal ~~Musolino~~. Dichiarava di essersi successivamente disfatto della tuta grigia che indossava perché la aveva vista nel video che girava sui social. Confermava di essere stato prelevato dalla PS in esecuzione del fermo di PG e di non essersi presentato spontaneamente. Alcun accenno faceva alla rapina commessa un'ora prima. Inoltre nel corso dell'interrogatorio prima dichiarava di conoscere solo il ~~Montemaro~~ poi ammetteva la conoscenza di tutti i complici.

Appare pertanto evidente quanto la “ confessione ” resa non sia stato frutto del pentimento per le efferate condotte poste in essere ma solo di una strategia difensiva tesa a mitigarne le conseguenze.

Sempre ~~Montemaro~~, sentito dal Gip in data 8 marzo, in sede di interrogatorio di garanzia in relazione al delitto sub A) ammetteva anche tale addebito rispondendo di non aver nulla da dichiarare.

~~Montemaro Raffaele~~, responsabile esclusivamente della rapina in danno del rider dichiarava di essersi prima intrattenuto con la fidanzata ~~Alidiana Musolino~~ poi di essere stato raggiunto dagli amici ~~Zambelli~~, ~~Musolino~~, ~~Pinelli~~, ~~Barbato~~ e ~~Chianello~~. Mentre giravano per le strade della città, avevano deciso “ tutti insieme ” di fare la rapina ed avevano visto il rider. Pur possedendo un mezzo, lo aveva lasciato sul quadrivio ed era salito sulla Honda SH guidata da ~~Zambelli~~ sul quale già sedeva il ~~Barbato~~. Visto “ il signore delle consegne ” lo affiancavano, scendevano dai mezzi lui, ~~Barbato~~, ~~Musolino~~ e ~~Zambelli~~ e lo picchiavano perché non cedeva lo scooter. Dichiarava di non aver visto chi avesse speronato il raider né chi gli fosse salito sulle gambe dopo la rapina. Tali dichiarazioni coincidono con quelle rese dal ~~Chianello~~ circa l'indicazione del gruppo dei “ picchiatori ”.

Anche ~~XXXXXXXXXX~~, in relazione al delitto sub B) per il quale si è proceduto per prima, dichiarava di possedere un Honda SH 150 intestata al cugino ~~XXXXXXXXXX~~. Dichiarava altresì che la targa del suo motorino la aveva modificata ~~XXXXXXXXXX~~ con un nastro adesivo perché “avevamo deciso di fare una rapina”. *Tale dichiarazione, di lampante coerenza con i fatti, evidenzia che il proposito di fare la rapina era già maturato prima che gli imputati girassero in strada insieme.*

Continuava dichiarando che dopo aver mangiato un panino avevano visto il rider ed avevano deciso di sottrargli il motorino perché era nuovo. Scendeva prima ~~XXXXXXXXXX~~, poi ~~XXXXXXXXXX~~, poi ~~XXXXXXXXXX~~, ma trattasi di lapsus dovendosi intendere ~~XXXXXXXXXX~~, poi lui. Avevano picchiato il signore che opponeva resistenza con calci e pugni, ~~XXXXXXXXXX~~ lo aveva speronato col motorino prima che cadesse e ~~XXXXXXXXXX~~ gli era salito addosso col motorino con le gambe. Egli e ~~XXXXXXXXXX~~ avevano portato via il mezzo rapinato. Si era successivamente riconosciuto nel video divenuto virale. Per tali ragioni anche tale “confessione” non appare frutto di pentimento. Per quanto attiene al capo A), in data 8 marzo 2021 il ~~XXXXXXXXXX~~, innanzi al Gip dichiarava che i fatti si erano svolti come descritto nel capo d'imputazione. Precisava che egli era rimasto sul motorino avente targa modificata guidato dallo ~~XXXXXXXXXX~~. Dichiarava di non avere un'arma.

Da ultimo, in data 7 gennaio, ~~XXXXXXXXXX~~ dichiarava che era sul motorino condotto da ~~XXXXXXXXXX~~ unitamente al ~~XXXXXXXXXX~~, mentre sull'altro mezzo c'erano i tre coindagati. Dichiarava di essersi riconosciuto nel video. Dichiarava di aver fatto prima un giro, ma di non aver visto modificare la targa dello scooter del ~~XXXXXXXXXX~~ e quindi di non essere usciti per fare la rapina. Non accennava neanche alla circostanza riferita dal ~~XXXXXXXXXX~~ che aveva dichiarato che pur

avendo un motorino lo aveva lasciato sul quadrivio. Lo [redacted] vedendo il raider diceva ai complici di seguirlo per prendersi lo scooter. Quindi scendevano dai mezzi lui, [redacted], [redacted] e [redacted] e picchiavano il raider perché non voleva lasciare il proprio mezzo. Precisava che era stato [redacted] ad averlo afferrato da dietro per lo zaino, facendolo cadere a terra, [redacted] ad essergli salito con lo scooter sulle gambe, [redacted] a speronarlo, [redacted] e [redacted] ad allontanarsi con il mezzo rapinato. Dichiarava che non erano armati. Alcun accenno faceva alla rapina commessa un'ora prima, per la quale non erano ancora in corso indagini.

Anche in questo caso la confessione appare essere stata di comodo, avendo voluto far apparire la rapina un'iniziativa improvvisa del maggiorenne [redacted], mentre le emergenze dimostrano la preordinazione della stessa, peraltro effettuata a poca distanza da altra rapina commessa con le stesse modalità.

Nell'interrogatorio reso l'8 marzo successivo in relazione al capo A) d'imputazione, [redacted] ammetteva di aver commesso la rapina unitamente ad altri ragazzi. Dichiarava che con lui sul motorino c'era [redacted] e di non ricordare chi fosse il terzo passeggero rimasto ignoto. C'era un altro motorino SH Grigio ma non ricordava chi avesse la pistola. Dichiarava di aver preso a pugni la vittima perché non gli voleva dare il portafogli.

In tale interrogatorio viene ammesso il possesso della pistola della quale hanno parlato entrambe le persone offese.

Quanto alla configurazione giuridica dei fatti, trattasi di due rapine seriali, commesse con le stesse modalità esecutive e con le stesse aggravanti. Di tali delitti sussiste l'elemento oggettivo, consistito nella violenza e minaccia poste in essere in danno delle vittime, il

conseguimento dell'ingiusto profitto , il nesso di causalità tra gli stessi e l'elemento psicologico .

Quanto alla condotta, la stessa, nei casi in esame è stata integrata sia dalla minaccia, consistita nel profferire frasi prospettanti un male ingiusto ed esibendo armi, sia dalla violenza consistita in un'energia fisica che ha provocato lo spossessamento dei beni. L'ingiusto profitto conseguito è consistito sia nell'impossessamento degli scooter delle vittime , sia nella soddisfazione morale e nel godimento derivante dalla sopraffazione delle stesse , atteso che la violenza si è protratta anche dopo la sottrazione dei beni, come emerge dai filmati che hanno ripreso le azioni delittuose. Quanto al dolo non sussiste alcun dubbio nella coscienza e volontà di tutti i concorrenti di impossessarsi della cosa mobile altrui , sottraendola al detentore con violenza e di infierire sullo stesso anche dopo lo spossessamento del bene. Né la circostanza, evidenziata dalle difese, che non tutti i correi abbiano posto in essere le stesse azioni, non risultando accertato con dovizia il ruolo tenuto da ciascuno, esclude il concorso di tutti nel reato, atteso che qualora la violenza fisica venga posta in essere da uno soltanto dei correi , nel mentre un altro approfitti dello stato di soggezione in cui versa la vittima, percependo tutti l'uso della violenza o della minaccia, tutti rispondono del reato di rapina, per giurisprudenza consolidata .

Quanto alle circostanze aggravanti le stesse appaiono correttamente contestate con riferimento ad entrambi i delitti. I reati risultano aggravati dal numero dei concorrenti, superiori a cinque ai sensi dell'art 112 co 1 n 1 cp e dalla aver gli stessi agito in unione tra loro. La prima aggravante , dell'essere i correi in numero di 5 o più, può infatti essere applicata cumulativamente alla circostanza aggravante speciale del reato di rapina delle più persone riunite , perché non richiede, a differenza di quest'ultima, la presenza sulla scena

criminosa , di tutti i correi, sanzionando la maggiore pericolosità dimostrata dalla capacità di riunione ed organizzazione perché nella percezione della vittima l'atteggiamento minaccioso promana non dal singolo ma dall'intero gruppo degli aggressori (da ultimo Cass.pen. Sez. 2 n 20217 del 6-5-2016). Sussiste l'aggravante dell'uso delle armi, delle quali hanno parlato sia il ~~Vittima~~ che il ~~Lancetta~~ e che lo stesso ~~Barbato~~ , con riferimento alla rapina commessa per prima , ha ammesso l'utilizzo, pur non imputandolo a se stesso. La richiesta difensiva di escludere tale aggravante fondata sul fatto che nel video e nei filmati non si vedevano armi, non può essere accolta atteso che il buio ha reso non percepibile tale particolare, del quale , tra l'altro hanno parlato come già rilevato , entrambe le vittime, che non hanno manifestato alcuna volontà di ingigantire i fatti, avendo reso denunce più soft rispetto a quanto emerge dalle immagini. L'atteggiamento di crudeltà nei confronti delle persone offese di cui al contestato art 61 n 4 cp ha connotato entrambe le rapine nelle quagli gli imputati hanno infierito rabbiosamente sulle vittime con una condotta che ha ecceduto i limiti della normalità causale , avendo proseguito nella condotta violenta anche dopo l'impossessamento degli scooter, gratuitamente , avendo raggiunto già il fine dell'impossessamento del bene , cagionando alle vittime patimenti ultronei che hanno reso la condotta particolarmente riprovevole , rivelandone l'indole malvagia e l'insensibilità ad ogni richiamo umanitario (Cass.Pen. sez. I 21.10 2002 n 35187) come emerge , in particolare nel delitto sub B) il cui video filmato da uno sconosciuto è diventato virale proprio per la malvagità e l'accanimento del branco nei confronti di un uomo che lottava per difendere il mezzo che gli consentiva di procurarsi l'indispensabile per vivere onestamente. Ne' il fatto che non risultino refertate le lesioni subite dalle vittime – acutamente rilevato dalla difesa - esclude l'aggravante

suindicata ben potendo le stesse aver riportato ecchimosi e lesioni che tuttavia non hanno reso necessario il ricovero ospedaliero. Ed invero la aggravante suindicata si concreta in un *quid pluris* rispetto all'esplicazione dell'attività necessaria per la consumazione del reato e l'aver protratto la violenza dopo all'impossessamento del bene integra senz'ombra di dubbio l'aggravante di cui all'art 61 n 4 cp. Sussiste, anche, l'aggravante pep dall'art 61 n 5 cp, dell'aver gli agenti profittato del tempo di notte atto a diminuire la possibilità di difesa della vittima. Ed invero, pur a voler aderire alla interpretazione più rigorosa del citato articolo, invocata dalle difese, secondo cui non vale ad integrare la stessa la sola situazione astratta del tempo di notte (in conformità a Cass. Pen Sez 5 sent 12051 del 14.01.2021), occorre evidenziare che le rapine furono commesse oltre che in tempo di notte anche in un periodo di lockdown nel quale la città era deserta ed aveva un aspetto spettrale. Sicuramente tale situazione contingente agevolò l'azione criminosa riducendo la capacità di difesa delle vittime che non poterono contare sull'aiuto di qualche passante.

Nessun dubbio vi è, inoltre, per quanto attiene alla capacità di intendere e di volere di tutti gli imputati al momento dei fatti evidenziata dal comportamento tenuto dagli stessi nei confronti delle vittime ed, appena successivamente ai fatti, della PG e della AG innanzi alle quali hanno tentato di sminuire la gravità delle condotte, nonché dalla chiarezza della dissocialità dei fatti compiuti e dalle emergenze delle relazioni, prima del CPA in sede poi dei Servizi Sociali che hanno approfondito l'esame della personalità degli imputati. Benchè gli stessi abbiano reso confessioni fin dall'immediatezza le stesse non legittimano la concessione delle circostanze attenuanti generiche apparendo le stesse dipese dall'essersi riconosciuti nel filmato che è girato sui social e motivate

dal tentativo di alleggerire le loro posizioni, come si è indicato nel corpo della sentenza. ~~Quaracino~~, ~~Barbato~~ e ~~Mascolino~~ devono beneficiare esclusivamente dell' obbligatoria diminvente della minore età equivalente alle numerose aggravanti contestate. Il ~~Montemagno~~, che è concorso soltanto nel delitto sub B) apparendo essere stato coinvolto dal gruppo già formatosi, può beneficiare anche delle circostanze attenuanti generiche. La rapina sub A) appare essere il delitto più grave per la doppia circostanza che la stessa ha avuto per oggetto sia la sottrazione del cellulare che del portafogli della vittima, benchè il PMM non abbia contestato anche tale secondo impossessamento - per cui non si è tenuto conto della continuazione interna - e del fatto che la stessa è stata commessa in concorso con un soggetto rimasto ignoto per la mancata collaborazione dei correi che non ne hanno fatto il nome. Tenuto, quindi, conto di tutti i criteri ex art.133 c.p., stimasi equo comminare a ~~Quaracino Carmine~~, ~~Mascolino Luigi~~ e ~~Barbato Vincenzo~~ responsabili di entrambe le rapine contestate ,unificate col vincolo della continuazione di reato dipeso dalla serialità delle stesse, sotto la più grave la rapina sub A) - la pena di anni 4 mesi 8 di reclusione ed euro 1400,00 di multa (ritenuto più grave il delitto sub A) pb, con la diminvente della minore età equivalente alle aggravanti contestate , anni 6 di reclusione ed euro 1800 di multa , aumentata per la continuazione col reato sub B) ad anni 7 di reclusione ed euro 2100,00 di multa , ridotta per il rito nella misura indicata).

Tenuto ancora conto di tutti i criteri ex art.133 c.p., stimasi equo comminare a ~~Montemagno Roberto~~ resosi responsabile esclusivamente del capo B) la pena di anni 3 mesi 4 di reclusione ed euro 620,00 di multa (previa concessione delle attenuanti generiche e della diminvente obbligatoria della minore età, equivalenti alle contestate aggravanti, pb anni 5 di reclusione ed euro

930 di multa ridotta per il rito nella misura indicata). L'entità delle pene inflitte non consentono la sospensione delle stesse.

PQM

Visti gli artt 533 e 442 cpp., dichiara ~~Giuseppe Cammà,~~
~~Musolino Luigi, Barbaio Vincenzo~~ responsabili dei reati contestati sub A e B e previo riconoscimento della diminuzione obbligatoria della minore età equivalente alle aggravanti contestate, unificati i reati col vincolo della continuazione sotto il più grave delitto sub A) condanna gli stessi alla pena di anni 4 mesi 8 di reclusione ed euro 1400,00 di multa calcolata la riduzione automatica per il rito abbreviato;

dichiara ~~Montemaro Raffaele~~ responsabile del reato contestato sub B e previa concessione delle attenuanti generiche e della diminuzione obbligatoria della minore età, equivalenti alle contestate aggravanti, condanna lo stesso alla pena di anni 3 mesi 4 di reclusione ed euro 620,00 di multa calcolata la riduzione automatica per il rito abbreviato.

Provvede sulle istanze "de libertate" con separata ordinanza.

Letto l'art 544 cpp indica in gg 30 il termine per il deposito della motivazione, sospendendo il termine delle misure cautelari fino al deposito della sentenza.

Napoli 21.10.2021

IL PRESIDENTE ESTENSORE

IL COLLABORATORE DI CANCELLERIA _____

Deposita in Cancelleria il _____



LE ESPERIENZE

Una battuta di arresto dell'Ordinamento Penitenziario?

MARIANGELA COVELLI

La Corte costituzionale con sentenza n. 231/2021, depositata addì 02/12/2021, ha dichiarato costituzionalmente legittima, anche per i condannati minorenni o per fatti commessi da minore, la possibilità di applicare le misure alternative alla detenzione quando la pena residua non superi i 4 anni di reclusione.

Con ordinanza depositata il 16 ottobre 2020 il tribunale per i minorenni di Brescia, in funzione di tribunale di sorveglianza, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 1, e 6, comma 1, del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, recante la «disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni».

L'art. 4, comma 1 stabilisce che se la pena detentiva da eseguire non supera i quattro anni, il condannato può essere affidato all'ufficio di servizio sociale per i minorenni. L'art. 6, comma 1 consente di espiare la pena detentiva da eseguire in misura non superiore a tre anni nella propria abitazione o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza o presso comunità.

Ad avviso del tribunale per i minorenni di Brescia le disposizioni, nel subordinare l'accesso alle misure alternative da parte dei condannati minorenni a condizioni analoghe a quelle previste per gli adulti, violavano gli artt. 3, 27, terzo comma, e 31, secondo comma, Cost., perché contenenti un automatismo tale da impedire una valutazione individualizzata, e caso per caso, dell'idoneità della misura a conseguire le preminenti finalità di risocializzazione che debbono presiedere all'esecuzione penale minorile.

La Corte costituzionale, nel rigettare l'eccezione del tribunale minorile, ha stabilito che i limiti derivanti dalle disposizioni in esame non sono correlati al titolo astratto di reato, né all'entità della pena edittale, né a quella della pena irrogata o applicata, ma alla durata residua ancora da espiare e, quindi, all'arco temporale che separa il condannato dalla fine della pena. In questo modo, nell'attribuire specifico rilievo allo stato di avanzamento del percorso rieducativo, le disposizioni non trascurano la progressione del trattamento di recupero del singolo condannato. D'altronde, ad avviso della Corte, i limiti posti alle misure in esame, pur essendo basati sulla durata della pena residua da espiare, non sono disgiunti da una valutazione giudiziale della situazione concreta del condannato e dall'elaborazione di una prognosi individuale.

Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 121 del 2018, infatti, l'applicazione delle misure penali di comunità presuppone, oltre alla verifica della durata della pena residua, un apprezzamento giudiziale che ha ad oggetto sia l'idoneità della misura a favorire l'evoluzione positiva della personalità, sia l'assenza di pericolosità sociale del condannato e quindi una prognosi favorevole in ordine ai suoi futuri comportamenti.

A nostro avviso la sentenza della Consulta rappresenta una battuta di arresto nell'odierno momento evolutivo del diritto penitenziario e soprattutto una occasione perduta per ritornare a quanto prevedeva il progetto Cascini il quale, originariamente, stabiliva *che per i condannati minorenni o per fatti commessi da minore le misure alternative potessero essere concesse in ogni tempo*

dell'esecuzione, indipendentemente dal tipo di reato commesso e indipendentemente dalla entità della pena.

Il diritto penitenziario nell'attuale momento vive una fase di positiva evoluzione sia nel settore ordinario che in quello minorile. Nel settore ordinario occorre ricordare che la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, pronunciata l'8 novembre 2019 in relazione al ricorso di Marcello Viola, condannato all'ergastolo per reati ostativi e sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis, ha condannato l'Italia per violazione della Convenzione Europea, equiparando il regime dell'ergastolo ostativo alla sottoposizione a tortura o trattamenti inumani o degradanti.

L'articolo 4-bis della Legge n. 354 del 1975 notoriamente ha introdotto il carcere ostativo, prevedendo che «l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, e le misure alternative alla detenzione (...) possono essere concessi ai detenuti e internati per delitti commessi (e nello stesso elencati) solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborano con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter». Di conseguenza, la Corte costituzionale con la sentenza n. 149/2018 ha stabilito la possibilità per il condannato all'ergastolo ostativo di ottenere i permessi premio, valorizzando il comportamento concreto del detenuto e la sua adesione al piano trattamentale, indipendentemente dal titolo del reato commesso.

Ancora sulla possibilità di chiedere la liberazione condizionale da parte dell'ergastolano ostativo, che non abbia utilmente collaborato con la giustizia, la Corte Costituzionale con l'ordinanza 97/2021 ha rinviato la trattazione a maggio 2022, dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia. Nel settore minorile vanno ricordate due sentenze della Corte costituzionale.

La sentenza n. 90/2017 dichiarò costituzionalmente illegittimo l'articolo 656 c.p.p., disponendo che per i minori, indipendentemente dalle decisioni del tribunale di sorveglianza minorile, l'esecuzione doveva essere sospesa anche per i reati elencati al comma 9 lett. a) del predetto articolo.

Ancora la Corte costituzionale, con sentenza n. 263/2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, stabilendo che i detenuti minorenni e i giovani adulti, condannati per uno dei c.d. reati ostativi, possano accedere alle misure penali di comunità, ai permessi premio e al lavoro esterno anche se, dopo la condanna, non hanno collaborato con la giustizia.

Il meccanismo preclusivo di cui all'art. 4-bis, co. 1 e 1-bis, ord. penit. è stato ritenuto in contrasto anzitutto con i principi della legge delega n. 103 del 2017, che imponeva di eliminare qualsiasi automatismo nella concessione dei benefici penitenziari ai detenuti minorenni. Inoltre, la Corte ha ritenuto che la disposizione censurata si ponga in contrasto con gli artt. 27, co. 3, e 31, co. 2, Cost., perché l'automatismo legislativo si fonda su una presunzione assoluta di pericolosità, basata soltanto sul titolo del reato commesso e impedisce perciò alla magistratura di sorveglianza una valutazione individualizzata dell'idoneità della misura a conseguire le preminenti finalità di risocializzazione che debbono presiedere all'esecuzione penale minorile.

La sentenza n. 231/2021, pur se sembra affermare che al punto dell'esecuzione in cui si è pervenuti la pena residua non condiziona o impedisce la valutazione obiettiva della personalità del condannato, rappresenta senza dubbio un ritorno all'indietro, in quanto equipara, *melius* sovrappone, le norme ordinarie a quelle minorili, e rinuncia ad affermare la necessità del trattamento differenziato per i minori di età.

Minori e prevenzione

MARIO COVELLI

Il 19 settembre 2021 la polizia ha fermato su una moto due giovani a Napoli al Corso Umberto; il conducente era un minorenne di 17 anni, il trasportato era da poco diventato maggiorenne, avendo compiuto da soli 6 mesi 18 anni. Il minorenne occultava una pistola, in quanto era seduto con il fondoschiena sull'arma; libera era solo l'impugnatura, che era nascosta dalla mano del trasportato, che in qualunque momento avrebbe potuto agilmente prenderla ed usarla. Secondo le indagini della Direzione Distrettuale Antimafia i due soggetti si preparavano a partecipare ad una "stesa".

Nella qualità di difensore del minorenne ho chiesto la messa alla prova.

Il pubblico ministero, mostrando forti perplessità, ha chiesto rinvio per meglio accertare le intenzioni del soggetto. L'imputato, tra le attività che sta svolgendo in comunità, ove trovasi collocato in misura cautelare, segue il corso di licenza media per conseguire il diploma in un anno, avendo abbandonato gli studi al primo anno.

Gli ho chiesto se quando aveva abbandonato la scuola media qualcuno fosse intervenuto, ma è emerso che non erano intervenuti i servizi sociali territoriali, né l'autorità scolastica aveva comunicato l'abbandono alla procura minori, affinché la stessa potesse prendere i provvedimenti del caso. Il fatto non costituisce un'eccezione, anzi si può affermare che purtroppo costituisce la regola. La procura minori viene a conoscenza degli abbandoni scolastici e dei comportamenti devianti dei minori solo in pochi casi, per cui non può intervenire nella maggior parte delle situazioni.

Quando fu presentato il progetto di soppressione del tribunale per i minorenni dal Ministro Castelli nel 2002 e dal Ministro Orlando nel 2016, provocatoriamente noi della Camera penale minorile affermavamo di essere concordi nell'abolizione, in quanto il tribunale per i minorenni non deve funzionare *post delictum* per giudicare i colpevoli, ma *ante delictum* per impedire l'ingresso dei minori in area penale.

Gli artt. 25-31 del R.D.L. 1404/1934 disciplinano la prevenzione per i minori.

Originariamente l'art. 25 prevedeva per i minori travati la terribile misura del riformatorio per corrigendi: «quando un minore degli anni 18 per abitudini contratte dia manifeste prove di traviamiento ed appaia bisognevole di correzione l'autorità pubblica di pubblica sicurezza, il procuratore del re, i genitori, il tutore, il curatore, l'Opera Nazionale per la Protezione della maternità e dell'infanzia, l'Opera Nazionale Balilla, possono riferire i fatti al tribunale per i minorenni, il quale, assunte le opportune informazioni, ordina con decreto motivato insindacabile che il minorenne venga internato in un riformatorio per corrigendi. Il provvedimento va deliberato in camera di consiglio senza intervento di difensori, sentiti le Autorità di Pubblica Sicurezza provinciale, il Pubblico Ministero, il minorenne e l'esercente la patria potestà o la tutela».

La norma non dava la nozione di traviamiento, tuttavia, nella relazione al Re esso viene identificato in una serie di abitudini, di attività che deviano il minore dall'onestà, dal lavoro, dallo studio e dalla famiglia (Relazione al Re pag. 757). Il riformatorio giudiziario era una pessima soluzione.

Voglio citare quanto scriveva Pierpaolo Benedetto sulla *Gazzetta del Popolo* il 12 settembre 1972: «qui può succedere di tutto perché manca tutto. Qui un ragazzo uscito da casa per una bocciatura e messo dentro per dargli una lezione uscirà traumatizzato, svuotato, ribelle, abilitato per ogni specie di reato. Una cosa è certa: dopo una permanenza anche breve nell'istituto, non rientrerà mai più normale nella società, perché la società dopo averlo espulso una volta lo ha marcato automaticamente per sempre». All'epoca i minori rinchiusi nei riformatori erano circa 8 mila.

Di conseguenza nacque un movimento generale per l'abolizione dei riformatori giudiziari e per la sostituzione degli stessi con le comunità educative. Pertanto, venne approvata la legge 25 luglio 1956 n. 888, la quale adeguò l'art. 25 del R.D.L. 1404/1934 ai principi della costituzione repubblicana, modificando la norma nel seguente modo: «quando un minore degli anni 18 dà manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere, il Procuratore della Repubblica, l'ufficio di servizio sociale minorile, i genitori, il tutore, gli organismi di educazione, di protezione e di assistenza dell'infanzia e dell'adolescenza, possono riferire i fatti al tribunale per i minorenni, il quale, a mezzo di uno dei suoi componenti all'uopo designato dal Presidente, esplica approfondite indagini sulla personalità del minore, e dispone con decreto motivato una delle seguenti misure: 1) l'affidamento del minore al servizio sociale minorile, 2) collocamento in una comunità».

Cosa si intende per irregolarità della condotta? Noi possiamo riportare l'elencazione di Ignazio Baviera, il quale è l'autore del primo manuale di diritto minorile, che individua l'irregolarità della condotta nelle seguenti fattispecie:

- 1) indisciplina in casa;
- 2) rifiuto di frequentare la scuola;
- 3) rifiuto di lavorare;
- 4) tossicodipendenza o alcol-dipendenza;
- 5) appartenenza a bande giovanili;
- 6) fuga e vagabondaggio;
- 7) comportamenti violenti.

Man mano le fattispecie di condotta irregolare si sono allargate ai disordini alimentari quali bulimia o anoressia, al bullismo ed al cyberbullismo, alla ludopatia, ai reati informatici, alla dipendenza dagli aspetti negativi del web. Condotta irregolare significa una condotta la quale non rispetta i canoni e le regole della società civile, che tuttavia non è ancora degenerata nella commissione di reati.

Occorre pertanto intervenire con metodo educativo per impedire che la devianza si trasformi in delinquenza. Vorrei brevemente esporre la differenza tra le misure di prevenzione minorili, dette misure amministrative, le misure civili e le misure di sicurezza. Franco Bricola, giustamente, affermava che al sistema del doppio binario del codice penale ordinario, costituito da pene e misure di sicurezza, si contrappone nel settore minorile un triplice sistema, in quanto alle pene ed alle misure di sicurezza si aggiungono le misure amministrative, che costituiscono la terza competenza dei tribunali minorili.

L'obiezione di alcuna parte della dottrina (Glauco Giostra, Clelia Iasevoli e di altri studiosi) secondo cui le misure amministrative, non avendo il carattere della tassatività, si presterebbero ad abusi ed a prevaricazioni nei confronti dei minori e delle famiglie, a mio avviso non può essere accolta, perché non si persegue un atteggiamento o un comportamento astratto, ma si prendono in esame circostanze

di fatto, concrete ed accertabili, quali, ad esempio, il rifiuto della scuola o del lavoro, lo stato di tossicodipendenza o alcolodipendenza, l'appartenenza a bande giovanili.

L'art. 25 è applicabile sia *post delictum*, ad esempio, dopo la concessione del perdono giudiziale o della pena sospesa per sostenere il reinserimento sociale del minore, sia *ante delictum* per evitare che la devianza si degeneri in comportamenti criminali.

È applicabile anche ai minori non imputabili e costituisce un'arma efficace contro coloro che sostengono la necessità di abbassare la soglia di imputabilità. È facile rispondere che il nostro ordinamento non è inerme di fronte all'infraquattordicenne che abbia commesso un grave reato, in quanto può essergli applicato una misura amministrativa.

Quando noi parliamo di prevenzione per i minori lo facciamo in senso atecnico, usando l'espressione nel significato comune del termine, in quanto l'espressione *prevenzione* non viene usata nel senso delle misure di prevenzione previste per gli adulti, prima dalla legge n. 1423 del 1956 e, poi, dal decreto legislativo n. 159 del 2011.

Nessuna misura di prevenzione prevista per i maggiorenni, neppure quella meno afflittiva costituita dal foglio di via obbligatorio, può essere applicata ai minorenni, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione.

Vi è una profonda differenza tra le misure civili minorili e le misure amministrative. Le misure civili, anche se ablative, sono sempre a protezione del minore che può essere del minore, soprattutto del minore maltrattato o del minore abusato, le misure amministrative, al contrario, comportano comunque una limitazione di libertà, sia nelle forme dell'affidamento in prova al servizio sociale che nelle forme del collocamento in comunità. Viceversa, le misure amministrative si differenziano anche dalle misure di sicurezza (libertà vigilata e riformatorio giudiziario), le quali possono essere applicate solo *post delictum* e presuppongono la pericolosità sociale del minore, e che come stabilito dal DpR n. 448 del 1988 si eseguono rispettivamente nelle forme della permanenza in casa con prescrizioni e del collocamento in comunità.

Allo stato, quando la procura minori venga notiziata del comportamento irregolare di un minore, il procuratore della Repubblica presenta un ricorso al tribunale per i minorenni, chiedendo l'applicazione di una misura amministrativa. Il tribunale per i minorenni nomina un giudice delegato, il quale sente il minore, il legale rappresentante dello stesso, chiede informazioni al servizio sociale o ad altre autorità, ad esempio l'autorità scolastica o l'autorità di polizia. Al termine decide l'archiviazione o l'applicazione di una delle due misure amministrative, cioè l'affidamento in prova al servizio sociale o il collocamento in comunità. L'assistenza del difensore non è obbligatoria; in pratica non è tutelato il diritto di difesa, e il procedimento non è costituzionalmente orientato, perché manca un effettivo contraddittorio.

Il problema si pone anche nella fase esecutiva.

Il provvedimento non è vincolante, nel senso che ove il minore non voglia sottoporsi all'affidamento in prova o rimanere in comunità e se ne allontana, non può essere assolutamente perseguito. I vari tentativi della magistratura minorile di rendere obbligatorie queste misure sono tutti falliti.

Per esempio non è possibile applicare l'art. 650 c.p., perché detta norma non si applica ai provvedimenti giudiziari, ma a quelli amministrativi; ugualmente non è possibile applicare l'art. 388 c.p., che riguarda la mancata esecuzione dolosa dei provvedimenti del giudice in campo familiare. Se

il minore non intende seguire il percorso educativo o si allontana dalla comunità, può farlo tranquillamente senza alcuna conseguenza: l'art. 25 in tal modo costituisce un *telum imbellis sine ictu*. Il problema è grave, in quanto vengono impediti interventi educativi, i quali sopperiscano al difetto di educazione ed impediscano che la devianza diventi delinquenza. Si manifesta pertanto urgente la modifica dell'art. 25.

L'on. Dori Devis si è molto interessato del problema. Il parlamentare aveva presentato un progetto di legge insieme ad altri Colleghi per disciplinare l'art. 25. Inizialmente il progetto presentato si occupava solo del fenomeno del bullismo, che voleva combattere, e limitava l'applicabilità dell'art. 25 al predetto fenomeno.

Il giorno 24 luglio 2019 siamo stati auditi dalla Commissione Giustizia della Camera il procuratore della Repubblica minorile dott.ssa Maria de Luzenberger ed io, ed entrambi abbiamo evidenziato la necessità di non limitare al solo fenomeno del bullismo l'applicabilità dell'art. 25, in quanto avremmo praticamente privato la magistratura minorile della possibilità di intervenire nei casi di comportamenti devianti. Anche a seguito della nostra audizione è stato presentato un disegno di legge, il quale è stato approvato dalla Camera (n. 1524), ed è passato al Senato (n. 1690). Purtroppo il disegno di legge non è stato ancora calendarizzato dalla Commissione giustizia del Senato, laddove sarebbe importantissimo che venisse preso in considerazione e discusso.

Il disegno di Legge, oltre a contenere norme di carattere generale relative al bullismo, al cyberbullismo e all'inadempienza scolastica, disciplina la procedura di intervento in caso di comportamento irregolare del minore. Secondo il disegno di legge, quando pervenga alla procura della Repubblica minorile notizia del comportamento irregolare di un minore, il procuratore convoca il minore con gli esercenti la responsabilità genitoriale oppure con il tutore o il curatore e lo invita a sottoscrivere un patto educativo. Se il minore accetta, ed il patto educativo sottoscritto viene eseguito, eliminando in tal modo le carenze educative che hanno determinato la irregolarità della condotta, la procedura viene archiviata. Se il progetto educativo non viene eseguito, oppure il minore ne rifiuta l'esecuzione, il procuratore della Repubblica presenta il ricorso al tribunale per i minorenni, il quale fissa un'udienza. Viene nominato il giudice delegato.

L'art. 4 co. 5 del disegno di legge stabilisce che i provvedimenti sono deliberati in camera di consiglio, previo ascolto del minore che abbia compiuto gli anni dodici o anche di età inferiore se capace di discernimento, sentiti i genitori, l'esercente la responsabilità genitoriale e il pubblico ministero. Nel procedimento è consentita l'assistenza del difensore.

La formulazione del progetto non è del tutto costituzionalmente orientata, perché non sono previsti chiaramente il contraddittorio, il diritto di difesa con l'assistenza obbligatoria del difensore. L'articolo *de quo* pone un altro problema evidente: è consentito l'ascolto del minore che abbia compiuto gli anni dodici o anche di età inferiore se capace di discernimento. In sintesi, non è previsto un termine *a quo* per l'applicazione dei provvedimenti, in quanto la legge italiana è chiara nello stabilire il termine *ad quem*, ma non dice assolutamente nulla sul termine *a quo*, per cui, dal punto di vista teorico, sarebbe possibile prendere provvedimenti anche a carico di un bambino di cinque o sei anni.

Naturalmente tutto questo non avviene nella realtà, in quanto le procure minorili per consuetudine archiviano i procedimenti che riguardano i minori di anni 10 e, in ogni caso, cominciano ad aprire procedimenti amministrativi quando il minore abbia compiuto perlomeno 12 anni.

Con la nostra associazione “Camera penale minorile” il 19 marzo del 2018 all'Università “Vanvitelli” presentammo un progetto di legge in materia, progetto che ebbe il plauso dell'allora Cardinale di Napoli Sepe, il quale inviò al convegno il suo vicario episcopale Don Tonino Palmese, elogiando il nostro operato. Nel nostro progetto di legge prevedevamo una fase contenziosa, con diritto del minore alla difesa ed al contraddittorio, e con possibilità di appello alla sezione minorenni della Corte di appello.

Prevedevamo che l'affidamento in prova al servizio sociale ed il collocamento in comunità fossero sostituiti dall'inserimento dei minori nei centri diurni.

Nel nostro progetto il funzionamento del centro diurno è affidato al servizio sociale territoriale, unico nei piccoli comuni e decentrato nelle varie sezioni e municipalità nei grandi centri urbani. Nel progetto i centri diurni funzionano a costo zero, in quanto il dirigente del servizio sociale territoriale ha il solo compito di coordinare tutte le attività pubbliche, religiose e private esistenti sul territorio, inserendovi i minori interessati. Il minore frequenta il centro diurno dalle 8 del mattino fino alle 18 del pomeriggio, e viene avviato alla frequenza di scuola pubblica o paritaria, di botteghe artigiane o piccole imprese per l'apprendimento di un'attività lavorativa, di palestre per la pratica sportiva, di centri di attività ludiche, come ad esempio musica o ballo. In tal modo il minore viene impegnato per gran parte della giornata, sottratto alle insidie della strada ed al termine può rientrare in famiglia.

Nel nostro progetto il centro diurno viene preferito alla comunità in quanto siamo contrari all'allontanamento del minore dalla famiglia per vari motivi. In primo luogo, tutti i cittadini, anche coloro che delinquono e che appartengono alla criminalità organizzata, hanno diritto alla famiglia e ad avere figli. Il compito dello Stato è educare i figli e creare una contropesca alla spinta criminosa che provenga eventualmente dalla famiglia, ma non è, a mio avviso, quello di allontanarli dagli affetti, come si vuole sostenere da parte di alcune correnti della magistratura, che equiparano la famiglia composta da delinquenti a famiglia maltrattante. In secondo luogo, la nostra opposizione nasce anche da osservazioni pratiche: nella realtà la manovalanza della criminalità organizzata spinge i figli a delinquere, mentre i capi tengono lontani i figli dall'area penale e, spesso, riescono a sistemarli nei più alti gradi dell'amministrazione dello Stato: essi costituiscono il terzo livello della criminalità di cui si parla.

A nostro avviso il progetto dell'On. Dori andrebbe modificato proprio per sostituire al collocamento in comunità i centri diurni. Si potrebbe pensare al collocamento in comunità come *extrema ratio*: in caso di rifiuto da parte del minore e della famiglia, lo stesso potrebbe essere allontanato e collocato in comunità.

Tutti sappiamo che le agenzie educative sono la famiglia e la scuola. Le famiglie in crisi o con problemi economici sono famiglie a rischio, che andrebbero immediatamente individuate e sostenute con interventi di ogni genere.

Per quanto riguarda la scuola andrebbe modificato l'art. 731 c.p., che prevede una ammenda di € 30 a carico degli esercenti i cui figli non vanno a scuola. La norma è del tutto inutile, in quanto trattasi di somma irrisoria e per di più nella interpretazione di retroguardia della Corte di cassazione riguarda solo l'istruzione elementare, laddove, oggi l'istruzione obbligatoria termina al diciottesimo anno di età, ed è articolata nella frequenza scolastica del ciclo elementare, della scuola media e del biennio superiore. Dopo tale periodo, lo studente può scegliere tra un corso triennale di formazione

professionale oppure la frequenza triennale di attività scolastiche fino al conseguimento del diploma di maturità. Inoltre, il genitore imputato dell'art. 731 c.p. può facilmente giustificarsi documentando di aver regolarmente iscritto il figlio a scuola, ma di non poterlo costringere alla frequenza con metodi coattivi.

Per quanto riguarda la scuola va evidenziato che molti ragazzi nelle scuole medie o nel primo biennio della scuola superiore non riescono a mantenere il ritmo di apprendimento, per cui abbandonano la frequenza o, a seguito di bocciatura, sono di fatto espulsi. È chiaro che la scuola deve essere una scuola di inclusione sociale: per dettato costituzionale non possiamo optare per una scuola selettiva. D'altronde nella realtà odierna non importa quanto si apprende, ma occorre dotare l'alunno della capacità di risolvere i problemi che quotidianamente si presentano. L'autonomia scolastica ha superato i programmi tradizionali e va valorizzata per insegnare ai ragazzi il metodo per affrontare la vita.

Sarebbe auspicabile, fin dalla scuola media, per gli alunni meno portati allo studio teorico valorizzare le attività pratiche, con l'insegnamento delle materie tecniche.

La Camera penale minorile chiede che il disegno di legge Dori, approvato dalla Camera e trasmesso al Senato, venga calendarizzato dalla Commissione Giustizia; chiede altresì che il disegno, che indubbiamente costituisce un atto positivo in quanto affronta il problema della devianza minorile, venga modificato ed integrato nei seguenti punti:

- 1) effettivo sostegno alle famiglie a rischio;
- 2) valorizzazione dell'autonomia scolastica per la costruzione di una scuola di inclusione sociale;
- 3) inserimento nei centri diurni dei minori a rischio o con condotta irregolare.

Ove mai il minore o la famiglia si oppongano, il collocamento in comunità dovrebbe costituire la sanzione.

Credo che questa sanzione sia costituzionalmente ammissibile, dal momento che la nostra Costituzione afferma all'art. 4 che tutti hanno il dovere di contribuire al progresso sociale con la loro attività, ed il contributo alla società civile può essere dato solo con lo studio o con il lavoro.

Di conseguenza il rifiuto dello studio o della formazione lavorativa non sono ammissibili nel nostro ordinamento costituzionale. La nostra Costituzione dice all'art. 38 che hanno il diritto al sostegno solo gli inabili al lavoro e gli incapaci. Di conseguenza tutti coloro che sono abili e capaci hanno il diritto-dovere di formarsi, di studiare, di lavorare. Il collocamento in comunità si pone, quindi, nel nostro progetto come *extrema ratio*, ben diverso dalla istituzionalizzazione nei riformatori giudiziari, ma rappresenta l'estremo tentativo dello Stato di recuperare i minori.

Per quanto riguarda i genitori i quali si opponessero al percorso educativo dei figli, si potrebbe ipotizzare sanzioni pecuniarie come avviene nella vicina Francia.

La giustizia predittiva: modello forte o modello debole?

ANDREA ESPOSITO

La rivoluzione digitale (*digital revolution*) ha indubbiamente cambiato la vita dell'uomo singolo e dell'intero pianeta, in quanto sono mutate tutte le possibilità e le condizioni della vita individuale e collettiva. Essa ha avuto ripercussioni sul mondo dell'economia e della finanza, delle comunicazioni, della sanità, del lavoro, della cultura e della didattica.

Naturalmente vi sono inevitabili riverberi pure sulla giustizia.

A mio avviso il problema va esaminato sotto tre aspetti.

Il primo aspetto è quello della organizzazione e delle modalità di svolgimento del lavoro.

È chiaro che la digitalizzazione ha offerto grande aiuto agli operatori della giustizia; basti pensare alla possibilità delle notifiche per via telematica, a quella di inviare istanze e richieste da remoto in luogo del deposito in cancelleria e di ottenere con lo stesso mezzo la decisione di accoglimento o di rigetto.

Il processo penale telematico, una volta pienamente attuato, consentirà dopo la emissione dell'avviso di conclusioni indagini *ex art. 415-bis c.p.p.* di esaminare dallo studio professionale l'intero fascicolo e di richiedere ed ottenere le copie. Si tratta di aspetti certamente positivi, perché riducono il lavoro degli avvocati e degli operatori, eliminano code, attese e affollamento nelle cancellerie. Tuttavia, quando si parla di giustizia predittiva non ci riferiamo allo svolgimento del lavoro, ma a qualcosa di più complesso: usare l'intelligenza artificiale per prevedere o decidere le sentenze.

Per De Mauro l'intelligenza artificiale è l'insieme di studi e tecniche che tendono alla realizzazione di macchine, in specie calcolatori elettronici, in grado di risolvere i problemi e riprodurre le attività proprie dell'intelligenza umana. I calcolatori si avvalgono dell'algoritmo, che è un sistema valido per la soluzione di un problema determinato.

Nel nostro Paese, la giustizia predittiva è studiata principalmente dalla Scuola Superiore "Sant'Anna" di Pisa, dall'Università del Salento e dalla Corte di appello di Brescia, il cui presidente ha raccolto le sentenze più significative pronunziate dagli uffici giudiziari del distretto. Più specificamente, in campo giudiziario sono possibili due modelli per l'uso dell'algoritmo: un modello forte ed un modello debole. Il primo consiste nel far decidere all'algoritmo una situazione giuridica; ad esempio, alcune Corti statunitensi ricorrono all'algoritmo per misurare il rischio di recidiva del condannato ai fini della determinazione dell'entità della pena o dell'applicazione di una misura alternativa alla detenzione. La prognosi sulla recidiva non viene, quindi, affidata alla valutazione del giudice, ma ad una macchina, secondo un *software* giudiziario elaborato e brevettato, che elabora i dati e decide.

È chiaro che una soluzione del genere in Italia non potrebbe mai avere attuazione, perché non sarebbe possibile lasciare all'elaborazione di un algoritmo la decisione di qualsiasi problema o controversia.

La prognosi sulla recidiva deve essere lasciata al prudente apprezzamento del giudice, perché il comportamento dell'uomo può essere determinato da un'infinità di circostanze variabili. D'altronde la giustizia predittiva non è compatibile neppure in relazione all'esito di un dibattito, giacché non è

possibile prevedere, nell'esercizio del diritto alla prova, l'esito dei mezzi istruttori; non è compatibile neppure con il giudizio equitativo, che deve essere conforme al caso concreto.

Va poi considerato che dietro l'algoritmo c'è sempre l'uomo e, per questa ragione, occorre che vi siano chiarezza e trasparenza sui sistemi scelti. Al riguardo, la Corte di cassazione, con ordinanza n. 14381/2021, ha evidenziato che, qualora ci si avvalga di un algoritmo per la valutazione dei dati personali, devono essere resi conoscibili lo schema esecutivo con il quale l'algoritmo si esprime e gli elementi considerati a tale fine.

Ad esempio, nel campo del lavoro dei *riders* il Consiglio dell'Unione europea in data 09/12/2021 ha proposto una Direttiva che prevede all'art. 6 l'obbligo di trasparenza dei sistemi decisionali impiegati per stabilire le condizioni di lavoro, il conferimento degli incarichi lavorativi, lo stipendio, la sicurezza, l'orario di lavoro, le promozioni e lo status occupazionale, ed all'art. 8 la revisione delle decisioni significative con il diritto dei lavoratori di discutere e chiarire fatti e ragioni, che hanno determinato la decisione assunta nei loro confronti.

In materia di giustizia in Italia, il modello forte non è praticabile, bensì è praticabile il modello debole, il quale consiste nello studio dei precedenti giurisprudenziali.

Rispetto alle raccolte cartacee precedenti, vi sono ora le raccolte informatiche che, naturalmente, hanno il pregio di essere più precise e più complete e facilmente consultabili. Quando vi era la raccolta cartacea, era sempre l'uomo che, procedendo alla ricerca, anche inconsapevolmente dava rilevanza maggiore ad alcune decisioni piuttosto che ad altre. Il problema non è eliminato dalle raccolte informatiche, perché è sempre l'uomo che opera la scelta delle decisioni.

Considerato che nel nostro ordinamento le decisioni non costituiscono precedenti obbligatori, per cui non vi è l'obbligo di *stare decisis*, ma unicamente delle linee guida per giudici, avvocati e altri operatori del diritto, vediamo come facilmente queste raccolte non vanno oltre il valore di guide, più comodamente consultabili rispetto a quelle cartacee.

In ogni caso, e in campo minorile, non potrebbe mai alcuna decisione essere presa sulla base di precedenti, in quanto lo studio della personalità di cui all'art. 9 DPR n. 448 del 1988 e la necessità di decisioni, che siano calibrate alla situazione concreta del minore e alla possibilità di recupero dello stesso, escludono qualunque possibilità di utilizzo della giustizia predittiva, se non limitata all'uso di una raccolta giurisprudenziale più moderna e più aggiornata.