

SISTEMA PENALE E TUTELA DELLE VITTIME TRA DIRITTO E GIUSTIZIA

A cura di

**Maria Francesca Cortesi, Emanuele La Rosa,
Lucia Parlato, Nicola Selvaggi**

Coord.

Roberto Flor

Edizioni

DiPLaP

Con il finanziamento del Dipartimento di Giurisprudenza ed Economia dell'Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria.

Con Il patrocinio del CERPEC – Centro di ricerca sulle misure di prevenzione e l'economia della criminalità.

Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia

a cura di

Maria Francesca Cortesi, Emanuele La Rosa, Lucia Parlato, Nicola Selvaggi
coord.

Roberto Flor



Laboratorio Permanente di Diritto Penale
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)
C.F. 97664840150
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

DIPLAP Editor

ISBN: 9788894094916



CC – 2015 - Quest'opera è stata rilasciata con licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale. Per leggere una copia della licenza visita il sito web <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.



Laboratorio Permanente di Diritto Penale
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)
C.F. 97664840150
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

*Collana **DIPLAP** 2015*

REDAZIONE

Direttore

Roberto Flor

Componenti

**Fabio Salvatore Cassibba, Giandomenico Dodaro,
Rossella Fonti, Ciro Grandi, Enrico Maria Mancuso,
Marco Pierdonati, Vico Valentini**

e-mail: redazione.diplap@gmail.com

REVISORI DELLA COLLANA DIPLAP – Sezione Studi

IUS/16: Alberto Camon, Carlo Fiorio, Giulio Garuti, Luigi Kalb, Antonella Marandola, Oliviero Mazza, Tommaso Rafaraci, Francesca Ruggieri, Gianluca Varraso

IUS/17: Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, David Brunelli, Antonio Cavaliere, Massimo Donini, Luciano Eusebi, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Vincenzo Militello, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Silvio Riondato, Rosaria Sicurella, Costantino Visconti

Gli Autori

<i>Chiara Battaglini</i>	Dottoranda in Diritti umani e diritti sociali fondamentali – Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”
<i>Maria Francesca Cortesi</i>	Associata di Diritto Processuale Penale – Università degli Studi di Cagliari
<i>Riccardo Germano</i>	Scuola di Studi Superiori “F. Rossi” – Università di Torino
<i>Emanuele La Rosa</i>	Ricercatore di Diritto Penale – Università “Mediterranea” di Reggio Calabria
<i>Marta Lamanuzzi</i>	Dottoranda in Diritto Penale– Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
<i>Francesco Parisi</i>	Ricercatore di Diritto Penale – Università degli Studi di Palermo
<i>Lucia Parlato</i>	Associata di Diritto Processuale Penale – Università degli Studi di Palermo
<i>Carmela Pezzimenti</i>	Dottoranda in Scienze giuridiche – Università degli Studi di Messina
<i>Nicola Selvaggi</i>	Associato di Diritto Penale – Università “Mediterranea” di Reggio Calabria
<i>Marcello Stellin</i>	Assegnista di Ricerca in Diritto Processuale Penale - Università di Cagliari
<i>Emanuela Strina</i>	Avvocato del Foro di Milano
<i>Marco Venturoli</i>	Assegnista di ricerca in Diritto Penale – Università degli Studi di Ferrara

I relatori sono stati selezionati mediante valutazione anonima tra coloro che hanno risposto alla *call for papers*.

INDICE

Introduzione <i>Maria Francesca Cortesi, Emanuele La Rosa, Lucia Parlato, Nicola Selvaggi</i>	7
La protezione della vittima del reato quale autonomo scopo del diritto penale <i>Marco Venturoli</i>	11
Vulnerabilità e predisposizioni vittimologiche: una politica criminale più sensibile alle vittime deboli <i>Marta Lamanuzzi</i>	31
Tra riscatto e fuga: le parole della vittima nel contraddittorio processuale <i>Riccardo Germano</i>	55
Tutela della vittima e prerogative dell'imputato nel segmento cautelare: un difficile bilanciamento <i>Marcello Stellan</i>	71
Alla ricerca della funzione non punitiva della confisca <i>Chiara Battaglini</i>	89
L'incidenza della prescrizione sulla piena tutela dei diritti fondamentali della vittima del reato <i>Carmela Pezzimenti</i>	101
I confini della <i>Restorative justice</i> nella più recente normativa europea a tutela della vittima: ragionevole attuazione di una <i>victim-centred justice</i> o inevitabile condanna al destino di Sisifo? <i>Francesco Parisi</i>	123
Vittima e decreto penale <i>Emanuela Strina</i>	139

Introduzione

Maria Francesca Cortesi

Emanuele La Rosa

Lucia Parlato

Nicola Selvaggi

Il presente Volume raccoglie gli atti del **Workshop “Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia”**, organizzato da **DiPLaP – Laboratorio permanente di diritto penale** e tenutosi presso il **Dipartimento di Giurisprudenza ed Economia dell’Università “Mediterranea” di Reggio Calabria il 22 maggio 2015**.

La vittima del reato è stata per lungo tempo “dimenticata”, tanto dal legislatore, quanto dalla riflessione penalistica.

Le ragioni di questo scarso interesse si fondano storicamente, da un lato, sulla preoccupazione di riaffermare la natura pubblicistica del reato e del processo penale, e, dall’altro, sull’avvertita necessità di garantire la più ampia tutela del colpevole e dell’incolpato.

È noto, infatti, che la marginalizzazione (se non la vera e propria estromissione) della vittima dalle dinamiche della giustizia penale è un riflesso dell’affermazione del principio della pubblicità dell’intervento penale e di quello (correlato) del monopolio statale della coercizione; visti a loro volta come limite alle aspirazioni vendicative della vittima e come strumento per una progressiva affermazione di un sistema di garanzie per il reo. Sono argomenti, ribaditi ancora di recente da W. Hassemer (*Perché punire è necessario*, Il Mulino, 2012), che li mette in correlazione con la nascita stessa del diritto penale moderno come strumento *super partes* di regolamentazione e di risoluzione del conflitto “vittima/reo”.

La situazione è profondamente mutata nell’arco dell’ultimo decennio, in cui si assiste a un rinnovato interesse nei confronti della “vittima”. A ciò contribuisce, innanzi tutto (ma non certo in via esclusiva), la crescente attenzione a essa riservata dalle fonti sovranazionali. Si pensi, per esempio, alla Direttiva 2012/29/UE, che persegue l’obiettivo di garantire alle vittime di reato informazione, assistenza e protezione adeguate e possibilità di partecipazione ai procedimenti penali.

La “riscoperta” della vittima emerge anche innanzi tutto sul terreno delle scelte di politica criminale, ove si prospettano per il nostro sistema penale, nel contempo, rischi ed opportunità.

Tra le ultime va certamente annoverata l’acquisizione della consapevolezza che un’effettiva tutela dei diritti fondamentali offesi dal reato passa anche dall’irrogazione di una pena proporzionata al fatto a quanti sia riconosciuto responsabile all’esito di un procedimento che, per essere realmente equo, non può relegare la vittima in una posizione di marginalità.

I rischi sono legati al pericolo di derive populistiche e antigarantistiche, che possono accompagnare una ristrutturazione in chiave sensazionalistico-emozionale delle politiche pubbliche di criminalizzazione (A a titolo meramente esemplificativo: “violenza di

genere”, “omicidio stradale”, “legittima difesa domiciliare”, *stalking*, reati sessuali). Non è certo un caso che l’attenzione del legislatore penale sia attratta più che dalla “vittima” in quanto tale, da talune categorie di vittime (e non sempre in ragione di una loro maggiore vulnerabilità, quanto piuttosto in considerazione della loro esposizione “mediatica”). Il fenomeno s’inserisce nel solco di una sorta di “svolta emozionale securitaria” che sembra caratterizzare alcune recenti tendenze del nostro diritto penale. In tale contesto, entra in crisi il ruolo del diritto penale come strumento di individuazione di meccanismi di “raffreddamento delle emozioni”, che consentano di condurre la produzione e la concreta applicazione della norma penale a criteri di valutazione razionalmente predeterminabili.

Sul piano processuale, l’irrobustimento del ruolo della vittima presenta all’interprete, tradizionalmente attento alle sole garanzie dell’imputato, le difficoltà di una lettura speculare, “alla rovescia”, del codice di rito, che tenga conto di un opposto punto di vista. Del resto, che molti profili di tutela dell’accusato possano/debbero essere replicati anche sul versante della persona offesa è ormai innegabile, specie alla luce delle fonti dell’Unione europea (ad esempio si pensi ai diritti di informazione e di assistenza linguistica). Tuttavia, è inevitabile che questo nuovo approccio debba essere metabolizzato e contestualizzato, se non altro perché alla presenza ingombrante della vittima nel processo può corrispondere di fatto, anche a livello mediatico, una compromissione della presunzione di innocenza. Al di là della sua difficoltosa definizione, sono svariati gli snodi procedurali che coinvolgono la vittima: ora come “accusatore privato” animato da sentimenti di rivalsa (ad es.: v. querela, strumenti di controllo dell’inazione, ricorso immediato al giudice di pace, indagini difensive), ora come soggetto bisognoso di protezione “nel” e “dal” processo (ad es.: v. testimonianza anticipata, protetta e non ripetuta, misure cautelari a tutela dell’offeso) e, altresì, come immancabile interlocutore per il successo di meccanismi di fuoriuscita del caso dal circuito processuale, ultimamente incentivati dal legislatore (ad es.: v. messa alla prova, tenuità del fatto, soluzioni conciliative e mediative, ma anche la stessa querela stavolta intesa quale strumento di deflazione).

Dinanzi a questo duplicarsi di prospettive individuali, occorre domandarsi come e sino a che punto gli interessi della vittima possano essere accolti nel processo al di là delle sue istanze di carattere civilistico: la questione, tenuta presente dalla Corte di Strasburgo, è ora emersa a livello interno su vari fronti, specie per l’impugnazione della sentenza di non luogo a procedere (v. giurisprudenza di legittimità e riforme anche *in fieri*) e per il potere di veto rispetto a percorsi processuali alternativi (v. recente giurisprudenza costituzionale sul procedimento per decreto).

Il punto più delicato tuttavia riguarda il bilanciamento tra le esigenze della vittima e le garanzie dell’accusato, potendosi l’attenzione per le prime facilmente tradurre in un *deficit* delle seconde. Al riguardo non si possono trascurare i profili inerenti alle misure cautelari a tutela dell’offeso, ma il nodo cruciale continua ad essere rappresentato dalla prova testimoniale, anche a causa di una naturale diffidenza nei confronti del dichiarante-vittima, che si ripercuote sul momento valutativo.

In questo quadro si inseriscono anche le più specifiche problematiche concernenti le “vittime vulnerabili”: a questa categoria, oggi più ampia e aperta che in passato, è dedicato un “microsistema” processuale che richiede una molteplicità di adattamenti del rito, specialmente per evitare forme di “vittimizzazione secondaria”.

In una prospettiva più generale, la principale sfida che il giurista deve affrontare è quella di contemperare questa “nuova” centralità della vittima (e quel che ne consegue in

termini di riconoscimento di ruolo e di diritti) con il sistema delle irrinunciabili garanzie dell'accusato. Una riflessione che potrebbe portare a riconsiderare, secondo rinnovate chiavi di lettura, istituti tradizionali del diritto penale sostanziale e di quello processuale, fino a condurre verso nuovi equilibri tra le posizioni dei diversi soggetti coinvolti.

Da questo punto di vista, non è per nulla scontato che opzioni politico-criminali (in senso lato) orientate a riconoscere il ruolo e le prerogative delle vittime si debbano necessariamente tradurre in una decurtazione delle garanzie per il reo. In realtà, le due prospettive – garanzie per il reo e tutela delle vittime – non si escludono vicendevolmente. È semmai possibile ripensare l'apparato della pubblica coercizione non più come un impenetrabile diaframma, bensì come un mero filtro tra i due attori del conflitto. Detto altrimenti: non è in discussione un radicale superamento della tradizionale idea di “neutralizzazione della vittima”, quanto piuttosto un affinamento della stessa.

Molte, quindi, le questioni sul tappeto; questioni che i relatori – scelti dal comitato scientifico attraverso una *call for papers* anonima – hanno affrontato in una stimolante prospettiva interdisciplinare, aperta anche al contributo delle indagini criminologiche. Ne emergono numerosi e interessanti spunti di riflessione, destinati ad arricchire il dibattito in corso su una tematica “in divenire”, tuttora rivolta verso significativi sviluppi.

LA PROTEZIONE DELLA VITTIMA DEL REATO QUALE AUTONOMO SCOPO DEL DIRITTO PENALE

Marco Venturoli

Sommario: 1. L'incessante processo di *soggettivizzazione passiva* dell'illecito penale. – 2. Le categorie privilegiate di vittime nelle recenti direttrici della politica criminale italiana. – 3. I tratti principali della fattispecie incriminatrice "vittimocentrica". – 4. La protezione della vittima tra le funzioni del diritto e della sanzione criminale. – 5. Il vittimocentrismo giurisprudenziale. Cenni. – 6. L'inattitudine del diritto penale a tutelare le persone offese dai reati. – 7. Osservazioni conclusive.

1. L'incessante processo di soggettivizzazione passiva dell'illecito penale

L'ingresso delle esigenze di protezione della vittima nell'orientamento delle scelte di politica penale, nazionale ed europea, costituisce un fenomeno oramai inarrestabile e di immediata percezione¹.

Negli ultimi decenni la vittima del reato ha visto progressivamente accrescere il suo ruolo all'interno del diritto penale e della politica criminale, come un fiume che espande il proprio alveo e la portata delle sue acque man mano che dalle sorgenti scorre verso la foce.

Ebbene, nell'ambito del diritto criminale nazionale si stanno viepiù affermando veri e propri *sottosistemi* in cui le fattispecie incriminatrici sono "plasmate" attorno al soggetto passivo del reato e alle relative caratteristiche personologiche, le quali assurgono al rango di elementi essenziali o circostanzianti dell'illecito penale: in altri termini, il reato diviene sempre più *soggettivizzato* non solo rispetto all'autore ma anche in relazione alla persona offesa², superando quella *spersonalizzazione* del soggetto passivo che caratterizzava il fatto criminoso nel tradizionale diritto penale liberale. Infatti, dal

¹ Alla "riscoperta" della vittima a livello politico criminale è corrisposta una crescente attenzione verso di essa e alle problematiche connesse al processo di valorizzazione della persona offesa dal reato anche a livello dottrinale; per esempio, e limitatamente alla letteratura italiana, v. AA.VV., *La vittima del reato, questa dimenticata*, 2001, Atti Convegni Lincei, 2001; AA.VV., *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro - C. Piemontese, Giappichelli, 2004; L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Aracne, 2012; ID, *Vittima e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1760 ss. A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1760 ss.; AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato, Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Luparia, Cedam, 2015; con un approccio prettamente filosofico-letterario, D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Nottetempo, 2014; mentre sotto un profilo storico-politico G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, Feltrinelli, 2011; e, da ultimo, sia consentito rinviare a M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, 2015.

² Cfr. S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012, 13.

confronto del codice penale del 1889 – il quale rappresenta la principale concretizzazione normativa del pensiero della Scuola classica – con quella del codice del 1930 nella sua “veste” attuale emerge subito come nel primo, a differenza del secondo, sia davvero esiguo il numero delle norme incriminatrici in cui rileva il soggetto passivo del reato in ragione del suo comportamento o delle sue peculiarità³. Già a partire dal codice Rocco, l’idea di una tutela spersonalizzata della vittima è stata sottoposta in misura sempre maggiore ad eccezioni per esigenze *egualitarie* e *solidaristiche* (per accordare una protezione penale più intensa a soggetti deboli)⁴, come pure *social-difensive* (per esempio per fronteggiare forme di criminalità grave). Sennonché, questo processo di soggettivizzazione passiva dell’illecito penale ha conosciuto la massima fortuna nell’ultimo trentennio attraverso riforme penali – talora sollecitate da fonti sovranazionali – volte a prevenire e reprimere comportamenti nuovi sempre più frequenti, connessi per esempio all’evoluzione tecnologica (ad esempio, pedopornografia on line) o alle trasformazioni nelle forme di manifestazione del crimine (per esempio, terrorismo), come pure fatti socialmente allarmanti (si pensi alla legislazione in materia di immigrazione).

È altresì significativo vedere come la valorizzazione di alcune tipologie di vittime avvenga nei medesimi ambiti in cui si assiste ad un coevo processo di *soggettivizzazione attiva* dell’illecito penale, attraverso la costruzione di particolari categorie di autori: per esempio il soggetto passivo dei reati sessuali a fronte del delinquente sessuale.

Talora, poi, la norma incriminatrice, pur non presentando elementi strutturali volti a caratterizzare direttamente la persona offesa, possiede comunque una connotazione *vittimologica*, giacché essa risulta pensata per prevenire e reprimere particolari fenomeni di vittimizzazione; e tale connotazione si manifesta nella scrittura delle fattispecie criminose in maniera distonica rispetto a taluni principi garantistici tradizionali (per esempio, la legalità nel versante della precisione, l’offensività e la colpevolezza), nonché mediante la minaccia di pene particolarmente severe⁵.

In realtà, nel codice penale il soggetto passivo del reato viene in rilievo non solo nell’ottica di apprestare una protezione più intensa a particolari categorie di vittime in ragione delle loro caratteristiche personali o delle loro precipue relazioni con l’autore, ma altresì con lo scopo di attenuare o escludere la responsabilità del reo in presenza di una “corresponsabilità” della persona offesa nella realizzazione del reato oppure di particolari rapporti tra autore e soggetto passivo (per esempio, la scriminate del consenso dell’avente diritto, l’attenuante della provocazione e le cause di non punibilità di cui all’art. 649 c.p.).

³ In merito all’evoluzione storica del ruolo della vittima nel diritto penale e nella scienza penalistica italiana v. E. VENAFFRO, *Brevi cenni introduttivi sull’evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafrò - C. Piemontese, Giappichelli, 2004, 12 e, volendo, M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., 1 ss.

⁴ A. PAGLIARO, *La rilevanza della vittima nel diritto penale sostanziale*, cit., 31 s.

⁵ Probabilmente la massima espressione di una legislazione di tale impronta si riscontra nell’art. 600 *quater*. 1. c.p. in tema di pedopornografia “virtuale”, il quale, punendo anche la mera detenzione per uso personale di immagini pedopornografiche raffiguranti non già reali soggetti di minore età, ma mere immagini di «elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali», finisce per porsi in contrasto con fondamentali principi, anche costituzionali, del diritto penale, quali il principio di offensività e lo stesso principio di materialità. Cfr. A. CADOPPI, *Presentazione della I edizione*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Cedam, 2006, XVII; G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 863 ss.; A. BERNARDI, *Rinascita e metamorfosi della difesa sociale in Italia*, in *Annali dell’Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, 2009, 50.

Senonché, quest'ultima prospettiva risulta meno privilegiata nel codice penale, e nel diritto criminale interno in generale, poiché le norme che attribuiscono rilievo al comportamento della vittima o alle sue relazioni con il reo in prospettiva "attenuatrice" della responsabilità dell'agente sono davvero in numero esiguo: la persona offesa è dunque tendenzialmente considerata quale soggetto debole, bisognoso e meritevole di protezione financo contro la propria volontà, rispetto al quale l'ordinamento viene ad assumere un funzione "tutoria" e gli spazi di riconoscimento al principio di *autoresponsabilità e autodeterminazione* della vittima sono praticamente inesistenti⁶.

Il fatto che sia preferita la prima prospettiva dimostra come l'influsso della vittimologia sulla politica criminale sia *parziale*, poiché proprio la scienza vittimologica – specie delle origini – ha messo in luce l'idea di vittima quale soggetto che non necessariamente ricopre una posizione statica, ma che talora collabora, colposamente o addirittura volontariamente, nella realizzazione del reato⁷. Sicché, la valorizzazione della vittima nella legislazione penale contemporanea avviene, come si vedrà meglio in seguito, essenzialmente in ragione di esigenze preventivo-repressive di difesa sociale, analogamente a quanto sostenuto dagli appartenenti alla Scuola positiva tra il XIX e il XX secolo⁸.

2. Le categorie privilegiate di vittime nelle recenti direttrici della politica criminale italiana

Si è sinora parlato della proliferazione, in generale, di fattispecie incriminatrici vittimocentriche, ma a onor del vero nella politica criminale recente è stata riservata particolare attenzione solo ad alcune tipologie di vittime, le quali possono essere raggruppate in tre differenti categorie.

In primo luogo, le vittime vulnerabili⁹, considerate bisognose di una protezione più intensa in ragione delle caratteristiche di debolezza che le contraddistinguono (età, sesso, condizioni di disabilità, ecc.) e che quindi le espongono ad un elevato rischio di subire fenomeni di vittimizzazione¹⁰: si possono per esempio rammentare le recenti

⁶ Cfr. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, 2003, 207.

⁷ Si fa qui riferimento, in particolare, al pensiero di H. Von Hentig e di B. Mendelsohn, considerati insieme a F. Wertham, i padri della vittimologia. V., per esempio, H. VON HENTIG, *The Criminal and his Victim. Studies in Sociology of Crime*, New Haven, 1948; B. MENDELSON, *Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: la Victimologie*, in *Rev. int. crimin. pol. tec.*, 1956, 95 ss.; ID, *La Victimologie, science actuelle*, in *Rev. dr. pén. crimin.*, 1959, 629 ss.; ID, *La Victimologie et les besoins de la société actuelle*, in *Rev. int. crim. pol. tec.*, 1973, 267 ss. Per una panoramica sull'evoluzione storica della vittimologia v. A. SAPONARO, *Vittimologia, Origine – Concetti – Tematiche*, Giuffrè, 2004; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Vittimologia*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1999, 314 ss.

⁸ In merito ad una prima "riscoperta" dello studio della vittima del reato da parte della Scuola positiva v. E. VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, cit., 13 ss.

⁹ Con riferimento alla giustizia penale europea, S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri della vittima nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di S. Allegrezza - H. Belluta - M. Gialuz, Giappichelli, 2012, 13, qualifica la vittima vulnerabile come «supervittima».

¹⁰ Viene qui evocato un concetto di vulnerabilità in senso *sogettivo*, ossia discendente da particolari caratteristiche *bio-fisiologiche* della persona (età, sesso, condizione di disabilità, orientamento sessuale, ecc.), accanto al quale si ravvisa un concetto di vulnerabilità in senso *oggettivo*, collegato alla gravità del reato (per esempio, criminalità organizzata e terrorismo).

riforme in materia di tutela penale dei minori e delle donne¹¹. Oltre che per adeguare l'ordinamento interno a fonti sovranazionali, l'attenzione verso questa tipologia di vittima avviene per stigmatizzare fatti percepiti come particolarmente allarmanti¹² e si traduce in una protezione alquanto ampia nei confronti di essa: non ci si limita infatti all'introduzione di nuove figure di reato o all'inasprimento delle pene comminate per illeciti penali già esistenti, ma si va a disciplinare in modo particolare il suo ruolo nel processo penale¹³, specie nel momento di formazione della prova, al fine di preservarla

Tuttavia, la direttiva 2012/29/UE – che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato –, seppure con riferimento precipuo al diritto processuale, utilizza l'espressione «vittime con esigenze specifiche di protezione» (art. 22), più idonea ad accordare forme di tutela più intense non solo a categorie predefinite di persone offese, mentre continua ad esprimersi in termini di «vittime particolarmente vulnerabili» in rapporto al diritto sostanziale (considerando 38); in relazione a siffatti problemi v. R. PARIZOT, *Notazioni comparate*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Luparia, Cedam, 2015, 287 ss.

Il legislatore europeo si è peraltro sempre astenuto dal fornire una definizione di vittima debole o vulnerabile, giacché sul concetto di vulnerabilità esistono posizioni differenti nelle legislazioni dei Paesi europei. Infatti, in alcuni Stati UE – come ad esempio l'Italia, il Regno Unito e la Francia – la vulnerabilità della vittima viene individuata da un punto di vista soggettivo, con riferimento alla fragilità fisica o mentale dell'offeso (ad esempio, minori ed infermi di mente); in altri Stati invece – come ad esempio la Spagna e i Paesi Bassi – vengono presi in considerazione i comportamenti atti a generare una situazione di fragilità nella vittima (per esempio, il terrorismo o la violenza domestica); in altri Stati ancora – quale ad esempio la Germania – al fine di assicurare la più ampia protezione si considera la vulnerabilità della vittima da un punto di vista tanto soggettivo quanto oggettivo (vale a dire muovendo dalle condotte che possono determinare la vulnerabilità); cfr. Cfr. S. O. VALL-LLOVERA, *Manifestaciones del derecho a la protección de la seguridad e integridad de la víctima menor*, *La víctima menor de edad*, *Un estudio comparado Europa/America*, a cura di T. ARMENTA DEU - S. O. VALL-LLOVERA, Colex, 2010, 202. Critico nei confronti della nozione di “vittima vulnerabile” è, per esempio, E. DOLCINI, *Vittime vulnerabili nell'Italia di oggi e “durata determinata del processo penale”*, in *Corr. mer.*, 2010, n. 1., 5 ss., secondo cui si tratta di una nozione incerta e quindi di facile manipolazione analogamente al concetto di sicurezza pubblica; in senso analogo L. CORNACCHIA, *Vittima e giustizia criminale*, cit., 1778.

¹¹ Esempi di riforme legislative ascrivibili a questo filone sono la l. 15 febbraio 1996, n. 66, in materia di reati sessuali, la l. 3 agosto 1998, n. 269, e la l. 6 febbraio 2006 n. 38, in materia di sfruttamento della prostituzione e pedopornografia, la l. 11 agosto 2003, n. 228, in materia di tratta degli esseri umani e di sicurezza pubblica, la l. 23 aprile 2009, n. 38, in materia di violenza sessuale e atti persecutori, la l. 1 ottobre 2012, n. 172, in materia di protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, nonché il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119, in materia di sicurezza e di contrasto alla violenza di genere. È però necessario puntualizzare che solamente in anni recenti i minori e le donne sono stati considerati dal legislatore penale quali vittime deboli in quanto tali. Difatti, nell'impianto originario del codice Rocco il minore non era ritenuto un soggetto debole *tout court*, portatore di diritti fondamentali propri, ma un soggetto debole all'interno della famiglia (cfr. M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Giappichelli, 2008, 28), e il sesso femminile non era valutato come un elemento di maggior predisposizione vittimogena, ma viceversa come un fattore che giustificava una tutela penale meno intensa rispetto a quella accordata al soggetto di sesso maschile (si pensi all'adulterio femminile e alla causa d'onore); in argomento v. F. BASILE, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2013; A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2005, 851 ss.

¹² Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittima e giustizia criminale*, cit., 1778, il quale osserva che «la vulnerabilità della vittima è spesso divenuta il presupposto delle nuove politiche punitive per la sicurezza (rivolte alla collettività, spesso sfruttando ondate di indignazione, registrate e non di rado studiatamente provocate dai mass-media) e del neo-paternalismo penale nei confronti delle vittime stesse».

¹³ Sul ruolo della persona offesa vulnerabile nel processo penale italiano v. H. BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Luparia, Cedam, 2015, 258 ss.

da fenomeni di vittimizzazione secondaria, e ancora, sebbene più raramente nella realtà italiana, accordandole misure di protezione a carattere amministrativo.

In secondo luogo, le vittime dei fatti che destano il maggior allarme sociale, le quali possono coincidere o meno con le persone offese vulnerabili. I reati in questione destano preoccupazione tra i consociati poiché sono idonei a verificarsi a danno di chicchessia: i cittadini, sentendosi vittime potenziali dei fatti in oggetto, avanzano verso lo Stato una domanda di sicurezza, cui quest'ultimo risponde con lo strumento penale, il quale produce un immediato effetto rassicurante¹⁴. E proprio sotto tale aspetto emerge una stretta *interrelazione* tra le scelte di politica criminale e l'immagine che della vittima trapela dai mezzi di informazione: infatti questa categoria di persona offesa dal reato è quella maggiormente oggetto di attenzione da parte dei mass media; di talché, è la vittima potenziale medesima a tracciare la "rotta" del legislatore penale¹⁵.

In terzo luogo, si possono ricordare le vittime *storicamente particolari*, come quelle della *Shoa* o in generale dei crimini contro l'umanità e di guerra, che sono destinatarie di attenzione da parte dei legislatori sia sovranazionali sia interni, come, per esempio, dimostrato dalla tendenza viepiù diffusa ad incriminare le dichiarazioni negazioniste dell'olocausto degli ebrei.

Al contrario, altre categorie di vittime sono in un certo senso tuttora "dimenticate" (per esempio quelle dei reati economici e della tortura), poiché non sono destinatarie della medesima attenzione a livello politico-legislativo. Anche qui affiora l'attitudine delle richieste della collettività ad orientare gli indirizzi del legislatore penale: infatti, rispetto a certi accadimenti sono i cittadini stessi a non avvertire – complice talora il disinteresse dei mass media – il disvalore dei fatti commessi a danno di queste categorie di vittime e, di conseguenza, a non avanzare nei confronti dello Stato una richiesta di penalità analoga a quella sostenuta con riferimento agli accadimenti socialmente allarmanti.

Il Parlamento viene quindi ad utilizzare lo strumento penale in misura direttamente proporzionale all'opportunità politica esistente, in termini di capacità di catalizzazione di consensi, anche a costo di disattendere ad obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale¹⁶: si pensi al riguardo alla fattispecie incriminatrice di tortura, tuttora inesistente nel nostro ordinamento, sebbene l'Italia abbia ratificato e resa esecutiva la Convenzione Onu contro la tortura ed altre pene inumane e degradanti adottata

¹⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *La bilancia e la misura – giustizia sicurezza riforme*, a cura di S. ANASTASIA – M. PALMA, F. Angeli, 2001, 121, il quale osserva puntualmente che «la ricerca attraverso il diritto penale di una risposta immediata a problemi molto sentiti dai cittadini (si pensi, ancora, ai fenomeni degenerativi della vita politico-amministrativa o alla stessa cosiddetta criminalità *diffusa*) potrebbe dar luogo all'attenuarsi della sensibilità sociale per gli aspetti garantistici e in genere per il carattere di umanità delle strategie preventive, offrendo nuove coperture per un'utilizzazione di fatto *simbolica* delle pene».

¹⁵ In merito all'influenza che i mezzi di informazione possono avere nell'orientamento delle scelte di politica criminale si può ricordare il saggio di F. ZIMRING, *The Contradictions of American Capital Punishment*, Oxford University Press, 2003 (trad. it. *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, Il Mulino, 2009), in cui l'A. sottolinea il ruolo che la stampa ha ricoperto verso il ripristino della pena di morte negli Stati Uniti, dopo la moratoria avutasi tra il 1967 e il 1977.

¹⁶ Sottolinea in maniera efficace l'opportunità per le forze politiche di percorrere la strada delle vittime, giacché queste ultime sono in grado di "catturare la simpatia" dei consociati, A. PUGIOTTO, *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di F. Corleone – A. Pugiotto, Ediesse, 2012, 174: «è più semplice identificarsi con le vittime e le loro famiglie piuttosto che con imputati normalmente colpevoli di delitti efferati».

dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 e sia entrata in vigore il 27 giugno 1988¹⁷; senza contare poi che l'unico obbligo di incriminazione costituzionalmente espresso concerne proprio la tortura¹⁸.

Orbene, il diritto penale "vittimocentrico" risulta intriso di istanze emotive provenienti dai cittadini e il frutto di decisioni strumentali dei partiti politici, i quali – come si sa – sono i principali fautori delle scelte di incriminazione e della determinazione dei contenuti di queste ultime. E giacché questa tendenza sembra essere oggidi dominante, si può affermare che in via generale il processo di penalizzazione – ma anche di prevenzione extrapenale della criminalità¹⁹ – avvenga essenzialmente in funzione della protezione di talune tipologie di vittime²⁰.

"Restituendo la parola" alla persona offesa dal reato, il diritto penale risulta esposto al rischio di derive irrazionali, dettate dall'emotività del momento, inidonee a contenere il bisogno di punizione della vittima²¹.

3. I tratti principali della fattispecie incriminatrice "vittimocentrica"

Dopo essersi soffermati sulla *ratio* della politica penale vittimocentrica, è giunto il momento di prendere in esame le caratteristiche della norma incriminatrice che risulta prodotta da tale tendenza legislativa.

Ebbene, a parere di chi scrive, sono quattro i tratti peculiari della fattispecie criminosa *vittimologicamente orientata*.

a) Innanzitutto si riscontra una marcata connotazione "empirico-fattuale" degli elementi essenziali o circostanzianti costruiti attorno alla figura della vittima delle fattispecie in oggetto²². Al riguardo si possono ricordare, a titolo esemplificativo, le espressioni, oltremodo generiche e vaghe, "*persona comunque convivente*", di cui all'art. 572 c.p. come modificato dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172, e "*relazione affettiva*" tra autore e vittima, di cui al n. 5 *quater* dell'art. 609 *ter* c.p., aggiunto dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito nella l. 15 ottobre 2013, n. 119; e ancora la nozione di "atto sessuale" prevista all'art. 609 *bis* c.p.

¹⁷ L'inadeguatezza della normativa penale italiana per la repressione dei fatti di tortura è stata peraltro messa in evidenza dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, ric. n. 6884/11, con la quale il giudice di Strasburgo ha condannato l'Italia per le violenze poste in essere dalle forze di polizia del nostro Paese durante le manifestazioni contro il G8 di Genova del 2001; sul punto v. F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2015.

¹⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2014, 6.

¹⁹ In merito all'attuale prevalenza di modelli vittimocentrici pure nelle forme preventive di natura extrapenale v. T. PITCH, *La società della prevenzione*, Carocci, 2008, 119.

²⁰ V. M. RONCO, *Il reato come rischio sociale*, in *Archivio pen.*, 2015, 7: «Tutto viene compiuto in funzione della protezione della vittima. E siccome ciascuno di noi è una vittima potenziale dei rischi indotti dalle varie modalità della vita contemporanea, la ripenalizzazione diventa onnipervadente».

²¹ Sui rischi connessi al superamento della neutralizzazione della vittima nel diritto penale cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, 80; V. MANES, *Il giudice nel labirinto, Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 117.

²² Cfr. F. CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà sessuale del minore (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2013, 797.

Ebbene, se la volontà di “plasmare” la norma penale sul dato empirico è da un lato apprezzabile poiché consente di adeguare le fattispecie incriminatrici alle evoluzioni dei fenomeni criminosi, dall’altro lato comporta il rischio (ormai più volte verificatosi quando il legislatore ha utilizzato tali criteri nella scrittura delle norme penali) di configurare gli elementi strutturali in maniera eccessivamente ampia, con la conseguenza di rendere le norme deboli sotto il profilo della determinatezza²³; il che poi agevola quell’azione di produzione normativa giurisprudenziale oggi viepiù frequente proprio per ragioni di protezione delle vittime e di giustizia sostanziale²⁴.

b) In secondo luogo, nella norma incriminatrice vittimocentrica il bene giuridico protetto perde la sua originaria funzione garantistica di selezione dei comportamenti bisognosi e meritevoli di tutela penale²⁵. Invero, per un verso si assiste ad una viepiù marcata “soggettivizzazione” e “concretizzazione” dell’oggettività giuridica tutelata, poiché il reato viene considerato quale lesione a vittime individuali portatrici di precisi interessi. Si supera così quel processo – connesso alla nascita del concetto di bene giuridico – di pubblicizzazione e oggettivizzazione degli interessi protetti dalle norme penali, il quale aveva contribuito alla marginalizzazione della vittima nel diritto criminale²⁶: difatti, nella concezione tradizionale del diritto penale la sofferenza della vittima individuale era assorbita nell’interesse pubblico tutelato dalla norma penale²⁷. Per altro verso, prolifera l’uso di beni giuridici vaghi e scarsamente afferrabili, i quali ben si prestano alla loro manipolazione e alla configurazione di norme incriminatrici scarsamente rispettose dei principi garantistici in ragione di obiettivi securitari. Si possono per esempio ricordare la dignità umana e la sicurezza collettiva²⁸, che costituiscono concetti oggi abusati, beni giuridici “contenitori” legittimanti eterogenee scelte di incriminazione vittimologicamente orientate, rispetto alle quali sono difficilmente

²³ Una situazione analoga si è verificata rispetto all’art. 416 bis c.p., norma – come si sa – fondata su di un substrato di tipo sociologico.

²⁴ Ciò si è manifestato in misura particolarmente evidente in riferimento alla nozione di «atto sessuale» di cui all’art. 609 bis c.p., comprensiva – secondo la giurisprudenza prevalente – di «tutti gli atti indirizzati verso zone erogene se idonei a compromettere la libera determinazione della sessualità del soggetto passivo» (Cass., 2 maggio 2000, n. 41, in *Rep. Giur. it.*, 2000, 4157); e quindi azioni, anche tra loro molto diverse, potranno integrare la condotta descritta alla disposizione in oggetto (dalla congiunzione carnale fino al bacio sulla guancia, passando per palpeggiamenti sulle parti intime). Critici verso tale nozione onnicomprensiva e verso le interpretazioni soggettivistiche della giurisprudenza sono, per esempio, A. CADOPPI, “Un bacio è solo un bacio”. *Alla ricerca di una appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *Ind. pen.*, 2012, 39, e F. COPPI, *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di F. Coppi, II ed., Giappichelli, 2007, 9, secondo cui «sembra effettivamente difficile disconoscere che una differenza notevole corra tra il fatto di chi tocchi fugacemente una parte erogena del corpo altrui e il fatto di chi con violenza penetri con il proprio organo sessuale nel corpo altrui».

²⁵ Sul tema cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Studi in onore di Renato dell’Andro*, Milano, 1994, 204 ss.

²⁶ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 80.

²⁷ Cfr. L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo*, cit., 66.

²⁸ Si fa qui riferimento ad un concetto di sicurezza di natura “privatistica” in contrapposizione a una idea “pubblicistica” di sicurezza, di impronta tipicamente liberale, in base alla quale essa rappresenta il fine che giustifica limiti ai diritti di libertà, come pure ad un’ulteriore accezione privatistica di sicurezza quale limite garantistico ai pubblici poteri; v., in argomento, A. BERNARDI, *Il proteiforme concetto di sicurezza: riflessi in ambito penale*, in *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di facoltà*, a cura di L. Desanti - P. Ferretti - A.D. Manfredini, Giuffrè, 2009, 1 ss.

individuabili oggettività giuridiche più specifiche²⁹. Pertanto, il riferimento a beni giuridici siffatti costituisce talora un *escamotage* per proteggere i sentimenti delle vittime, i quali non potrebbero costituire oggetto di protezione penale: invero, «*il diritto penale non tutela i meri sentimenti*» (...) non obiettivizzati in situazioni sociali, in interessi, in beni giuridici più definiti della percezione soggettiva»³⁰. In più, la genericità degli interessi in questione consente al legislatore di graduare facilmente l'intensità della tutela penale a seconda del titolare di essi, e, quindi, della tipologia di vittima, agevolando così la configurazione di persone offese privilegiate³¹.

Senza contare poi che, per esempio, la dignità umana è stata più volte invocata, in ambito sia interno sia sovranazionale, come *limite* all'intervento penale; e quindi in una prospettiva *opposta* rispetto a quella fatta propria dal legislatore nelle scelte incriminatrici qui considerate³².

c) In terzo luogo, con riferimento alle funzioni del diritto e della sanzione criminale, tali norme tendono ad essere "dominate" dalla *generalprevenzione* nella sua dimensione tanto *negativa* quanto *positiva*. Esse infatti sono caratterizzate da un rigorismo sanzionatorio, diretto a intimidire i consociati e quindi a distoglierli dal commettere i fatti incriminati, nonché a promuovere l'affermazione dei valori protetti dalla norma e minacciati dai comportamenti in quest'ultima vietati.

Esiste talora una stretta correlazione tra la tipologia dei beni a vocazione vittimologica e la funzione generalpreventiva del diritto e della sanzione penale. Da un lato, per esempio, la prevenzione generale negativa è legata a doppio filo col "vittimocentrico" bene della sicurezza collettiva, considerato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo un diritto fondamentale dei cittadini-vittime potenziali, il cui godimento

²⁹ Cfr., in relazione alla dignità umana, G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 558, il quale osserva altresì che «Sia il contenuto vago, sia la carica emozionale del topos della dignità recano, dunque, un rischio: cioè che esso si presti con eccessiva precipitazione e con soverchio automatismo a fungere da bene-ricettacolo delle reazioni di panico morale da cui veniamo sopraffatti di fronte alle nuove e sorprendenti chances di intervento manipolativo consentite dall'evoluzione della genetica e delle biotecnologie. Senonché, come abbiamo più volte osservato, l'atteggiamento emotivo di rifiuto non è ancora una ragione sufficiente agli occhi del penalista liberale per legittimare divieti legali».

³⁰ M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Laicità, valori e diritto penale, The Moral Limits of the Criminal Law, in ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, 2010, 93. Tale aspetto risulta particolarmente evidente nelle norme penali in materia di negazionismo e revisionismo, giacché esse sono anzitutto dirette a soddisfare i bisogni di ricordo e di verità storica delle vittime; in materia di incriminazione del negazionismo v., per tutti, l'ampia trattazione di E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, 2012.

³¹ Si può al riguardo ricordare il pensiero di A. BERISTAIN IPIÑA, *Desde la victimología de mínimos hacia la victimología de máximos*, in *Cuadernos de política criminal*, 2005, 255 ss., che riconosce nelle vittime del terrorismo una dignità umana particolare.

³² Possono al riguardo essere ricordate la sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, *El Dridi*, che ha dichiarato il reato di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato incompatibile con la c.d. direttiva rimpatri, sulla base, tra l'altro, del principio del rispetto della dignità umana; nonché, la sentenza della Corte di Cassazione, *Cass. civ.*, sez. I, 4-16 ottobre 2007, n. 21748, sul caso *Englaro*, che ha riconosciuto la dignità umana come fondamento della tutela dell'autonomia della persona nella scelta dell'interruzione di trattamenti salva-vita.

deve essere garantito dagli Stati³³. Infatti, le norme penali poste a presidio di questo “diritto fondamentale” sono di regola corredate da sanzioni particolarmente severe, come pure da significative deroghe alle garanzie del vecchio diritto penale liberale, al fine di meglio assicurare la prevenzione dei fatti incriminati (per esempio, in materia di terrorismo, criminalità organizzata e immigrazione irregolare)³⁴.

Dall’altro lato, la dimensione promozionale della pena appare spesso affiancata al bene della dignità umana: infatti in taluni ambiti le norme penali sono adottate col l’intento di “educare” i consociati al rispetto della dignità umana di particolari categorie di soggetti. Si tratta di una prospettiva particolarmente evidente nelle norme penali, sempre più diffuse nel panorama legislativo internazionale, dirette a reprimere le dichiarazioni discriminatorie sulla base dell’orientamento sessuale della vittima e che vengono considerate una forma di educazione rivolta alla collettività³⁵. Sennonché, le condotte discriminatorie omofobiche sono sovente il frutto di pregiudizi profondamente radicati nel modo di pensare comune, tant’è che – secondo alcune indagini empiriche – sono le stesse vittime omosessuali a non rendersi conto del disvalore del comportamento discriminante subito³⁶.

Viene sopravvalutata la capacità del diritto penale, a cui viene assegnato l’arduo compito di rimuovere i suddetti pregiudizi; questi ultimi infatti ben difficilmente potranno essere sradicati attraverso la minaccia di una pena e richiederebbero, invece, ponderate politiche preventive ed educative di natura sociale: sicché la norma penale vittimocentrica viene talora a rappresentare il frutto dell’incapacità dello Stato a fronteggiare particolari fenomeni mediante strumenti di natura extrapenale³⁷.

Bisogna altresì evidenziare come le succitate ragioni generalpreventive inducano alle volte il legislatore a comminare sanzione talmente severa da superare quei limiti di proporzione che dovrebbero accompagnare l’idea retributiva della sanzione (si pensi, per esempio, alla pena prevista per talune ipotesi aggravate dei maltrattamenti in famiglia che supera, a seguito della novella del 2013, la sanzione edittale massima dell’omicidio

³³ Sul tema del diritto fondamentale alla sicurezza nella giurisprudenza di Strasburgo v., *amplius*, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, 2012, 52 ss., il quale (53) osserva che «Secondo i giudici di Strasburgo, insomma, è il diritto fondamentale alla sicurezza e alla prevenzione (*Menschenrecht auf Sicherheit*) dei cittadini-potenziali vittime, a radicare il dovere fondamentale degli Stati di tranquillizzare-prevenire-proteggere (*grundrechtliches Schutzpflicht*), a ciò funzionalizzando le strategie politiche criminali, le attività investigative e l’interpretazione del quadro normativo positivizzato: solo la punizione effettiva del reo, infatti, sembra capace di ricomporre il “cerchio della fiducia” (*Rund-um-Vertrauens*) e ristabilire una sensazione di sicurezza».

³⁴ Circa la stretta relazione tra politiche penali securitarie e convinzione della capacità dissuasiva dello strumento penale e in particolare della pena carceraria v. F. PALAZZO, *Sécurité urbaine et immigration: illusions et réalité de la répression pénale*, in *Cahiers de defense sociale*, 2003, 216.

³⁵ In argomento v., seppure con posizioni differenti sul tema, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, Note a margine di alcune recenti Proposte di legge, in *Riv. it. dir. it. proc. pen.*, 2011, 24 ss.; L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre, I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2013.

³⁶ Cfr. M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L’abominevole diritto, gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, 2011, 110.

³⁷ Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittima e giustizia criminale*, cit., 1771.

preterintenzionale³⁸, nonché alla sanzione comminata per il sequestro di persona a scopo di estorsione rispetto alla pena stabilita per l'omicidio comune doloso semplice)³⁹.

La norma incriminatrice vittimocentrica, con il suo rigore sanzionatorio specie rispetto ai fatti socialmente allarmanti, mira in ultima istanza ad un obiettivo di *stabilizzazione sociale* (c.d. prevenzione generale integratrice)⁴⁰: il cittadino dovrebbe infatti risultare rassicurato dalla notizia dell'intervento penale⁴¹ e fiducioso nei confronti dello Stato che mostra "il pugno di ferro" verso la criminalità più preoccupante.

Per converso, la legislazione penale vittimologicamente orientata è quasi sempre dimentica della funzione di risocializzazione che la nostra Costituzione assegna alla pena⁴². Ciò rappresenta il frutto dell'idea diffusa che ritiene inconciliabile l'esigenza di tutela della persona offesa con la funzione rieducativa della sanzione penale. Gli stessi mass media pongono di regola in risalto la vittima del reato e le rispettive esigenze per mettere sotto accusa un sistema giudicato troppo indulgente e il fallimento di un apparato sanzionatorio diretto alla risocializzazione del condannato e alla deflazione carceraria (si pensi alle notizie di reati commessi da soggetti durante l'esecuzione di misure alternative alla detenzione).

In realtà, proprio la combinazione tra strumenti di natura riparativa e istituti ispirati alla prevenzione speciale positiva costituisce la principale dimostrazione dell'infondatezza della succitata idea (si pensi, per esempio, alla subordinazione della concessione della sospensione condizionale della pena c.d. *breve* al risarcimento del danno da parte dell'autore ovvero alla concessione della liberazione condizionale subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato, «salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle»; e, ancora, al verbale di affidamento in prova ai servizi sociali che deve contenere prescrizioni volte a far sì che

³⁸ Tale sproporzione è stata messa in luce E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di 'femminicidio'*, 7.

³⁹ In merito all'incapacità della retribuzione a contenere la prevenzione generale e quindi a controllare il rapporto di proporzione tra reati e pene cfr. M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2015, 3; L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1167.

⁴⁰ A. BARATTA, *La teoria della prevenzione integrazione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 5 ss. mette in evidenza i rischi di questa teoria; in senso analogo v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2013, 19,

⁴¹ Operazione che risulta peraltro agevolata dall'ampio spazio dedicato dai mezzi di comunicazione di massa agli interventi diretti all'espansione dell'area del penalmente rilevante; in argomento v., diffusamente, *La televisione del crimine*, a cura di G. Forti – M. Bertolino, V&P, 2005.

⁴² Per esempio, la legge che ha introdotto il reato di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.) ha del tutto trascurato il fatto che lo *stalker* è quasi sempre affetto da problemi psico-relazionali e, in taluni casi, da vere e proprie malattie mentali. Una debita considerazione di questo fatto avrebbe indotto il legislatore a prevedere una misura terapeutica in luogo della pena carceraria o comunque strumenti di sostegno per l'autore (v. A. MANNA, *Il nuovo delitto di «atti persecutori»*, in *Scritti in onore di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra - F. Dassano, Esi, 2010, 486). Altro esempio si può ravvisare nel recente d.l., 93/2013 (convertito dalla l. 119/2013), il quale non contiene un minimo accenno alla predisposizione di percorsi rieducativi *ad hoc* per gli autori dei reati di violenza di *genere*. Al contrario, la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011 – alla cui attuazione il decreto in oggetto provvedeva – stabilisce, all'art. 16, «programmi rivolti agli autori di atti di violenza domestica, per incoraggiarli ad adottare comportamenti non violenti nelle relazioni interpersonali, al fine di prevenire nuove violenze e modificare i modelli comportamentali violenti» e i «programmi di trattamento per prevenire la recidiva».

l'affidato si adoperi in quanto possibile a favore della vittima e quindi anche per la riparazione del danno)⁴³.

La risocializzazione risulta peraltro pienamente valorizzata nella *restorative justice*, ossia in quel modello *dialogico* di giustizia diretto in prima battuta alla riparazione del pregiudizio subito dalla vittima a causa del reato⁴⁴: in essa infatti sono annoverabili strumenti riparativi nel contempo idonei al soddisfacimento dei bisogni della vittima e al recupero sociale dell'autore del reato⁴⁵.

d) In ultimo, la norma penale vittimocentrica ricopre sovente una funzione meramente *simbolica*, vale a dire di mera rassicurazione sociale⁴⁶: essa quindi si rivela in concreto inutile e inefficace⁴⁷.

Difatti, le riforme vittimologicamente orientate dell'ultimo lustro si sono spesso limitate a "ratificare" soluzioni cui la giurisprudenza era già da tempo approdata nelle sue pronunce⁴⁸ oppure sono state presentate con una "etichettatura" non corrispondente al loro reale contenuto.

Con il riferimento al primo aspetto, si può qui ricordare l. 172/2012, che ha riformulato la fattispecie di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), prevedendo quale soggetto passivo, accanto alla *persona della famiglia*, la *persona comunque convivente*. Tuttavia, già da tempo, in forza di una interpretazione *evolutiva* della norma, nella giurisprudenza della Suprema Corte v'è stata l'equiparazione tra familiare e soggetto

⁴³ In argomento v. M. SCOLETTA, *Il risarcimento del danno da reato nel sistema penale italiano a fronte dei vincoli europei*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Luparia, Cedam, 2015, 314 ss.

⁴⁴ Sulla giustizia ripartivo-conciliativa, in una letteratura oramai amplissima, si veda, per tutti e limitatamente ai contributi italiani, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada, Uno studio comparato su giustizia ripartiva e mediazione penale*, Giuffrè, 2003; A. CERETTI, G. MANNOZZI, *Sfide: la giustizia ripartiva*, *Omicron/29*, novembre/dicembre 2000, 4 ss.; C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria dignitosa del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari. Quaderni Dipartimento di scienze giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore*, n. 2, 2010, 99 ss.

⁴⁵ Cfr. G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di G. De Francesco - E. Venafro, Giappichelli, 2002, 139; A. MANNA, *La vittima del reato: «à la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Giuffrè, 2006, 1015; L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 121: «L'orientamento alla risocializzazione non esige tanto una pena che (terapeuticamente) risocializzi, quanto che l'intervento punitivo, da un lato, implichi il minor possibile sacrificio dei diritti essenziali all'inserimento sociale di ciascun individuo e, dall'altro, assuma preferibilmente modalità significative sotto il profilo dei valori di solidarietà sociale (ciò vale soprattutto per le pene-prestazione o risarcitorie, ma in certa misura anche per la privazione di diritti, che dovrebbe assumere un legame riconoscibile con la tutela del bene aggredito e non risultare puramente vessatoria)»; sottolinea efficacemente l'idoneità risocializzativa per il condannato degli strumenti annoverabili nella *restorative justice* anche F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2012, 5.

⁴⁶ Sulla legislazione penale simbolica e sui suoi molteplici significati v. C. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 431 ss.; S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2003, 491 ss.

⁴⁷ V. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 115, il quale efficacemente evidenzia come il diritto penale simbolico «figlio dell'idea di scopo, si converte in un diritto senza scopo».

⁴⁸ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Giappichelli, 2014, 90 ss., puntualizza come anche nei sistemi di *civil law* già da tempo le fattispecie penali abbiano sovente un'origine *giurisprudenziale*.

convivente ai fini della sussistenza del delitto in questione⁴⁹. E, ancora, la medesima legge ha inserito una nuova circostanza aggravante, al n. 11 *quinquies* dell'art. 61 c.p., per il caso in cui delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale, nonché il delitto di maltrattamenti, vengano commessi «*in presenza o in danno (...) di persona in stato di gravidanza*».

Ebbene, la gravidanza senza dubbio determina nella donna una maggiore vulnerabilità dal punto di vista psico-fisico, anche se la previsione di una circostanza aggravante *ad hoc* appare inutile, stante che la condizione di gravidanza della persona offesa può pacificamente determinare un inasprimento della pena già in forza dell'aggravante della c.d. minorata difesa, di cui al n. 5 dell'art. 61 c.p.: quest'ultima, infatti, in base all'interpretazione del Supremo Collegio, deve trovare applicazione, «per il solo fatto, oggettivamente considerato, della ricorrenza di condizioni utili a facilitare il compimento dell'azione criminosa, a nulla rilevando che dette condizioni siano maturate occasionalmente o indipendentemente dall'azione del reo»⁵⁰.

Ad ogni modo, interventi siffatti, se per un verso risultano concretamente superflui, per altro verso possono essere salutati con un certo favore poiché – riaffermando il principio di legalità sul versante della precisione – arginano il rischio di una dilatazione applicativa delle norme penali per ragioni di giustizia materiale⁵¹.

Quanto al secondo aspetto, esso risulta evidente nel d.l. 93/2013, il quale è stato presentato dalle forze politiche e dai mass media come lo strumento diretto a contrastare il *femminicidio*⁵². Ma, in realtà, nelle disposizioni del testo normativo in questione non

⁴⁹ V., per esempio, Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2001, n. 36576, secondo cui «deve ritenersi responsabile del reato di maltrattamenti in famiglia, previsto e punito dall'art. 572 c.p., colui che risulti aver percosso e vessato moralmente la convivente. Sono da considerarsi membri della famiglia, tutelati dall'art. 572 c.p., anche i componenti della famiglia di fatto, fondata cioè sulla volontà di vivere insieme, di avere figli, di avere beni comuni, di dar vita, cioè, ad un nucleo stabile e duraturo». In tale prospettiva v., altresì tra le tante, Cass., Sez. III, 8 novembre 2005, n. 44262. Prima della riforma in oggetto il reato in questione veniva applicato pure nell'ambito di relazioni affettive tra soggetti non conviventi; v., per esempio, Cass., sez. V, 30 giugno 2010, n. 24688, secondo cui «il delitto di maltrattamenti in famiglia è configurabile anche in danno di una persona legata all'autore della condotta da una relazione sentimentale, che abbia comportato un'assidua frequentazione della di lei abitazione, trattandosi di un rapporto abituale tale da far sorgere sentimenti di umana solidarietà e di doveri di assistenza morale e materiale». In merito alle problematiche insorte all'indomani della riforma del 2012 – la quale, come si è visto, ha utilizzato l'espressione «*persone comunque conviventi*» – circa l'applicabilità della fattispecie *de qua* ai casi in cui tra autore e vittima non vi sia un rapporto di coabitazione v. F. CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà sessuale del minore (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2013, 961; G. PAVICH, *Luci e ombre del "nuovo volto" del delitto di maltrattamenti*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2012, 4.

⁵⁰ Cass., Sez. II, 8 luglio 2004, n. 230244, fattispecie relativa ad omicidio commesso nei confronti di una donna all'ottavo mese di gravidanza.

⁵¹ Su tale orientamento dei giudici penale v., con accenti critici, E. DOLCINI, *Leggi penali "ad personam", riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, il quale parla di «tendenze giurisprudenziali a "spremere" il massimo di punibilità delle norme penali», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 52.

⁵² Nella premessa al decreto si infatti legge che «il susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato rendono necessari interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti, introducendo, in determinati casi, misure di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni altra vittima di violenza domestica». In ordine alla pubblicizzazione del decreto nella stampa v., per esempio, <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/10/11/violenza-contro-donne-si-scrive-decreto-femminicidio-ma-e->

v'è alcuna traccia di femminicidio⁵³: difatti, non è stata introdotta nessuna fattispecie o aggravante specifica per l'uccisione di un soggetto passivo di sesso femminile *tout court*, ma sono state previste solamente alcune circostanze aggravanti a protezione del minore o della donna in stato di gravidanza, nonché si è preceduto a ridefinire il perimetro del delitto di atti persecutori e il relativo regime di procedibilità⁵⁴. Inoltre, proprio il testo in questione può essere utilizzato a dimostrazione dell'inefficacia di una legislazione di impronta vittimocentrica così concepita, giacché dopo l'entrata in vigore della legge in questione il numero degli omicidi commessi a danno di donne, in ragione della loro identità di genere, sembrerebbe essere addirittura aumentato⁵⁵.

4. La protezione della vittima tra le funzioni del diritto e della sanzione criminale

La tutela della persona offesa dal reato viene vieppiù di frequente considerata quale *autonoma funzione*⁵⁶ accanto a quelle tradizionalmente assegnate alla sanzione penale, che peraltro – come si è visto – vengono oggidi “piegate” in ragione delle esigenze di protezione della vittima⁵⁷. La pena verrebbe così ad acquistare il compito precipuo di “risocializzazione” dell'offeso⁵⁸, il quale avrebbe subito un processo di “desocializzazione” a causa del reato.

[legge-omnibus/740552/](http://www.repubblica.it/politica/2014/03/08/news/violenza_di_genere_e_8_marzo_177_femminicidi_nel_2013_oggi_altri_tre_allarme_alfano_calano_gli_omicidi_ma_non_quelli_con-80551475/). Sulla riforma in questione v., G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2013.

⁵³ Il termine *femminicidio* – dallo spagnolo “femicidio” o “feminicidio” – evoca quei casi di omicidi commessi a danno di donne in ragione della loro identità di genere.

Anche secondo S. ALLEGREZZA - S. MARTELLI, *Violenza domestica e sistema italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato, Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Luparia, Milano, 2015, 210, «L'intitolazione della legge è però fuorviante».

⁵⁴ Si tenga peraltro conto che in nessuna delle norme della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011, ratificata dall'Italia e a cui il decreto in oggetto sicuramente si ispirava, è prevista l'introduzione della fattispecie di femminicidio o di una circostanza aggravante per l'omicidio commesso a danno di una donna. Per un quadro d'insieme sul contenuto della Convenzione di Istanbul v., per esempio, S. MARTELLI, *Le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Luparia, Milano, 2015, 38 ss.

⁵⁵

http://www.repubblica.it/politica/2014/03/08/news/violenza_di_genere_e_8_marzo_177_femminicidi_nel_2013_oggi_altri_tre_allarme_alfano_calano_gli_omicidi_ma_non_quelli_con-80551475/. Sulla inidoneità dello strumento penale a prevenire i reati contro le donne v. P. DONADI, *I crimini contro le donne e la legge sul femminicidio*, in *Sociologia dir.*, 2015, 103 ss.

⁵⁶ In argomento cfr., I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal, Del olvido al reconocimiento*, Comares, 2006, 4 ss.; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Doctrines Regarding “The Fight Against Impunity” and “The Victim’s Right for the Perpetrator to be punished”*, in *Pace Law Review*, 2008, 866, il quale parla di «prevenzione dell'impunità» come scopo del diritto penale, accanto al «diritto della vittima alla punizione dell'autore».

⁵⁷ Sulla rilettura delle funzioni della pena in prospettiva vittimologica v. L. CORNACCHIA, *Vittima e giustizia criminale*, cit., 1782 s.; e, volendo, M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., 72 ss.

⁵⁸ Cfr. C. PRITTWITZ, *Opferlose Straftheorien*, in *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem?*, a cura di B. Schünemann - M. Dirk Dubber, Heymanns, 2000, 57 ss.

L'idea di un diritto penale volto al soddisfacimento dei bisogni della vittima è ritenuta una manifestazione dello Stato sociale, in quanto diretta a produrre i suoi effetti nei confronti di un soggetto debole, bisognoso di tutela e assistenza⁵⁹.

Secondo i sostenitori di tale visione, in un ordinamento giuridico che considera la giustizia quale valore supremo e il fondamento della pace sociale nella dignità umana e nei diritti della personalità, dovrebbe esservi la piena integrazione della vittima nel nucleo concettuale del reato⁶⁰; e attraverso tale integrazione si attuerebbe lo scopo di protezione della persona offesa da parte del diritto penale. A fronte di un dovere dello Stato a tutelare la vittima mediante l'irrogazione della sanzione penale vi sarebbe di conseguenza un diritto di essa alla giusta punizione dell'autore del reato⁶¹.

Nel panorama europeo l'idea in oggetto è stata talora "positivizzata" dal legislatore e messa "nero su bianco" dal giudice: al riguardo, si può ricordare la legge francese 12 dicembre 2005, n. 1549, relativa al trattamento della recidiva, la quale ha introdotto, all'art. 132-24 code pénal, un secondo alinea, ove è previsto che la natura, il *quantum*, e il regime delle pene devono essere determinati tenendo conto anche degli interessi della vittima; in altre parole, nel codice penale francese alla pena è assegnato il compito di mirare, tra i vari obiettivi, al soddisfacimento degli interessi del soggetto passivo del reato⁶². Quanto invece al riconoscimento giurisprudenziale dell'idea in questione, si deve fare riferimento alla sentenza, del 2 aprile 2003, con la quale il Tribunale supremo spagnolo ha espressamente qualificato la protezione della vittima come un obbligo gravante su tutti i giudici, nonché alla pronuncia del Tribunale costituzionale sempre spagnolo, del 7 giugno 2004, che ha elevato la protezione dell'offeso dal reato al rango di finalità specifica dell'intervento penale⁶³.

In Italia non si è ancora giunti a tali riconoscimenti espressi a livello né normativo né giurisprudenziale, ancorché – come si è già visto sul versante politico criminale e si vedrà in seguito con riferimento alle tendenze giurisprudenziali – tanto la legislazione penale quanto il diritto vivente presentino una lampante vocazione vittimocentrica.

Orbene, il diritto penale, "guardando" direttamente alla persona offesa dal reato, diviene in misura sempre più massiccia la *magna charta della vittima*, vale a dire uno strumento di lotta e di promozione sociale, contrariamente al diritto penale classico, *magna charta del reo*, che era concepito essenzialmente quale congegno di garanzia della libertà dei cittadini e non ricopriva alcuna funzione propulsiva⁶⁴.

⁵⁹ Cfr., per esempio, P. SALA SÁNCHEZ, "Rasgos generales del Nuevo Código Penal", *Estudios de Derecho Judicial*, 2, 1996, 30 s.

⁶⁰ Cfr. I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas*, cit., 29.

⁶¹ Cfr. C. PRITTWITZ, *The Resurrection of the Victim in Penal Theory*, in *Buffalo Criminal Review*, 2000, 109; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Cedam, 2011, 227 ss.; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Doctrines Regarding "The Fight Against Impunity" and "The Victim's Right for the Perpetrator to be punished"*, cit., 866.

⁶² Articolo abrogato e sostituito, ad opera della l. 15 agosto 2014, n. 896, dall'art. 130-1, che ribadisce sostanzialmente il contenuto della norma previgente. In argomento v., per tutti, J. PRADEL, *Droit pénal général*, Éditions Cujas, 2015, 518 s. Bisogna altresì ricordare che nell'ordinamento francese l'art. 707 *code de procédure pénale* riconosce espressamente diritti alla vittima anche nella fase esecutiva della pena; sul punto v. M. HERGOZ-EVANS, *Les victimes et l'exécution des peines. En fin avec le déni et l'idéologie*, in *AJ Penal*, 356 ss.

⁶³ Pronunce riportate da I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas*, cit., 5.

⁶⁴ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 98.

5. Il vittimocentrismo giurisprudenziale. Cenni.

Contrariamente a quanto sembra emergere dai mass media, anche il diritto vivente risulta marcatamente *vittimocentrico*, giacché la giurisprudenza penale prevalente tende ad adottare soluzioni dettate dall' "imperativo categorico" di tutelare la persona offesa dal reato, specie se essa ricopre una posizione di *inferiorità* rispetto al reo; e questa tendenza si manifesta anche in presenza di comportamenti della vittima (colposi o financo volontari) idonei a dimostrare il pieno disinteresse di essa verso i beni giuridici di cui è titolare. I giudici penali giungono così a negare spazi di riconoscimento all' autodeterminazione o all'autoresponsabilità della vittima per il proprio comportamento, adottando soluzioni di matrice "valoriale" che si caratterizzano sovente per stravolgere le categorie dogmatiche tradizionali, quali la causalità e la colpevolezza, la tipicità delle norme e i beni giuridici tutelati in vista della protezione della vittima.

Questo approccio "paternalistico" si manifesta, come accennato, sia nel caso in cui la vittima non abbia contribuito a cagionare il reato (se non nei limiti di un atto dispositivo richiesto dalla norma per il perfezionamento di taluni delitti patrimoniali) sia nel caso in cui essa abbia concorso con la propria condotta, colposa o addirittura dolosa, alla verifica del fatto criminoso.

Con riferimento alla prima ipotesi, si possono ricordare, a titolo di esempio e in estrema sintesi, l'atteggiamento costante ad accertare *ex post* l'idoneità ingannatoria degli artifici e raggiri nella truffa, che rende del tutto inutile una valutazione delle caratteristiche della vittima e del relativo comportamento, con un conseguente ampliamento dell'area di applicazione della norma⁶⁵; e ancora la nozione particolarmente ampia, di impronta soggettivistica, di "atto sessuale", di cui all'art. 609 *bis*, elaborata dalla giurisprudenza prevalente all'indomani della riforma dei reati sessuali del 1996⁶⁶, come pure alla crescente valorizzazione – specie da parte dei giudici di merito – del dolo eventuale in taluni ambiti leciti quali la circolazione stradale e l'infortunistica sul lavoro⁶⁷.

Quanto alla seconda ipotesi, può essere rammentata, in breve, la tendenza pressoché dominante nella giurisprudenza di legittimità a negare spazi di riconoscimento in prospettiva di esclusione della responsabilità penale dell'agente (sul terreno della causalità o della tipicità soggettiva) a comportamenti negligenti o imprudenti, anche se di portata macroscopica, in materia di circolazione stradale, specie se la vittima è un pedone o un ciclista, ovvero ricopre una posizione di inferiorità rispetto all'autore automobilista, o in materia in infortunistica sul lavoro qualora l'offeso sia il lavoratore subordinato⁶⁸.

Dalle pronunce giurisprudenziali tende dunque ad emergere un'idea di soggetto passivo del reato abbastanza *semplificistica* e noncurante dei numerosi studi vittimologici sinora condotti, che identificano il reato con un fenomeno dinamico tra autore e vittima:

⁶⁵ A favore di tale interpretazione v., per tutte, Cass. Sez. un., 21 gennaio 2009, in *Cass. pen.*, 2009, 1811. In dottrina, in tal senso v. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Speciale*, I, *I delitti contro il patrimonio*, Cedam, 2001, 144; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, I, Giuffrè, 2008, 80.

⁶⁶ V. *supra*, sub nota 24.

⁶⁷ Per altre esemplificazioni di questa tendenza giurisprudenziale sia consentito rinviare a M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., 252 ss.

⁶⁸ In argomento v. l'ampia trattazione di O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 29 ss.

la persona offesa è considerata quale soggetto totalmente irresponsabili meritevole di tutela *incondizionata*.

La sanzione penale viene così ad essere utilizzata, da un lato, quale strumento riparatorio atto a soddisfare in prospettiva retributiva il desiderio di giustizia della vittima, e dall'altro lato come mezzo di stigmatizzazione di determinati comportamenti (specie se socialmente allarmanti) in direzione sia di intimidazione sia di stabilizzazione sociale.

Orbene, con riferimento alla protezione della vittima si registra allora una situazione di sostanziale coincidenza tra *law in the books* and *law in action*.

6. L'inattitudine del diritto penale a tutelare le persone offese dai reati

Il fatto che il diritto penale del terzo millennio abbia assunto una dimensione vittimocentrica non significa necessariamente che esso presenti un'adeguata capacità al soddisfacimento dei bisogni reali delle vittime.

A pare di chi scrive, infatti, il diritto penale può rivolgersi alla protezione delle persone offese dal reato solo in apparenza. Invero, l'idea di un diritto penale quale strumento diretto alla tutela delle vittime rischia di tradursi, come si è visto in precedenza, solamente nell'espansione *astratta* del diritto penale stesso e nell'irrogazione *concreta* di pene particolarmente severe, cui si giunge sovente mediante il sovvertimento dei principi garantistici fondamentali o delle categorie dogmatiche consolidate.

Giova infatti ribadire che la pena *stricto sensu* trova applicazione nei confronti dell'autore del reato ed è atta a soddisfare solo *mediatamente* ed *emotivamente* la vittima: quest'ultima, se potenziale, dovrebbe essere rassicurata dalla minaccia di sanzioni severe con ipotetica capacità dissuasiva nei confronti di eventuali autori di reati; mentre, se *reale*, dovrebbe essere appagata dal sapere inflitta al reo una pena (che verosimilmente potrebbe non essere scontata o potrebbe essere eseguita mediante misure alternative) per il male arrecato.

In altri termini, riconoscere al diritto penale e alle relative sanzioni il compito di proteggere la vittima rischia di non "dare nulla di concreto" alla persona offesa, ma soltanto di "raddoppiare il male" per l'autore del reato.

È indubbio che interventi penali volti a proteggere le vittime, specie se vulnerabili, siano doverosi in forza del principio costituzionale di solidarietà sociale⁶⁹ e talora imposti da fonti sovranazionali; tuttavia, siffatto principio solidaristico non può trovare un'applicazione illimitata in materia penale, dovendo essere sempre temperato con i fondamentali principi di frammentarietà e sussidiarietà del diritto criminale, di proporzione tra entità della sanzione e colpevolezza dell'autore⁷⁰, nonché di legalità formale con i rispettivi corollari⁷¹.

⁶⁹ Bisogna ricordare che nella maggioranza delle Costituzioni contemporanee – impegnate nel riconoscimento del nocciolo duro delle garanzie sostanziali e processuali a favore dell'accusato – mancano riferimenti espressi ai diritti delle vittime del reato ed anche nella Costituzione italiana non si è fatto alcun cenno ai diritti della persona offesa dal reato nemmeno nel momento in cui si è riscritto il testo dell'art. 111 ad opera della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 inserendo i principi del "giusto processo". Sulla posizione della vittima del reato nelle Costituzioni cfr., volendo, M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale.*, cit., 40 ss.

⁷⁰ Mette particolarmente in luce questo aspetto quale limite alla prospettiva vittimocentrica L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo*, cit., 12.

⁷¹ La necessità di porre in bilanciamento i diritti delle vittime con le garanzie dell'accusato sembrano oggi emergere anche nell'ambito del vittimocentrico diritto penale e processuale penale europeo. Infatti,

I principi garantistici invocati hanno peraltro rappresentato il principale *motore* che ha condotto alla marginalizzazione della vittima, quale portatrice di istanze di vendetta privata, nel sistema della giustizia penale e devono quindi continuare a rappresentare il “vaccino” contro pericolose involuzioni securitarie del diritto criminale mascherate talora da nobili esigenze di protezione di soggetti deboli o della collettività nel suo complesso.

Una erosione incontrollata delle fondamenta del diritto penale moderno potrebbe d'altra parte generare fenomeni di *vittimizzazione terziaria* a danno dell'autore del reato, il quale diverrebbe a sua volta vittima di un sistema ingiusto e portatore di interessi partigiani⁷².

È necessario altresì rammentare un aspetto solitamente trascurato, ossia che le esigenze di prevenzione della vittimizzazione devono essere poste in bilanciamento non solo con le istanze garantistiche del reo, ma anche con i diritti fondamentali della vittima stessa. Infatti, sebbene di primo acchito un contrasto tra prevenzione e diritti dell'offeso sia difficilmente immaginabile, esso può comunque verificarsi: per esempio, rispetto a taluni reati in materia di libertà sessuale il regime di procedibilità d'ufficio risponde sicuramente meglio alle esigenze preventivo-repressivo del diritto penale, al contrario di un regime di procedibilità a querela che appare più attento al rispetto della personalità dell'offeso e alla prevenzione della vittimizzazione secondaria.

Senza contare poi che dall'idea della protezione del soggetto passivo del reato quale autonoma funzione dello *ius criminale* discenderebbe il diritto della vittima alla giusta punizione del reo⁷³, il cui riconoscimento rischia di dar luogo – oltre a pericolose derive neo-retribuzionistiche del diritto penale – a dilatazioni eccessive del ruolo dell'offeso dal reato nell'ambito del processo, comprendenti financo il potere di esso a pronunciarsi nel momento di determinazione della pena⁷⁴, come è per esempio accaduto negli Stati Uniti e in Canada con i *Victim Impact Statements*⁷⁵.

nella direttiva 2012/29/UE (Considerando n. 12; art. 23 par. 2) compare l'espressione «fatti salvi i diritti dell'accusato»; sul punto, volendo, M. VENTUROLI, *La directive 2012/29/UE: dernière étape du processus de construction d'un «droit européen des victimes de la criminalité»*, in *Fondaments et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, sous la coordination de D. Bernard - Y. Cartuyvels - C. Guillain, D. Scalia et M. van de Kerchove, Anthemis, 2013, 681 ss.

⁷² Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittima e giustizia criminale*, cit., 1766; con riferimento a fenomeni di vittimizzazione terziaria in ambito più specificatamente processuale v. V. FANCHIOTTI, *La durata del processo tra l'inidoneità degli strumenti interni e la prospettiva europea*, in *Dir. pen. cont.*, 1 febbraio 2012, 19 ss.

⁷³ Cfr. C. PRITTWITZ, *The Resurrection of the Victim in Penal Theory*, in *Buffalo Criminal Review*, 2000, 109; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., 227 ss.

⁷⁴ Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittima e giustizia criminale*, cit., 1784, secondo cui «configurare un diritto soggettivo della vittima alla riparazione penale – e quindi alla celebrazione del procedimento nei confronti di chi ella afferma essere autore dell'offesa, o addirittura alla punizione del suo colpevole – significherebbe demolire completamente la logica sottesa ai principi costituzionali di personalità della responsabilità, presunzione d'innocenza e *nemo tenetur se detegere* in cui si radica il garantismo moderno».

⁷⁵ Con *Victim Impact Statemts* si fa riferimento al diritto riconosciuto alle vittime o ai congiunti nel caso di decesso di esse a rendere dichiarazioni nel corso del processo, e in particolare durante l'udienza per la commisurazione della pena, circa l'impatto prodotto dal reato sulla loro vita (si fa riferimento ai c.d. *Victim Impact Statements*). In argomento v. E. EREZ, *Victim Participation in Sentencing: Rethoric and Reality*, in *Journal of Criminal Justice*, vol. 18, 1990, 26 ss.; J. V. ROBERTS, M. MANIKINS, *Victim Impact Statments at Sentencing: The Relevance of Ancillary Harm*, in *Canadian Criminal Law Rev.*, 2010 (15), 1 ss.

Il fatto «che la vittima non possa incidere sulla sua sorte e su quella del reo o sull'indennizzo e sulla pena e neppure sulle modalità con cui si conduce e si risolve il conflitto, è il punto cruciale del monopolio statale della violenza nella relazione tra il reo e la vittima»⁷⁶. In più, con riferimento all'ordinamento italiano, la concessione di un diritto di tale portata alla persona offesa dal reato metterebbe a repentaglio la funzione risocializzativa, assegnata dalla nostra Costituzione alla pena in ogni suo momento⁷⁷, stante che probabilmente alla vittima non interessa tanto l'irrogazione di una sanzione atta al reinserimento sociale del condannato, ma piuttosto la riparazione, ancorché simbolica, del torto subito.

Ad ogni modo, un "baluardo" difensivo verso una pericolosa deriva "vittimologica" di tale portata è stato elevato dalla Corte di giustizia, la quale ha con fermezza escluso che il diritto di accesso al processo di cui all'art. 3 della decisione quadro 220/2001/UE (e ora art 10 della direttiva 29/2012/UE) sia comprensivo del diritto della persona offesa a pronunciarsi in ordine al trattamento sanzionatorio da riservare al condannato, riaffermando così la natura squisitamente pubblicistica della fase processuale della *sentencing*⁷⁸.

Senonché nel nostro Paese, e in generale in Europa, pur non essendo fortunatamente giunti ad espansioni siffatte del ruolo della persona offesa dal reato, si sono affermate prassi dirette a riconoscere voce alla vittima nella fase esecutiva della pena pur in assenza di espresse previsioni legislative al riguardo: si deve ricordare infatti la tendenza degli uffici del Quirinale a interpellare le vittime del reato, o in caso della loro morte, i famigliari nel corso dei procedimenti di istruzione delle richieste di grazia, analogamente le vittime vengono sentite dai Tribunali di sorveglianza al fine della concessione della liberazione condizionale all'ergastolano che abbia scontato ventisei anni di pena detentiva e che abbia dato prova di pieno ravvedimento⁷⁹. Certo, non siamo di fronte a veri e propri diritti delle vittime a emettere pareri vincolanti per l'autorità giudiziaria, ma si tratta comunque della dimostrazione della tendenza espansiva del ruolo della persona offesa in una fase, quella esecutiva, ad essa tradizionalmente estranea.

Il riconoscimento di nuovi spazi alla persona offesa nel momento di esecuzione della pena rappresenta senz'altro una risposta alle richieste di *riconoscimento* avanzate dalle vittime stesse, sovente per mezzo delle rispettive associazioni; e quindi la volontà di soddisfare il desiderio di giustizia incidendo sulle vicende della punibilità dell'autore del reato sembrerebbe esprimere un'opinione comune a tutte le vittime di fatti criminosi.

In realtà, da una recente inchiesta di vittimizzazione svoltasi in Belgio è emerso che solo alcune delle persone offese interpellate hanno manifestato la volontà di intervenire sulla determinazione della specie e dell'entità della pena da irrogare. E, sempre in tale prospettiva, si possono citare le emblematiche parole del giornalista Mario Calabresi, figlio del commissario Luigi Calabresi, nota vittima dei c.d. *anni di piombo*: «bisogna essere chiari, non penso che le istituzioni debbano chiedere il permesso alle

⁷⁶ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, 2012, 235.

⁷⁷ La stessa Corte costituzionale, 26 giugno – 2 luglio 1990, n. 313, in *Foro it.*, 1990, I, 2400 ss., ha affermato che la pena deve tendere alla rieducazione del condannato «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».

⁷⁸ Corte giustizia UE, 15 settembre 2011, cause C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sánchez*. Sul punto v. il commento di R. CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2011.

⁷⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, "Preferirei di no". *Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa*, in *Volti e maschere della pena*, a cura di F. CORLEONE - A. PUGIOTTO, Ediesse, 2013, 262.

vittime per legiferare, decidere se dare una grazia, un permesso premio, una libertà anticipata o vigilata. Sono cose che devono essere fatte nell'interesse generale, che può non coincidere con quello dei 'familiari delle vittime', e se lo Stato, la magistratura, il governo o il Presidente della Repubblica pensano che un atto sia corretto, necessario, motivato, allora non possono certo farsi paralizzare dai dolori privati»⁸⁰.

7. Osservazioni conclusive

Sulla base di quanto sino qui esposto si può affermare che il riconoscimento della protezione della vittima del reato tra gli scopi del diritto penale manifesta più ombre che luci, in particolare il pericolo di una "privatizzazione" dell'illecito criminale e un imbarbarimento del sistema punitivo nel suo complesso, senza conseguire effettivi vantaggi per la vittima concreta del reato. Dietro lo schermo dell'adempimento di doveri solidaristici verso un soggetto bisognoso di protezione si cela altresì il pericolo che i pubblici poteri si avvalgano del diritto penale quale strumento *populista* di amministrazione e di controllo della società⁸¹. Per un governo nazionale risulta più vantaggioso farsi promotore di politiche preventive penali – le quali, a fronte di un esborso economico pressoché nullo, riescono a catalizzare consensi soprattutto grazie all'attenzione dedicata dai mass media agli interventi di ampliamento dell'area di incidenza del diritto penale – piuttosto che potenziare metodi preventivi di natura sociale e sviluppare strumenti diretti a sostenere le vittime effettive del crimine (per esempio gli istituti di natura riparativa e le forme di assistenza amministrativa), la cui attuazione, oltre a richiedere un significativo impegno di spesa, rischierebbe di passare del tutto inosservata.

Il rischio della reviviscenza di istanze private di vendetta si presenta – come si è visto – anche mediante una lettura vittimologica delle funzioni tradizionali della pena, eccezion fatta per quella di prevenzione speciale positiva, all'interno del sistema punitivo tradizionale⁸².

Orbene, il riconoscimento della protezione della vittima quale obiettivo del diritto criminale comporta il pericolo dello sgretolamento di quelle colonne portanti, costruite faticosamente nei secoli, su cui si fonda il diritto penale moderno, a fronte di un risultato inutile per la vittima medesima e senza che a quest'ultima venga assegnato alcun ruolo *attivo* nella gestione del conflitto generato dal reato⁸³.

⁸⁰ M. CALABRESI, *Spingendo la notte più in là*, Mondadori, 2007, 69.

⁸¹ Cfr. D. GARLAND, *The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society*, in *British Journal of Criminology*, n. 36, 1996, 448.

⁸² Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 81, nota 15; e, volendo, M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale.*, cit., 72 ss.

⁸³ Cfr. C. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1227, secondo cui, in base al modello tradizionale «la posizione della vittima (...) è definita una volta per tutte *ex ante*, nella formalizzazione ipostatizzata e preventiva del conflitto attuata attraverso il *tipo penale*. Successivamente essa perde ogni ruolo in virtù della totale assunzione in carico della sua tutela da parte dello Stato, quale *assoluto monopolista* della pretesa penale»

VULNERABILITÀ E PREDISPOSIZIONI VITTIMOGENE: UNA POLITICA CRIMINALE PIÙ SENSIBILE ALLE VITTIME DEBOLI

Marta Lamanuzzi

Il crescente interesse per le vittime è frutto delle migliori intenzioni del migliore dei regimi possibili: la democrazia.

C. ELIACHEFF,
D. S. LARIVIÈRE,
Il tempo delle vittime,
Milano, 2008, 9

Sommario: 1. L'approccio criminologico allo studio della vittima: la vittimologia e le "predisposizione vittimogene" 2. La vulnerabilità dei soggetti con disabilità 3. La "vulnerabilità psichica": l'eventuale incriminazione delle manipolazioni mentali 4. Conclusioni

1. L'approccio criminologico allo studio della vittima: la vittimologia e le "predisposizioni vittimogene"

Il presente contributo offre una sintetica panoramica degli studi vittimologici condotti in tema di "predisposizioni vittimogene", seguita dall'analisi di due particolari tipologie di vulnerabilità di cui mi sono occupata: la vulnerabilità dei soggetti con disabilità e la "vulnerabilità psichica", intesa come vulnerabilità alle offese rivolte contro la libertà morale. Tale trattazione è finalizzata a illustrare la funzione che la vittimologia può e deve svolgere per il diritto penale (sostanziale e processuale) e per la politica criminale.

La criminologia, nata nel XIX secolo, per decenni si occupò esclusivamente del reo, "ancella" di un diritto penale che «pensava solo per autori del reato»¹, da individuare e

¹ G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 254. L'origine etimologica di "vittima" è tutt'oggi incerta. Derivando dal latino *victima*, il termine affonda le proprie radici in un passato lontano ed è probabilmente connesso al concetto di sacrificio, animale o umano a seconda del contesto e dell'epoca. Il sacrificio ha tradizionalmente svolto una funzione di espiazione, di "elemento catalizzatore", sul quale

sottoporre a sanzione, e che ruotava attorno ad istanze di prevenzione orientate alla rieducazione del condannato e all'intimidazione dei potenziali rei, del tutto dimentico della vittima. Solo negli anni Quaranta del XX secolo² furono condotti i primi studi sistematici sulla vittima del reato e fu così inaugurata una nuova branca della criminologia: la vittimologia³.

far confluire le energie negative e dalla cui immolazione può derivare la conservazione della pace e della sicurezza dell'intera comunità. Ancora oggi, del resto, la vittima pare assolvere «una funzione di catarsi perché ci consente di liberarci dalla contaminazione delle nostre angosce private che ci tormentano quando siamo posti dinanzi allo spettacolo di orrori più grandi di quelli individualmente esperiti: il confronto con la situazione della vittima ci atterrisce ma al contempo ci libera». R. BISI, *Vittimizzazione: l'imprevedibilità di un percorso e la necessità di uno studio*, A. BALLONI - R. BISI - S. COSTANTINO, *Legalità e comunicazione*, Milano, 2008, 43; G. PROSPERI, *La vittimologia e la vittima culturale. Il caso paradigmatico delle mutilazioni genitali femminili*, Roma, 2010, 73 ss. È bene evidenziare che la nozione di "vittima" è propriamente criminologica e non sovrapponibile a quella giuridico-penale di "soggetto passivo", che identifica il titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata, che, a sua volta, si differenzia dall'oggetto materiale su cui concretamente si riversano gli effetti della condotta criminosa e dal danneggiato, ossia colui al quale il reato cagiona danni suscettibili di risarcimento. v. M. CORRERA, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale. Un approccio criminologico*, Padova, 1990, 2 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1981, 147; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1988, 231 ss. La Risoluzione ONU n. 40/34 del 1985, prediligendo una concezione "giuridica", definisce le vittime come «persone che, individualmente o collettivamente, hanno sofferto un danno, inclusa una lesione fisica o psicologica, una sofferenza emotiva, una perdita economica o una sostanziale riduzione della possibilità di esercitare i propri diritti fondamentali, a seguito di atti od omissioni che sono in violazione delle leggi penali in vigore negli Stati Membri, incluse le leggi che proibiscono penalmente l'abuso di potere».

² In realtà, i semi, fioriti solo a metà del secolo scorso in uno studio sistematico delle vittime del crimine, furono sparsi già nell'ambito di studi criminologici anteriori. Importanti sotto questo profilo sono stati, ad esempio, l'attenzione dei positivisti per i fatti e per i concetti di pericolosità e difesa sociale, l'opposizione degli interazionisti al modello positivista e alla sua focalizzazione pressoché esclusiva sul reo e sulle sue caratteristiche, l'accento posto dalla criminologia critica sui soggetti socialmente svantaggiati e sulle sofferenze di cui il fenomeno criminale è portatore e, infine, la sensibilità dei realisti per le vittime e i fattori economici e sociali della loro vulnerabilità. Paradossalmente però, fu, in ultima analisi, lo stesso legislatore penale ad accendere nel criminologo l'attuale interesse per la vittima, spinto dalla necessità di rispondere alla domanda di sicurezza e di aggravamento delle pene rivolta allo Stato dai cittadini, allarmati dalla crescita dei tassi di criminalità e dall'enfasi massmediologica che l'ha circondata. Inoltre, la crescita economica degli anni Sessanta subì una brusca frenata nei decenni successivi, accrescendo la sensibilità generale per le vittime "sociali" prima ancora che "criminali". G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 252-257; T. BANDINI - U. GATTI - B. GUALCO - D. MALFATTI - M. MARUGO - A. VERDE, *Criminologia: il contributo della ricerca e della reazione sociale*, Milano, 2004, 509 ss.

³ Vengono considerati padri fondatori della vittimologia: Wertham, psichiatra statunitense che ha coniato il termine "vittimologia" (F. WERTHAM, *The Show of Violence*, New York, 1949); Von Hentig, criminologo tedesco che ha studiato e "catalogato" le varie tipologie di vittime (H. VON HENTIG, *The Criminal and His Victims*, New Haven, 1948), e Mendelsohn, avvocato israeliano noto, ad esempio, per essersi occupato del rapporto reo-vittima e aver classificato le vittime in base al loro grado di "responsabilità" nella genesi del crimine subito (B. MENDELSON, *Una nouvelle branche de la science biopsico-sociale: la Victimologie*, in *Rev. int. crimin. pol. tec.*, 1956, 95 ss.).

La vittimologia può definirsi come la «disciplina che ha per oggetto lo studio della vittima di un crimine, della sua personalità, delle sue caratteristiche biologiche, psicologiche, morali, sociali e culturali, delle sue relazioni con il criminale e del ruolo che ha assunto nella genesi del crimine»⁴. Con il susseguirsi degli studi, tale disciplina ha gradualmente esteso il proprio raggio d'azione dalle caratteristiche delle vittime ai processi di vittimizzazione e all'influsso della società su di essi, dal rapporto reo-vittima ai danni derivanti dal reato e al loro risarcimento, dalla prevenzione del reato dal punto di vista della vittima alla paura del crimine e ai fattori che possono favorire la disponibilità a denunciare⁵.

Tra le teorie vittimologiche di maggior interesse rientrano indubbiamente quelle relative alle “predisposizioni vittimogene”, espressione che indica i fattori che espongono a un rischio particolarmente elevato di vivere esperienze *lato sensu* di vittimizzazione. Si possono distinguere predisposizioni vittimogene generiche e predisposizioni vittimogene specifiche. Le prime consistono nella tendenza fisiologica di alcuni soggetti a diventare “vittime”, non necessariamente di reati, ma di sinistri o sciagure di vario genere. A tal proposito, la psicanalisi, già a fine Ottocento, parlava di “vittime latenti” o “vittime potenziali” con riferimento a individui che tendono a creare situazioni che li portino a soffrire. Freud, ad esempio, osservava che «molte lesioni, apparentemente casuali, in realtà sono autolesioni, inquantochè una tendenza all'autopunizione costantemente in agguato, sfrutta abilmente una situazione esteriore offerta dal caso, o vi concorre in quella misura che porta al desiderato effetto lesivo»⁶. Uno psichiatra di nome Bergler aveva individuato addirittura una particolare forma di nevrosi che porterebbe chi ne è affetto a

⁴ G. GULOTTA, *La vittima*, Varese, 1976, 9.

⁵ Oggi l'attenzione del vittimologi più che alle caratteristiche della vittima è volta ai “processi di vittimizzazione”, vale a dire all'insieme dei fattori sociali, ambientali e genericamente contestuali, che concorrono a determinare la vittimizzazione di alcun soggetti in luogo di altri. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 263.

⁶ S. FREUD, *Psicopatologia della vita quotidiana*, Torino, 1971, 191. Freud sosteneva che il destino degli uomini fosse influenzato da processi mentali inconsci. In particolare, il padre della psicanalisi studiò con attenzione come sensi di colpa latenti possano determinare comportamenti inspiegabilmente maldestri che conducono il soggetto al fallimento. Inoltre, accanto alla pulsione libidica, individuò una pulsione di morte che conduce l'individuo all'autodistruzione, non sempre per mezzo del suicidio, ma anche correndo volontariamente rischi senza che ve ne sia necessità. Tra gli esempi pittoreschi che fa Freud, traendoli dalla realtà dell'epoca, vi è quello di una donna che, avendo suscitato lo sdegno del marito per essersi esibita nel ballo del can-can di fronte ai famigliari, la mattina seguente è sbadatamente saltata giù dalla carrozza nel momento in cui i cavalli si imbizzarrivano, rimanendone travolta e riportando così una grave frattura alla gamba che le avrebbe impedito di ballare per lungo tempo. *Ivi*, 191 ss. Esempi simili vengono fatti anche in studi vittimologici più recenti. Gulotta, esperto di diritto e psicologia, riferisce, ad esempio, il caso di una ragazza che, dopo un litigio con il fidanzato, è salita in auto ed è rimasta coinvolta in un incidente da lei provocato invadendo la corsia opposta. Al momento del sinistro, da cui la ragazza è miracolosamente uscita illesa, ella era in preda a sentimenti di colpa e impulsi autopunitivi inconsci, per la sensazione di “distruggere” la vita del proprio compagno con il proprio comportamento. G. GULOTTA, *La vittima*, cit., 19.

cercare inconsciamente la sofferenza per soddisfare il desiderio masochista di ripetere frustrazioni vissute nella prima infanzia ad opera della madre⁷.

Accanto alle predisposizioni generiche alla vittimalità, ossia alla tendenza inconscia a “collezionare ingiustizie”, vi sono le “predisposizioni vittimogene specifiche”, vale a dire i fattori di vulnerabilità⁸ al crimine o a determinati crimini. Le predisposizioni specifiche alla vittimizzazione possono avere diverse cause e sono suscettibili di classificazione sulla base di svariati criteri. Innanzitutto il sesso, un vizio totale o parziale di mente, il mutismo, la cecità e altre disabilità congenite costituiscono predisposizioni innate, mentre particolari caratteristiche psico-sociali maturate nel corso dell’esistenza e le infermità intervenute dopo la nascita sono predisposizioni acquisite. In base alla durata, si distinguono predisposizioni permanenti e temporanee, a seconda che la condizione personale che le determina caratterizzi l’individuo per tutta la sua esistenza o sia passeggera. Se si adotta il criterio degli effetti prodotti, vi sono quelle che operano come causa scatenante, quelle che influiscono sulla scelta della vittima e quelle che allentano i freni che distoglierebbero dall’agire criminale⁹. Ancora, si distinguono predisposizioni

⁷ E. BERGLER, *The Battle of the Conscience*, Washington, 1958, 89. In tema di predisposizione generica alla vittimalità, si segnalano altresì gli studi sulla cd. nevrosi da destino. V. B. DI TULLIO, *Principi di criminologia generale e clinica con note di psicopatologia sociale*, Roma, 1975.

⁸ L’espressione “predisposizioni vittimogene specifiche” viene utilizzata come sinonimo di “fattori di vulnerabilità al crimine” già nel corso del Convegno Internazionale in materia di vittime che si è tenuto a Bellagio nel 1975. V. G. GULOTTA, *La vittima*, cit., 24.

⁹ Le predisposizioni vittimogene specifiche non solo contribuiscono alla scelta di una persona piuttosto che un’altra come bersaglio dell’azione delittuosa, ma spesso agiscono come agente di facilitazione, provocazione o ispirazione del reato, nel senso di allentare i freni inibitori, rafforzare o addirittura far insorgere nella mente del reo il proposito criminoso. E.A. FATTAH, *La victime est elle coupable?*, Montreal, 1971, 111; G. TRANCHINA, *Premesse per uno studio sulla rilevanza della vittima nella dinamica dei fatti criminosi*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 39. Cfr. F. EXNER, *Kriminologie*, Berlin, 1949; J. BROPHY, *The Meaning of Murder*, London, 1966.

bio-fisiologiche (età, sesso¹⁰, razza¹¹, stato fisico¹²), sociali (professione¹³, *status* sociale, condizioni economiche, condizioni di vita¹⁴) e psicologiche¹⁵ (deviazioni sessuali, stati

¹⁰ Età e sesso rilevano soprattutto in quanto possibile fonte di una minore capacità di opporre un'efficace difesa al reato. Neonati e minori hanno una capacità di reazione all'aggressione nulla o estremamente ridotta e spesso non sono in grado percepire la portata e l'esatto significato delle azioni criminose di cui sono vittime, fattore che accresce la loro vulnerabilità. Quanto detto vale, a maggior ragione, con riferimento ai reati di infanticidio, abuso sessuale e maltrattamenti fisici o psicologici perpetrati tra le mura domestiche. Parimenti, l'avanzare degli anni produce un indebolimento sia fisico sia, spesso, mentale, al quale si aggiunge, in molti casi, una vita isolata che espone a reati che, pur avendo il fine principale di colpire il patrimonio, spesso finiscono per avere ripercussioni, anche gravi o letali, sulla persona. Alla minor forza fisica che, per natura, caratterizza solitamente la donna rispetto all'uomo, si aggiungono, come fattori predisponenti, una cultura maschilista non ancora del tutto superata nemmeno nelle moderne democrazie occidentali, che vede la donna come sottomessa al volere e ai desideri sessuali dell'uomo. G. GULOTTA, *La vittima*, cit., 24 ss. La recente diffusione, proprio in Occidente, di comportamenti persecutori, violenze sessuali e maltrattamenti in famiglia fino all'uxoricidio, secondo taluni studi, va ricondotta al declino di istituti tradizionali come il matrimonio e all'emersione di nuovi valori come l'indipendenza femminile. A. MICOLI, *Il fenomeno dello stalking. Aspetti giuridici e psicologici*, Milano, 2012, 7 ss. Gli studi condotti dai vittimologi trovano tendenzialmente riscontro nelle statistiche. Da indagini recentemente condotte dall'ISTAT è emerso che sia i reati contro il patrimonio sia i reati violenti colpiscono i soggetti tra i quattordici e i ventiquattro anni con frequenza almeno doppia rispetto a quanto avviene in relazione a soggetti più maturi. Gli ultrasessantacinquenni, invece, sono doppiamente esposti, rispetto ai soggetti più giovani, alla criminalità predatoria. *Indagine ISTAT «Reati, vittime e percezione della sicurezza» (2008-2009)*, www.istat.it. Infine, con riferimento alle donne, sono più esposte degli uomini ai reati contro il patrimonio e ai reati violenti perpetrati tra le mura domestiche (anche senza contare la mole del "sommerso", vale a dire dei reati non denunciati), meno esposte degli uomini ai reati violenti perpetrati fuori casa. *Indagine Istat «La violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia» (2014)*, www.istat.it. Cfr. V. G. CODINI (a cura di), *La vittimologia e le vittime fragili: la situazione in Europa e i servizi di supporto*, Milano, 2010, 77 ss., 97 ss., 100 ss.

¹¹ Motivi di carattere razziale fanno sì che, soprattutto in relazione a certi reati (omicidio doloso e preterintenzionale e la maggior parte dei reati violenti), la vittima sia spesso di razza diversa da quella dell'aggressore. M. E. WOLFGANG - B. COHEN, *Delitto e razza*, Roma, 1971, 70 ss.

¹² Lo "stato fisico" comprende tutte quelle condizioni che compromettono o diminuiscono costantemente o fiaccano temporaneamente la capacità di resistenza della vittima, come una malattia, lo stato di ebbrezza o di allucinazione indotto da sostanze psicotrope, il sonno, svenimenti o altre circostanze che determinano nel soggetto uno stato di incoscienza o semi-incoscienza. G. GULOTTA, *La vittima*, cit., 27.

¹³ Dopo le prime esperienze di studio, incentrate soprattutto sul rapporto reo-vittima, la vittimologia ha esteso il proprio campo di ricerca ai fattori situazionali e contestuali della vittimizzazione. Hindelang, Gottfredson e Garofalo, ad esempio, nel 1978, hanno elaborato il cd. "modello di vittimizzazione basato sullo stile di vita o sull'esposizione al rischio" (*lifestyle/exposure model of victimization*), che individua un legame tra attività quotidiana, sia lavorativa che ricreativa, e probabilità di diventare vittima di reato. In particolare, gli elementi che incidono sulla vittimizzazione sono, stando a questo modello, *l'esposizione al rischio*, data dalla frequentazione di luoghi a elevato rischio nelle ore più pericolose della giornata, e *le associazioni*, vale a dire la frequenza con cui la persona ne incontra altre inclini a commettere reati. M. J. HINDELANG - M. R. GOTTFREDSON - J. GAROFALO, *Victims of personal crime: An empirical foundation for a theory of personal victimization*, Cambridge, 1978. L'anno successivo, Cohen e Felson hanno ripreso questo orientamento nel loro "approccio basato sull'attività routinaria" (*routine activity approach*), intendendo per routinarie quelle attività ricorrenti che sono finalizzate a soddisfare i bisogni fondamentali

psicopatologici¹⁶, tratti del carattere)¹⁷. Un'altra circostanza che accresce il rischio di vittimizzazione è il fatto di essere già stato vittima di reato: fenomeno della cd. "multivittimizzazione"¹⁸.

della persona e argomentando che il loro cambiamento incide sulle probabilità di vittimizzazione. L. E. COHEN - M. FELSON, *Social change and crime rate trends: a routine activity approach* in *American Sociological Review*, 1979, 588-608. Ancora, Smith ha messo in luce, illustrando i risultati della sua indagine nella città di Birmingham, che le persone più a rischio sono coloro che si dedicano con più frequenza alle attività del tempo libero (*spare-time activities*), in quanto è di sera e nel fine settimana e durante gli incontri di carattere sociale che vengono statisticamente commessi più reati. Bisogna però sottolineare che ad aumentare il rischio di vittimizzazione sono le attività svolte in luoghi pubblici e a contatto con sconosciuti, ad esempio al cinema, a teatro o in discoteca, non invece quelle in compagnia di amici o famigliari. Inoltre, dallo studio comparatistico delle diverse aree di Birmingham, è emerso che ad incidere sul tasso di vittimizzazione dei vari quartieri è il loro grado di deprivazione economico-sociale. S. SMITH, *Victimization in the Inner City*, in *British Journal of Criminology*, 22, 1982 e *Crime, Space and Society*, Cambridge, 1986. A conferma di quest'ultima intuizione sono state elaborate teorie che valorizzano le caratteristiche dei luoghi, le cd. *deviant place theories*. Diversi studi hanno infatti individuato una particolare concentrazione del crimine nei quartieri più poveri, degradati e fittamente popolati. Sono inoltre maggiormente vittimizzati gli abitanti di zone metropolitane rispetto a quelli delle campagne e gli abitanti delle capitali rispetto a quelli dei centri minori. In tal senso, Sampson e Castellano rilavarono dai dati del *National Crime Survey* un legame tra la condizione economica dei quartieri, valutata in base alla percentuale media di reddito e disoccupazione, e la percentuale media di crimini contro la persona nelle principali città statunitensi. R. J SAMPSON - T. C. CASTELLANO, *Economic Inequality and Personal Victimization: An Areal Perspective*, in *British Journal of Criminology*, 1982.

¹⁴ Venendo alle predisposizioni sociali, vi sono professioni che determinano un rischio di vittimizzazione particolarmente elevato: la prostituzione, innanzitutto, seguita dall'impiego bancario e presso i servizi postali e dai mestieri di portavalori, taxista, agente di polizia, orefice e gallerista. La situazione sociale in cui versano rende particolarmente vulnerabili gli immigrati e le minoranze etniche e religiose. Le condizioni economiche e finanziarie non solo influenzano fortemente la scelta della vittima, ma spesso agiscono come fattore determinante l'intento di commettere reati contro il patrimonio. G. GULOTTA., *La vittima*, cit., 28 ss.

¹⁵ Tra le predisposizioni di tipo psicologico, i vittimologi annoverano le cd. "devianze sessuali" e soprattutto l'omosessualità. Nonostante i progressi compiuti nel segno della tolleranza e dell'integrazione è infatti ancora diffuso un duplice atteggiamento nei confronti degli omosessuali: un'aggressività più o meno latente determinata da un'ideologia machista ancora radicata nella nostra società e un'etichetta di inaffidabilità, viziosità e pericolosità, che li dissuade dal rivolgersi alle autorità e che nutre lo stereotipo della vittima che ha ricercato e meritato la propria vittimizzazione. V. T. BANDINI - F. FILAURO, *I delitti contro la persona dell'omosessuale*, in *Med. leg. e ass.* 1964, 697.

¹⁶ Stati psicopatogeni che diminuiscono la capacità di difesa sono la "subnormalità" e i disturbi dell'umore come la depressione. Da ultimo, vi sono tratti del carattere che possono incidere sul rischio di vittimizzazione, come l'imprudenza e la negligenza, o che espongono a particolari reati: la credulità o l'eccessiva fiducia ai raggiri tipici della truffa, la cupidigia e l'eccessiva ambizione ai reati determinati dall'induzione di altri ad accettare rischi molto elevati. G. GULOTTA, *La vittima*, cit., 28 ss.

¹⁷ Tale classificazione delle predisposizioni vittimogene specifiche è stata elaborata da Fattah. E.A. FATTAH, *La victime est elle coupable?*, cit., 115 ss.

¹⁸ Le statistiche dimostrano, infatti, che i reati, sia contro la persona sia contro il patrimonio, vengono perpetrati ai danni di un numero relativamente ridotto di vittime. Un'indagine condotta nel 2002 sulle vittime di reati violenti ha messo in luce, ad esempio, che in Italia l'indicatore della concentrazione,

Gli studi in tema di predisposizioni vittimogene, benché datati e, in parte, superati¹⁹, conservano attualità e interesse in quanto sono utili a far chiarezza sulla nozione, ultimamente “in voga”, di vulnerabilità²⁰. Non esiste una definizione univoca di vittima vulnerabile²¹. Ad essa, tuttavia, si può tentare di risalire a partire dalle tutele previste da alcuni testi sovranazionali a favore di determinate categorie di persone o delle vittime di taluni reati. Da una simile operazione risulta una nozione di vulnerabilità che oscilla tra la valorizzazione delle caratteristiche della vittima e la valorizzazione della tipologia di reato da essa subito. Sotto il primo profilo, che potremmo definire “soggettivo”, assumono rilievo le categorie di vittime deboli o fragili, quali minori, anziani, donne, disabili; sotto il profilo “oggettivo”, sono particolarmente vulnerabili, ad esempio, le vittime del terrorismo e della criminalità organizzata²².

calcolato come il numero dei reati su 100 vittime, è pari a 142,1 reati per 100 persone vittime e a 181,5 reati su 100 famiglie vittime. Per le vittime di reati violenti l'indicatore raddoppia (218,8). Precisamente, nel 56,7% dei casi la persona è già stata vittima una volta, nel 22,5 % due volte, nel 20,8% tre volte o più. Tra i reati più a rischio di “multivittimizzazione” vi sono la minaccia, i maltrattamenti e le violenze sessuali, ma anche gli atti di vandalismo, i furti di parti di veicolo e di oggetti esterni all'abitazione; tra i meno a rischio, il borseggio, il furto e il furto in prima casa o del veicolo. M.G. MURATORE, *La misurazione del fenomeno della criminalità attraverso le indagini di vittimizzazione*, 2011, 5, <http://www.istat.it>.

¹⁹ Il concetto di “vittima latente”, ad esempio, è oggi considerato superato e di scarso valore semantico. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 263.

²⁰ Si pensi alla recente direttiva 2012/29/UE, del 25 ottobre 2012, recante «Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato», che ha sostituito la decisione-quadro 2001/220/GAI e che prevede particolari tutele per le vittime vulnerabili. V. M. VENTUROLI, *La directive 2012/29/UE: dernière étape du processus de construction d'un «droit européen des victimes de la criminalité»*, in D. BERNARD - Y. CARTUYVELS - C. GUILLAIN - D. SCALIA - M. VAN DE KERCHOVE (a cura di), *Fondaments et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et internationale*, Limal, 2013, 669-683.

²¹ È bene evidenziare che vi sono convenzioni e protocolli sovranazionali dedicati a particolari categorie di vittime vulnerabili, che, quindi, hanno una specifica identità e rilevanza a livello internazionale ed europeo. Solo a titolo di esempio, si pensi alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul), del 7 aprile 2011, ratificata dall'Italia in data 19 giugno 2013, e alle tre edizioni del Programma Daphne, finanziato dall'Unione Europea e dedicato a particolari categorie di vittime vulnerabili, (Decisione n. 293/2000/CE, del 24 gennaio 2000, «Lotta contro la violenza nei confronti dei bambini, degli adolescenti e delle donne: programma Daphne», (2000-2003); Decisione 803/2004/CE, del 21 aprile 2004, «Combattere la violenza contro i bambini, gli adolescenti e le donne: programma Daphne II», (2004-2008); Decisione n. 779/2007/CE, del 20 giugno 2007, «Lotta contro la violenza nei confronti dei bambini, degli adolescenti e delle donne: programma Daphne III» (2007-2013). È stato pubblicato il bando per il programma Daphne IV, (2014-2020). V. *Daphne call – Transnational projects on violence against women, young people and children linked to harmful practices - JUST/2014/RDAP/AG/HARM*). Cfr. G. CODINI (a cura di), *La vittimologia e le vittime fragili: la situazione in Europa e i servizi di supporto*, cit., 133 ss.

²² M. VENTUROLI, *La tutela delle vittime nelle fonti penali europee*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3-4/2012, 86-113. Il quadro si complica ulteriormente se si prendono in considerazione, come fattori di vulnerabilità, anche i pericoli di vittimizzazione secondaria T. ARMENTA DEU - L. LUPARIA, *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili, Working paper sull'attuazione della decisione quadro 2001/220/GAI in Italia e Spagna*, Milano, 2011, 2. Cfr. F. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in *Penale contemporaneo*, 1/2014.

Orbene, alla luce delle predette considerazioni, è più che legittimo domandarsi quale importanza possa avere lo studio delle predisposizioni vittimogene, o, secondo una locuzione più moderna, dei fattori di vulnerabilità al crimine, e, quindi, quale importanza abbia o possa avere la vittimologia.

La vittimologia, anzitutto, è parte integrante della criminologia, che «sarebbe incompleta senza lo studio vero e proprio della vittima»²³, elemento cardine della molecola criminale e che non può essere ignorato senza che ne derivi un *vulnus* nella comprensione del fenomeno criminale²⁴.

In secondo luogo, è una preziosa risorsa a servizio del diritto penale. Infatti, se è vero che lo scopo del diritto penale è tutelare i beni giuridici prevenendone l'offesa, la vittimologia ha una vocazione fortemente preventiva, mirando a tutelare, anzitutto attraverso la divulgazione di studi e informazioni, le vittime potenziali, come dimostra l'esempio della vittimizzazione dei soggetti con disabilità di cui si dirà nel prosieguo.

Ancora, la vittimologia offre un formidabile contributo al diritto processuale penale. Tanto è vero che, da una parte, lo studio della vittima è funzionale alla comprensione della dinamica del fatto e all'accertamento delle responsabilità, dall'altra, consente di rispondere a esigenze *post-delictum* di cui anche la recente direttiva in tema di vittime²⁵ si è fatta portatrice, quali l'individuazione delle specifiche esigenze di protezione di chi abbia subito un reato e di eventuali misure speciali da adottare, nonché la riduzione dei rischi di vittimizzazione secondaria e di multi-vittimizzazione²⁶.

In terzo luogo, come dimostra il fenomeno delle manipolazioni mentali, anch'esso oggetto del presente contributo, lo studio delle vittime fornisce elementi fondamentali in un'ottica di riforma delle norme esistenti e di introduzione di nuove fattispecie incriminatrici.

2. La vulnerabilità dei soggetti con disabilità

Per quanto concerne la vittimizzazione dei soggetti con disabilità²⁷, ossia di coloro che presentano una «qualsiasi limitazione o perdita, conseguente a una menomazione, della

²³ H. MANNHEIM, *Trattato di criminologia comparata*, Torino, 1975, 761.

²⁴ Come per studiare la molecola di un determinato elemento non basta analizzare separatamente i singoli atomi, così per studiare un fenomeno complesso come il crimine, non si può prescindere dalle interazioni che intercorrono tra le sue componenti. È stato quindi proposto in criminologia il modello (anche visivamente) efficace della “molecola criminale”, attorno al cui nucleo, costituito dal crimine, si materializzano e ruotano gli altri atomi, costituiti da agenzie di controllo, reo e vittima. I legami chimici di origine elettronica tra gli atomi sono, fuor di metafora, le relazioni di reciproca influenza che intercorrono tra tutte le componenti del microcosmo criminale. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 287 ss.

²⁵ Direttiva 2012/29/UE, v. nota n. 19.

²⁶ Proprio per prevenire i predetti rischi di mutivittimizzazione e di vittimizzazione secondaria, la direttiva 2012/29/UE prevede, all'art. 22, che gli Stati procedano a una «valutazione individuale delle vittime di reato per individuarne le specifiche esigenze di protezione».

²⁷ Il termine “handicap” (da *hand in cap* [= mano nel cappello], usato nelle gare sportive, specie nei concorsi ippici, quando il fantino, che cavalcava un cavallo dotato di qualità superiori, era costretto a

capacità di compiere un'attività nel modo o nell'ampiezza considerati normali per un essere umano»²⁸, è possibile individuare fino a tre livelli di vittimizzazione. In primo luogo, sono “vittime” della loro disabilità²⁹, che costituisce indubbiamente un fattore di vulnerabilità al crimine, in quanto fonte, per usare una locuzione penalistica, di una “minorata difesa” (art. 61, n. 5, c.p.)³⁰. Inoltre, per quanto concerne i reati perpetrati tra le mura domestiche, uno studio ha dimostrato che i figli disabili sono esposti a un elevato rischio di vittimizzazione, per effetto di quella che gli psichiatri definiscono sindrome della perdita dell’“*expected normal child*” (atteso figlio normale), da cui possono derivare seri problemi familiari, che, talvolta, sfociano in violenze sul minore che ha disatteso le aspettative³¹. A questa predisposizione bio-fisiologica (primo livello di vittimizzazione), si può aggiungere un'esperienza di effettiva vittimizzazione (secondo livello di vittimizzazione). Ancora, i soggetti con disabilità spesso sono vittime della propria incapacità di reagire all'aggressione, di attivarsi per far cessare la condotta criminosa o per chiedere aiuto (terzo livello di vittimizzazione). Molte volte, addirittura, non solo sono capaci di comunicare la vittimizzazione che subiscono, ma nemmeno di percepirla³².

gareggiare tenendo una mano nel cappello e quindi a correre utilizzando una sola mano, al fine di equilibrare le possibilità dei concorrenti, V. VADALÀ, *La tutela della disabilità*, Milano, 2009, 1 ss.) ha recentemente ceduto il posto al termine “disabilità”. Tale “termine ombrello” si presta, infatti, a ricomprendere tutte le prospettive: corpo, individuo e società. Si legge, nella Classificazione OMS della disabilità “*Disabilities is an umbrella term, covering impairments, activity limitations, and participation restrictions. An impairment is a problem in body function or structure; an activity limitation is a difficulty encountered by an individual in executing a task or action; while a participation restriction is a problem experienced by an individual in involvement in life situations. Thus disability is a complex phenomenon, reflecting an interaction between features of a person's body and features of the society in which he or she lives.*” ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ (OMS), *ICF, International Classification of Functioning, Disability and Health (Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute)*, Trento, 2002, 16.

²⁸ ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ (OMS), *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH)*, <http://www.who.int/en/>.

²⁹ V. L. CORNACCHIA, *Vittima ed eutanasia*, in E. VENAFRO - C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 99.

³⁰ L'art. 61, n. 5, c.p. prevede un'aggravante comune che si applica a chi commette un reato essendo a conoscenza e approfittandosi di una condizione di vulnerabilità della vittima. Tale condizione può derivare da circostanze di tempo (ad es. l'ora notturna), di luogo (ad es. un luogo angusto o isolato) o di persona. Queste ultime comprendono l'eventuale debolezza fisica o psichica della persona offesa, determinata dall'età, da deficit fisici o psichici o da altra causa. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 85-149, Milano, 2005, 666 ss.

³¹ K.P. JAUDES - J.L. DIAMOND, *The handicapped child and child abuse*, in *Child Abuse & Neglect*, New York-Oxford Toronto, September 1985, vol. 9, 341-347.

³² Parimenti, Viano distingue quattro momenti del processo di vittimizzazione. Il primo consiste nell'offesa oggettivamente arrecata alla vittima. Il secondo consiste nella percezione di sé stessi come vittime, nella percezione, cioè, della lesione subita come ingiusta, illegittima, illecita e ingiustificata. Il terzo stadio corrisponde al reclamo del proprio *status* di vittima, vale a dire alla rivendicazione pubblica dell'offesa subita, alla richiesta di aiuto, di supporto e di tutela alle agenzie formali e informali. Il quarto e ultimo consiste nel riconoscimento, nella tutela e nel supporto effettivamente tributati alla vittima a livello

In studio abbiamo avuto il caso di un ragazzo affetto da un grave ritardo mentale e da disabilità fisica, ricoverato in una struttura para-ospedaliera, che, a detta di alcune infermiere, aveva subito abusi sessuali da parte di un altro infermiere. Il ragazzo, tuttavia, non presentava alcun segno esteriore di abuso, non c'erano telecamere e le testimonianze sono state ritenute inattendibili. Quel ragazzo ha subito veramente abusi sessuali? Se n'è accorto? In ogni caso non sarebbe in grado di riferirli.

Quello poc'anzi esposto è indubbiamente un "caso limite", che, però, consente di comprendere immediatamente le ragioni per cui, con riferimento a talune categorie di vittime vulnerabili, è molto esteso quello che in criminologia viene definito "campo oscuro"³³, ossia lo scarto tra criminalità reale e criminalità ufficiale. Molti dei reati commessi rimangono ignoti, sommersi, come la base di un iceberg del quale affiora solo la cima.

Rispetto alla vittimizzazione dei soggetti con disabilità, vittime vulnerabili per antonomasia, la vittimologia può svolgere un ruolo fondamentale. Anzitutto, per prevenire gli abusi sui soggetti deboli può rivelarsi molto utile il rilevamento, da parte del vittimologo, dei fattori di rischio e dei fattori di protezione³⁴. Nei casi in cui i fattori di rischio siano elevati e non equilibrati da fattori protettivi sarà opportuno monitorare il

sociale e istituzionale. E. VIANO, *Victimology Today: Major Issues in Research and Public Policy*, in E. VIANO, *Crime and its victims*, Washington, 1989, 3 ss.

³³ Sulla nozione di campo oscuro e sulle problematiche a esso connesse, G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 64 ss.; nonché G. FORTI, *Normatività ed empiria nel lavoro del criminologo. Il caso Sutherland*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1987, 364 ss.

³⁴ I molti studi condotti sui minori vittime di reato, ivi compresi quelli relativi ai fattori di rischio e ai fattori di protezione rispetto a esperienze di vittimizzazione, valgono a compensare, almeno in parte, la scarsità di studi condotti con specifico riferimento alle vittime disabili, in quanto si occupano anche dei minori con disabilità approdando a risultati che possono essere estesi anche agli adulti con disabilità che vivono in famiglia o in un istituto. Fattori di rischio possono essere, anzitutto, di carattere culturale, come la presenza, nella famiglia o nell'istituzione in cui vive il soggetto, di una tendenza all'uso della violenza, di punizioni o strategie educative dure e umilianti. A seguire, fattori socio-familiari sono, ad esempio, l'appartenenza a una razza o etnia diversa da quella percepita come dominante e il carattere problematico della famiglia di appartenenza. In particolare, come fattori specificamente genitoriali, vengono in rilievo la giovane età dei genitori, la natura conflittuale del loro rapporto (spesso dovuta o aggravata dalla disabilità del figlio), la dipendenza da alcool e droga. Infine, fattore di rischio individuale è una particolare gravità della disabilità, con forti limitazioni delle capacità motorie e/o intellettive e comportamentali. Per quanto concerne i fattori di protezione, quelli sociali e familiari sono l'esistenza di una fitta rete di supporto sociale, parentale e amicale, la fruibilità dei servizi sociosanitari, relazioni soddisfacenti con la famiglia d'origine (almeno con un componente), la capacità di gestire i conflitti. Altri fattori consistono nell'indole e nelle caratteristiche dei genitori o di coloro che assistono o circondano la potenziale vittima: la loro capacità di riconoscere i problemi del soggetto, di percepire i segnali o i rischi di abuso, l'attitudine all'empatia e alla risoluzione dei problemi. Infine, fattori protettivi individuali possono essere un buono stato fisico e/o una certa lucidità mentale (malgrado la menomazione presentata dal soggetto), un "temperamento facile", la capacità di stabilire una buona relazione con gli altri e di adattarsi a cambiamenti e situazioni difficili. F. MONTECCHI, *Dal bambino minaccioso al bambino minacciato: gli abusi sui bambini e la violenza in famiglia: prevenzione, rilevamento e trattamento*, Milano, 2005, 53 ss.

contesto in cui il soggetto conduce la propria esistenza, e, se vive in famiglia, fornire ad essa un supporto concreto, non solo economico. Inoltre, compito della vittimologia sarà quello di divulgare i risultati degli studi di maggiore e più immediata utilità pratica, al fine di responsabilizzare la società e, in particolare, i soggetti più vulnerabili (o coloro che li assistono), inducendoli, da una parte, a evitare o ridurre comportamenti e distrazioni che possano accrescere il rischio di vittimizzazione e ad adottare accorgimenti o prestare particolare attenzione nelle situazioni di pericolo, dall'altra, a denunciare le violenze subite (o a segnalare i sintomi di violenze riscontrati nei soggetti assistiti), contribuendo così a erodere il campo oscuro³⁵.

In tal senso, occorre interpretare e modulare correttamente la tendenza, inaugurata dalla vittimo-dommatica, alla "responsabilizzazione funzionale" delle vittime. Senza dubbio l'attività informativa e divulgativa dovrebbe essere sempre più sistematica e capillare, stimolando i membri della società, e in modo particolare i soggetti più a rischio (o coloro che li assistono) a collaborare alla salvaguardia dei beni giuridici di cui sono portatori. Parlare di un incremento dell'auto-responsabilità delle persone destinatarie di tutela non deve però portare a pericolose degenerazioni, nel senso di ritenere non doveroso l'intervento dello Stato, e quindi di escludere la punibilità, nei casi di assenza di ogni difesa "naturale", ragionevolmente esigibile dalla vittima nei confronti del reo. A precludere quest'esito, come si vedrà anche nel prosieguo, è il principio di solidarietà, che impedisce di deferire la tutela dei beni ritenuti meritevoli di protezione alla sola iniziativa dei loro titolari. Se un simile esito è inaccettabile con riferimento a coloro che sarebbero, in teoria, perfettamente in grado di difendersi, lo è, a maggior ragione, per coloro che hanno capacità ridotta o nulla di reagire a fatti criminosi. Il significato di una politica criminale che incentiva la cautela delle vittime potenziali e/o di coloro che le circondano è quello di innalzare il livello di tutela e non di abbassarlo o di sostituire la tutela pubblica con una sorta di "autotutela"³⁶.

3. La "vulnerabilità psichica": l'eventuale incriminazione delle manipolazioni mentali

Passiamo ora alla "vulnerabilità psichica", intesa come vulnerabilità alle aggressioni alla libertà morale e, in particolare, ai fenomeni di manipolazione mentale che, dopo la

³⁵ G. GULOTTA, *Dalla parte della vittima: un'introduzione*, in G. GULOTTA (a cura di), *Dalla parte della vittima*, Varese, 1980, 13 ss.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo*, Napoli, 2015, 58 ss.

³⁶ Non va dimenticato che il diritto penale ha una funzione di salvaguardia dei soggetti deboli nell'ambito di relazioni intersoggettive che ne accrescono la fragilità. Far prevalere un principio di autotutela o sussidiarietà significherebbe operare una scelta "forte", o addirittura una darwiniana "scelta per i più forti", lasciando indifese posizioni altrimenti difficilmente tutelabili. L. CORNACCHIA, *Vittima ed eutanasia*, cit., 108 ss., Cfr. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, 13 ss.

dichiarazione di incostituzionalità del delitto di plagio³⁷, non sono previsti e disciplinati dal nostro codice penale, a differenza di quanto avviene in Francia³⁸.

Si parla di “manipolazione psicologica” con riferimento alla messa in atto da parte di un soggetto, il “manipolatore”, di strategie di suggestione e persuasione volte a inculcare determinate idee e convinzioni in un altro soggetto, il “manipolato”, influenzandone sensibilmente i processi volitivo-decisionali e, di conseguenza, i comportamenti. Il risultato di tale attività deve essere l’annullamento o una sensibile riduzione delle capacità critiche dell’individuo, che sarà portato ad agire sulla scorta di motivazioni “eteroimposte” anziché di un processo autonomo e personale di formazione della volontà³⁹.

³⁷ Corte Cost., sentenza n. 96 del 1981, in *Giust. pen.*, 1981, 1, 227 ss. L’art. 603 c.p., che incriminava il plagio, sanzionava con la reclusione da cinque a quindici anni chiunque sottoponesse «una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione». La Corte ha dichiarato la norma costituzionalmente illegittima per violazione del principio di determinatezza, corollario del principio di legalità (art. 25, co. 2, Cost.) ritenendo che non solo fosse formulata con eccessiva ampiezza, e pertanto fosse suscettibile di ricomprendere anche forme di suggestione del tutto lecite, ma che prevedesse altresì «un’ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata». «Né è dimostrabile», affermò la Corte in un altro passaggio, «in base alle attuali conoscenze ed esperienze, che possano esistere esseri capaci di ottenere con soli mezzi psichici l’asservimento totale di una persona». V. nota critica di M. BOSCARRELLI, *A proposito del «principio di tassatività»*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1981, 1147 ss.; nota favorevole di F. DELL’ONGARO, *L’illegittimità costituzionale del reato di plagio*, in *Dir. famiglia.*, 1982, 311 ss.

³⁸ Nel maggio 2001, con la legge n. 504 (loi «About-Picard», dal nome dei proponenti), volta a rafforzare la prevenzione e la repressione dei movimenti settari che violano i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali, fu introdotta nel codice penale francese una nuova norma che sanziona «l’abuso fraudolento dello stato di ignoranza o della situazione di minorata difesa sia di un minore, sia di una persona la cui particolare vulnerabilità, dovuta alla sua età, a una malattia, a un’infermità, a una deficienza fisica o psichica o a uno stato di gravidanza è palese e conosciuta dal suo autore, sia di una persona in stato di soggezione psicologica o fisica che risulti dall’esercizio di pressioni gravi o reiterate o di tecniche atte ad alterare il suo giudizio, allo scopo di condurre questo minore o questa persona a un atto o ad un’astensione che gli sia gravemente pregiudizievole». La pena è aggravata «quando l’infrazione è commessa dal dirigente di diritto o di fatto di un gruppo che svolge delle attività che abbiano come scopo o oggetto quello di creare, mantenere o sfruttare la soggezione psicologica o fisica delle persone che partecipano a questa attività».

³⁹ T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Roma, 2013. L’espressione “manipolazione mentale”, o “manipolazione psicologica”, ricorre in dottrina e giurisprudenza a indicare una svariata gamma di offese alla libertà morale che, dopo la dichiarazione di incostituzionalità del delitto di plagio, vengono ricondotte ad altre fattispecie incriminatrici (ora la circonvenzione d’incapace, art. 643 c.p., ora la truffa, art. 640 c.p.). Il 4 marzo 2005 fu approvato dalla Commissione Giustizia del Senato un disegno di legge teso a introdurre, all’art. 613-bis c.p., un nuovo reato rubricato «manipolazione mentale». Sul punto cfr. G. CERRELLI, *Il disegno di legge n. 1777 sulle sette e la manipolazione mentale*, in *Iustitia*, 2005, 4, 471-477; A. PAGLIARO, *Sulla manipolazione mentale dei soggetti deboli*, in *Cass. pen.*, 2012, III, 788-791. Sull’impiego dell’espressione in dottrina, cfr. ad es. T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, cit.; G. PESTELLI, *Diritto penale e manipolazione mentale: tra vecchi problemi e prospettive de jure condendo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1274-1325. Nozione limitrofa a quella di “manipolazione

Fenomeni di manipolazione mentale possono ricorrere in diversi contesti, quali la relazione tra psicanalista e paziente⁴⁰, il rapporto tra sedicenti maghi e i loro clienti⁴¹, la relazione di coppia⁴², le sette. Sono stati proprio movimenti settari e pseudoreligiosi a stimolare la formulazione di disegni di legge volti a reintrodurre il delitto di plagio⁴³ nonché la conduzione di studi vittimologici in tema di “vulnerabilità psichica”.

mentale” che ha goduto in passato di notevole successo e risonanza mediatica è quella di *brainwashing*, o “lavaggio del cervello”, termine coniato nel 1950 da un giornalista americano, corrispondente da Hong Kong, con riferimento alle tecniche usate nelle prigioni cinesi nei confronti di missionari cristiani e nazionalisti di Chang Kai Chek, traducendo il cinese “hsi nao”, letteralmente “purificare la mente”. Tale concetto, che nella lingua originale aveva l’accezione positiva di “processo di miglioramento intellettuale”, tradotto in inglese, assume la connotazione negativa di tecnica volta a manipolare la psiche altrui inculcandovi nuovi pensieri, opinioni e categorie mentali. Il fenomeno viene studiato negli anni a seguire su impulso di diversi episodi, tra cui quello della “rieducazione” dei prigionieri di guerra americani nel corso della guerra in Corea. E. HUNTER, *Brain-washing in Red China: the calculated destruction of men’s minds*, New York, 1951. K. E.; TAYLOR, *Brainwashing. The Science of Thought Control*, London, 2004, trad. it. P. F. Paolini *Brainwashing. La scienza del controllo del pensiero*, Roma, 2008, 15 ss.

⁴⁰ Negli anni Ottanta, ad esempio, assurde agli onori della cronaca la vicenda del dott. Verdiglione, psicoterapeuta che, in qualità di presidente di un’associazione di professionisti esperti in psicanalisi, il «Movimento freudiano internazionale», persuadeva i suoi pazienti ad acquistare quote di una delle società del gruppo, avvalendosi di artifici, di raggiri, di minacce, ma anche abusando del *transfert*, un meccanismo psichico che si instaura tra medico e paziente in forza del quale il soggetto sottoposto a terapia tende a sviluppare un forte coinvolgimento sentimentale verso il terapeuta. Il prodotto tipico del *transfert* è una condizione di soggezione e dipendenza, più o meno forte, del paziente dal terapeuta. G. FIANDACA, *Caso Verdiglione: il “transfert” psicoanalitico come impostura*, in *Foro it.*, 1987, 2, 30 ss.

⁴¹ Numerosi sono stati i casi giudiziari che hanno visto coinvolti sedicenti maghi che, incutendo timore riverenziale in persone spesso culturalmente sprovviste, hanno esercitato in maniera subdola forme di potere o dominio su di esse, traendone indebito arricchimento. Il rapporto tra cliente e mago è caratterizzato dal divario incolmabile tra impotenza del primo e presunta onnipotenza del secondo, laddove l’uno soffre per l’aspra contraddizione tra ciò che desidera e la situazione in cui versa, l’altro gli offre l’opportunità di un riscatto magico. V. G. FORTI, *Il potere segreto della metamorfosi. ‘Magie’ criminali e controllo penale dell’occulto*, in *Jus*, 1, 2009, 133-160, e giurisprudenza ivi citata, ad es. Cass. pen., Sez. II, 11 agosto 2003, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 8, 982 ss.; T. VENTURINI, *Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale: il mago e l’imprenditore magico*, in *Cass. pen.*, IX, 2005, 1019 ss.

⁴² Le indagini statistiche mettono in luce che, accanto a violenze fisiche e agli abusi sessuali, all’interno della relazione di coppia, sono frequenti le violenze di natura psicologica (*cd. verbal abuse, emotional abuse*). V. *Indagine ISTAT «La violenza contro le donne»* (2014), www.istat.it. In particolare, argomentano gli psicologi, si assiste a dinamiche quotidiane in cui va accentuandosi un’asimmetria di potere, che talvolta degenera in gravi situazioni di limitazione, controllo e svalorizzazione del partner, fino ad arrivare a vere e proprie minacce e intimidazioni. L.E.A. WALKER, *Battered Woman Syndrome*, New York, 2009, 42; M.F. HIRIGOYEN, *Molestie morali: la violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*, Torino, 2005, 111 ss.

⁴³ L’etimologia di “setta” non è pacifica. Secondo una prima interpretazione, il termine deriverebbe dal latino *sector*, variante del verbo *sequor* che significa “seguire”, in quanto a lungo impiegato per indicare i seguaci di una determinata scuola di pensiero. Una seconda interpretazione, prevalente, ne individua l’origine nel verbo *secare*, letteralmente “tagliare”, “troncare”, “staccare”, a indicare soggetti che si distaccano dai comportamenti e dai valori sociali dominanti. S. D’AURIA, *Le sette sataniche tra libertà religiosa e delitto di plagio*, in *Gnosis*, 2011, 2, 1-16.

Non è questa la sede per soffermarsi sulla definizione di setta, sulla distinzione tra movimento religioso e setta, sulle tipologie di sette e sull'entità del fenomeno in Italia, profili e dati per cui si rimanda all'ultimo censimento ufficiale del 1998⁴⁴. Per avere un'idea dei processi di vittimizzazione che possono sorgere in seno a una setta, può essere sufficiente soffermarsi sulle attività di una setta famosa e diffusa a livello internazionale: Scientology. Si tratta di un movimento, nato negli anni Cinquanta negli Stati Uniti, precisamente in California, e presto approdato anche in Europa e Australia, che propone ai potenziali adepti una tecnica di auto-perfezionamento fisico e psichico, detta "dianetica", da apprendere attraverso corsi a pagamento (detti "auditing" e "purification") e finalizzata a eliminare le immagini negative presenti nella mente, i cd. "engrammi", derivanti da sofferenze provate nella vita corrente o in quelle precedenti⁴⁵. Le lunghe vicende giudiziarie che hanno coinvolto la setta⁴⁶ sono sorte innanzitutto con riferimento alle strategie di vendita dei corsi, strategie particolarmente insistenti, talvolta fino all'ossessione; alle singolari metodologie "terapeutiche" impiegate (lunghe saune, prescrizione di farmaci e intrugli costosi privi di reali funzioni curative); al progressivo aumento del costo dei corsi fino al depauperamento degli adepti, che venivano a quel punto inseriti nell'organizzazione come dipendenti, nonché alle minacce di mali gravi in caso di recesso dalla setta⁴⁷.

⁴⁴ Rapporto del Dipartimento di Pubblica Sicurezza «*Sette religiose e nuovi movimenti magici in Italia*», 1998, pubblicato su <http://xenu.com-it.net/rapporto/>, nonché dall'OLIR (Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose), <http://www.aitap.org/>. Si tratta di una fonte non recentissima, ma che costituisce l'ultimo censimento "ufficiale" attuato in Italia sul fenomeno in analisi. Dati più recenti, non ufficiali, ma di indubbio interesse, sono stati riferiti, ad esempio, dal Servizio nazionale antisette della comunità Papa Giovanni XXIII, nel corso del convegno «L'esperienza religiosa dell'umanità tra libertà e manipolazione», tenutosi a Roma nel febbraio 2011. Solo nel corso del 2010 il numero verde istituito dalla comunità Papa Giovanni XXIII ricevette tremila segnalazioni e richieste di aiuto. Il 43% dei casi segnalati si collocavano al Nord, il 31% al Centro e il 26% al Sud. Cfr. S. D'AURIA, *Le sette sataniche tra libertà religiosa e delitto di plagio*, cit., 2, 1-16.

⁴⁵ T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, cit., 37. Cfr. P. COLELLA, *La disciplina di "Scientology" nell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 3, 2446 ss.; P. MAZZEI, *La natura della «Chiesa di Scientology»*, in *Dir. eccl.*, 1991, 1, 405 ss.; F. FINOCCHIARO, *Scientology nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 1995, 1, 601 ss.; G. DE ROSA, *La Chiesa di Scientology. Una pseudoscienza e una pseudoreligione*, in *Civ. Catt.*, 1985, 3, 139 ss.

⁴⁶ Cfr. Trib. Milano, 13 luglio 1988, in *Dir. eccl.*, 1988, 2, 590 ss.; Trib. Milano, 3 ottobre 1988, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1989, 344 ss.; Trib. Milano, 2 luglio 1991, in *Dir. eccl.*, 1991, 2, 419 ss.; Corte App. Milano, 5 novembre 1993, in *Foro it.*, 1995, 2, 689 ss.; Corte App. Milano, 5 ottobre 2000, in *Riv. it. Dir. pen e proc.*, 2002, 2, 644 ss.

⁴⁷ I reati contestati al movimento sono stati ad esempio la truffa (640 c.p.), la circonvenzione d'incapace (643 c.p.), l'estorsione (art. 629 c.p.), la violenza privata (art. 610 c.p.) e l'abusivo esercizio di una professione (art. 348 c.p.). In particolare, è stato ritenuto sussistente il delitto di truffa in casi in cui agli adepti erano state garantite la guarigione da malattie fisiche o psichiche o la disintossicazione da sostanze stupefacenti (cfr. Trib. Milano, 2 luglio 1991, cit., 419 ss.; Corte App. Milano, 5 novembre 1993, cit., 689 ss.), non invece in casi in cui era stato prospettato agli adepti il raggiungimento di una condizione psicofisica di benessere, non meglio specificata, in quanto, stante la soggettività del concetto in parola, tale

Venendo alla nozione di “vulnerabilità psichica”, da uno studio⁴⁸ sono emersi due principali fattori idonei a rendere una persona particolarmente vulnerabile al reclutamento e alle successive attività di condizionamento psichico. Il primo fattore è uno stato di depressione dovuto a un’esperienza di lutto o di fallimento o a una forte delusione. Il secondo è costituito dalla mancanza di esperienze forti di “coinvolgimento”, si pensi a una relazione personale significativa, a un rapporto di lavoro stabile, a un programma di istruzione o di formazione⁴⁹. Le spinte psicologiche che favoriscono l’avvicinamento a fenomeni settari da parte dei soggetti poc’anzi inquadrati sono diverse. In primo luogo, la setta si presenta come consolazione alla frustrazione da inadeguatezza sociale che i soggetti vulnerabili solitamente provano, in quanto valorizza il singolo come parte integrante del gruppo. In secondo luogo, il carisma dei capi-setta risponde all’insicurezza e al bisogno di una guida forte che caratterizza i soggetti a rischio. Inoltre, la setta spesso rassicura le ansie, come la paura della morte, predicando l’esistenza ultraterrena, l’immortalità, talvolta la reincarnazione. Ancora, i fenomeni settari favoriscono, inizialmente, l’aumento dell’autostima promettendo di trasmettere agli adepti competenze magiche e arti esoteriche, che consentano loro di controllare l’ambiente esterno. Infine, a fronte della mancanza di coinvolgimenti significativi che solitamente caratterizza il potenziale adepto, la setta offre la possibilità di avere un coinvolgimento forte, di diventare parte di un gruppo chiuso ed esclusivo, di avere nuove e strette relazioni sociali, soddisfacendo così il disperato bisogno di appartenenza che spesso si avverte in momenti di abbandono e solitudine⁵⁰.

promessa non poteva ritenersi oggettivamente falsa e tendenziosa (cfr. Pret. Modena, 3 giugno 1989, in *Foro it.*, 1990, 2, 476 ss.). La circonvenzione di incapaci è stata ravvisata da alcuni giudici di merito in presenza di situazioni di abuso della fragilità e dei bisogni di alcuni adepti, spesso in condizione di “dipendenza terapeutica” (cfr. Trib. Milano, 2 luglio 1991, cit., 419 ss.), l’estorsione in casi di atti tendenti alla sopraffazione nonché alla creazione di un clima intimidatorio per ottenere versamenti di denaro a favore dell’organizzazione (cfr. Corte App. Milano, 5 novembre 1993, cit., 689 ss.). Ancora, il fatto di somministrare agli adepti saune prolungate, vitamine e altri cibi prospettandone falsamente le proprietà curative è stato ricondotto, in alcune pronunce, all’abusivo esercizio di una professione (348 c.p.) per l’assenza di apposite competenze e specializzazione da parte degli agenti (Corte App. Milano, 5 novembre 1993, cit., 689 ss.; Cass. pen., 9 febbraio 1995, in *Riv. it. Dir. pen e proc.* 1995, 689 ss.).

⁴⁸ Molti studi condotti sulle sette sono stati applicati e si sono rivelati idonei a spiegare fenomeni di manipolazione mentale radicati in contesti diversi, quali la relazione di coppia. V. M. F. HIRIGOYEN, *Sottomessa: la violenza sulle donne nella coppia*, Torino, 2006, 92 ss.

⁴⁹ A confermare tale teoria è la circostanza in forza della quale i soggetti che, statisticamente, tendono a entrare a far parte di un gruppo settario sono coloro che stanno vivendo un periodo di transizione, dalla scuola superiore all’università, dall’università al lavoro, chi è appena arrivato in una nuova città, magari lontana da casa, chi ha perso il lavoro, chi ha appena divorziato. A. PACCIOCCA, *La vulnerabilità psichica e il pericolo delle sette*, Città del Vaticano, 2008, 167 ss.

⁵⁰ S. BARRESI, *Sette religiose e criminali*, Roma, 2000, 105. Cfr. J.M. ABGRALL, *La mécanique des sectes*, Paris, 2002. Chi entra a far parte di una setta solitamente va incontro a riprovazione sociale, viene etichettato come pazzo, squilibrato e, di conseguenza, colpevolizzato per le conseguenze dannose cui va incontro. Altre volte, si incolpa la famiglia, ritenendo che non sia stata abbastanza presente. Al contrario, occorrerebbe prestare maggiore attenzione ai fattori che predispongono al reclutamento in gruppi settari,

Tuttavia, le conseguenze dannose cui l'adepto può andare incontro sono di varia natura: finanziaria (truffe, pretese economiche eccessive e ingiustificate, richiesta di prestazioni non remunerate); fisica (maltrattamenti, abusi sessuali, privazione di sonno e di cibo, negato accesso a prestazioni sanitarie e cure mediche); psicologica (negazione di affetto e solidarietà, attacchi all'autostima, accesso limitato o vincolato alle informazioni e/o all'educazione)⁵¹. Le vittime delle sette, inoltre, finiscono per sviluppare quella che è stata definita una "dipendenza imposta"⁵². In altri termini, dopo aver subito operazioni di "deprogrammazione" dei loro pensieri, attuate attraverso tecniche sociali e psicologiche, gli adepti finiscono per sviluppare una sorta di venerazione acritica per il capo carismatico e una spontanea e totale sottomissione ai dettami della setta. Facendo leva sul loro bisogno più o meno conscio di "coinvolgimento", i capi-setta coinvolgono i seguaci a trecentosessanta gradi, all'inizio per determinate fasce orarie, poi anche ventiquattro ore su ventiquattro, in un mondo a sé stante, da cui spesso loro stessi non vogliono più uscire per paura, una volta abbandonata tale "avvolgente" esperienza e l'identità artificiale che hanno acquisito, di provare sentimenti di vuoto e smarrimento⁵³.

Ciò premesso, gli studi vittimologici, a cominciare da quelli cui si è poc'anzi fatto cenno, possono svolgere un'importante funzione nei processi di criminalizzazione in astratto e in concreto⁵⁴ delle manipolazioni mentali e nella risoluzione dei problemi che essi comportano. La penalizzazione di condotte che provochino un condizionamento psichico volontario e invasivo presenta, infatti, profili di potenziale contrasto con i principi costituzionali di determinatezza e offensività.

quali le forti carenze di risorse personali, affettive e sociali. Ad esempio, la divulgazione di studi in materia di "vulnerabilità psichica" avrebbe una notevole efficacia in termini di sensibilizzazione e prevenzione rispetto ai fenomeni di vittimizzazione che spesso si radicano all'interno delle sette. A. PACCIOLLA, *La vulnerabilità psichica e il pericolo delle sette*, cit., 169.

⁵¹ È interessante osservare come gli stessi leader carismatici delle sette spesso siano affetti da disturbi della personalità o altre patologie psicologiche come la sindrome bipolare, forme di depressione con tratti paranoici, delirio di grandezza, ipertrofia dell'io, delirio mistico. A. PACCIOLLA, *La vulnerabilità psichica e il pericolo delle sette*, cit., 170.

⁵² M. T. SINGER, *Cults in Our Midst - Le sette tra noi*, San Francisco, 1995.

⁵³ In tal senso, la setta può essere interpretata come un'istituzione totale. Non è difficile, infatti, ravvisare analogie con quanto affermato da Goffmann nel suo studio più noto. Cfr. E. GOFFMAN, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, New York, 1961, trad. it. F. Basaglia, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2010, 33 ss. Se, una volta usciti, gli adepti si accorgono di essere stati manipolati, possono andare incontro a conseguenze psicologiche simili a quelle che la letteratura criminologica e psicologica hanno riscontrato con riferimento alle vittime dei *white collar crimes*, vale a dire un vertiginoso crollo dell'autostima, la sensazione di essersi fatti imbrogliare, un senso di inutilità, ingenuità, rabbia, ansia, disturbi del sonno, una sensazione di sfiducia diffusa. B. K. PAYNE, *White-collar crime: the essentials*, Los Angeles, 2013, 39 ss. V. B. SPALEK, *White collar crime victims and the issue of trust*, in *British Society of Criminology*, vol. 4, Leicester, 2011. Sulla prima teorizzazione del *white collar crime*, E.H. SUTHERLAND, *White collar crime: the uncut version*, Yale, 1983, trad. it. G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi: la versione integrale*, Milano, 1987.

⁵⁴ V. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 50 ss.

In primo luogo, un eventuale reato di manipolazione mentale, al pari di tutte le fattispecie incriminatrici con “evento psichico”⁵⁵, rischia di violare quel profilo del principio di determinatezza che ben mise in luce la Corte Costituzionale nella sentenza⁵⁶ dichiarativa dell’incostituzionalità del plagio, vale a dire la necessità di riscontri fattuali e di sicuri criteri di verificabilità empirica della descrizione legale. In secondo luogo, il principio di offensività richiede, anzitutto, l’individuazione di un bene giuridico meritevole di tutela, ossia dotato di rilevanza costituzionale e concretamente “offendibile”. In seconda battuta, sarà necessario verificare se il consenso, che solitamente il soggetto, almeno *ab origine*, presta alle attività di condizionamento psichico di cui è vittima, operi elidendo l’antigiuridicità, in forza di una lettura “aggiornata” della scriminante di cui all’art. 50 c.p., oppure escludendo l’offensività⁵⁷.

Orbene, senza dubbio la vittimologia può offrire un notevole contributo alla soluzione dei predetti quesiti. In primo luogo, al fine di formulare una fattispecie incriminatrice i cui elementi costitutivi abbiano riscontri fattuali e siano suscettibili di accertamento, sarà necessario valorizzare, con l’ausilio della vittimologia, la condizione del soggetto passivo, analizzando, prima e più che il suo rapporto con l’agente, il suo rapporto con i terzi. A fronte di fenomeni essenzialmente psichici, infatti, occorre compiere un’operazione di oggettivazione individuando parametri di esteriorizzazione della lesione. In tal senso, si potrà parlare di manipolazione mentale qualora il soggetto sia stato dolosamente indirizzato a tenere determinati comportamenti, con modalità effettivamente meritevoli di riprovazione, ad esempio inducendolo a interrompere le sue relazioni affettive, a isolarsi dagli altri e a conservare un solo interlocutore totalizzante, quale unica fonte di informazione e orientamento. Così facendo, ossia avendo riguardo sia alla condotta dell’agente, sia ai comportamenti, ai cambiamenti e alle caratteristiche della vittima, sia alle variabili contestuali, sarà possibile tracciare un confine, tendenzialmente

⁵⁵ Sul punto v. M. CAPUTO, *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 1386, 1412 ss.

⁵⁶ Corte Cost., sentenza n. 96 del 1981, cit., 227 ss.

⁵⁷ È bene evidenziare che fattispecie delittuose come i reati di pericolo presunto hanno portato alcuni interpreti a interrogarsi sul senso e sull’ammissibilità della categoria dei cd. fatti inoffensivi conformi al tipo. Infatti, se è vero che la criminalizzazione in astratto viene condotta in vista di uno scopo, che coincide, sostanzialmente, con l’obiettivo di tutelare un determinato bene giuridico, ogniqualvolta il bene non sia offeso lo scopo della norma non viene in gioco e, pertanto, perde di significato la stessa operazione di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta. In altri termini, la tesi della configurabilità dell’interesse tutelato come requisito autonomo della fattispecie è da ritenersi priva di fondamento. Tanto è vero che l’esistenza di condotte tipiche e, al tempo stesso, inoffensive, oltre a privare di significato o rendere incostituzionali i reati di pericolo presunto, richiederebbe che la valutazione dell’offensività e l’individuazione degli elementi descrittivi del reato avvenissero sulla base di criteri diversi, ma non vi sono argomenti normativi e logici per pervenire a tale conclusione. Pertanto, pare ragionevole sostenere che un fatto inoffensivo difetti automaticamente di tipicità. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. I, 1973, 35 ss.

determinato, tra condizionamenti fisiologici, penalmente irrilevanti, e condizionamenti patologici, meritevoli di risposta in campo penale⁵⁸.

Per quanto concerne l'offensività, è pacifico in dottrina e in giurisprudenza che la libertà morale sia un bene di rilevanza costituzionale⁵⁹. Nonostante tra i numerosi autori critici del plagio alcuni sostenessero la tesi della sostanziale "inespropriabilità" della

⁵⁸ Alcuni autori ritengono che per l'accertamento della causalità psichica non si possa ricorrere alla teoria condizionalistica, ma, al più, alla teoria della causalità agevolatrice o di rinforzo, in quanto le leggi psicologiche, avendo natura astratta e probabilistica, sono valide per l'individuo medio, ma insufficienti a consentire un sicuro accertamento del legame causale tra condotta condizionante e comportamento tenuto *hic et nunc* dal singolo e concreto soggetto condizionato (SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, 92 ss.; F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 419). Al contrario, altra dottrina ritiene che non sia necessario derogare alla teoria condizionalistica per l'accertamento della causalità psichica, che non è né quantitativamente né qualitativamente, ma solo strutturalmente, diversa da quella fisica e, pertanto, suscettibile di essere accertata con metodi di indagine diversi, vale a dire ricorrendo a leggi sociali di copertura a base statistica, che conducano a giudizi normativi analoghi a quelli che vengono in gioco in materia di colpa. In altri termini, come la cristallizzazione di giudizi di prevedibilità ed evitabilità ripetuti nel tempo ha portato alle regole cautelari, così la cristallizzazione di modalità tipiche di condizionamento dell'altrui condotta umana può consentire un accertamento più attendibile della causalità psichica. Si propone, quindi, di usare la teoria condizionalistica previa selezione di condotte condizionanti tipiche, individuate in considerazione delle alternative di condotta della vittima, delle sue caratteristiche personali, delle circostanze esteriori dell'azione. L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 83; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 284-285.

⁵⁹ Sulla costituzionalizzazione implicita del bene giuridico della libertà morale, ricavabile dalla lettura di diverse norme della Carta fondamentale, v. G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi in onore di F. Vassalli*, Torino, 1960, vol. 2, 1629 ss. Inoltre, innegabile è il legame tra dignità, diritto supremo riconosciuto a livello nazionale e sovranazionale, e libertà morale, intesa anche come libertà di pensare liberamente e in modo "veramente umano", vale a dire in un contesto caratterizzato dall'intersoggettività e dalla pluralità delle fonti informative. «Tutta la nostra dignità consiste dunque nel pensiero» - scriveva Pascal - «l'uomo non è che una canna, la più debole della natura, ma è una canna pensante» B. PASCAL, *Pensées - Pensieri* (trad. it.), C. CARENA (a cura di), Torino, 2004, 173. «Se l'uomo si pone davvero al centro del diritto penale, orientandolo e attribuendogli senso (così come la sua vita e la sua dignità stanno al vertice di una criminologia che aspiri a definirsi "umana"), allora la cura della sua persona, della sua capacità di pensiero e la cura delle sue relazioni personali non possono che essere intese come un passaggio necessario». G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 7, 2013, 256. La lista delle capacità irrinunciabili e insostituibili, che lo Stato, secondo una nuova concezione della giustizia emancipata dalla logica del reciproco vantaggio economico, dovrebbe garantire a tutti, secondo il *capability approach* [= approccio delle capacità] di Martha Nussbaum, che rafforza e arricchisce di contenuti operativi il legame tra dignità, uguaglianza e libertà, comprende «la possibilità di usare i propri sensi, poter immaginare, pensare e ragionare in modo "veramente umano" (...). Poter andare in cerca del significato ultimo dell'esistenza in modo proprio» e quindi libero da pressioni e manipolazioni. M.C. NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, trad. it., *Giustizia sociale e dignità umana: da individui a persone*, Bologna, 2002, 75 ss. Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, trad. it., *Le nuove frontiere della giustizia: disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, 2007, 178 ss.; M.C. NUSSBAUM, *Creating capabilities. The human development approach*, trad. it. *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, Bologna, 2012, 27 ss.

personalità individuale, in forza della quale si può essere convinti, persuasi, ma mai propriamente costretti ad aderire a un'idea, a un credo o a un culto⁶⁰, l'ampia casistica e diversi studi vittimologici e psicologici⁶¹ dimostrano che tale bene è altresì concretamente "offendibile", dimostrano cioè che è possibile deteriorare i processi di associazione e ideazione autonoma del soggetto manipolato trasformandolo in una *longa manus* del manipolatore⁶².

Per quanto concerne l'efficacia scriminante del consenso ai sensi dell'art. 50 c.p., è legittimo dubitare, da una parte, che sussista e permanga nel tempo il requisito della validità del consenso, dall'altra, che la libertà morale rientri nel novero dei diritti disponibili⁶³. In alternativa, si potrebbe argomentare che, in presenza del consenso validamente prestato dal soggetto passivo, la condotta manipolatoria difetterebbe di offensività. A tale riguardo, è bene fare un brevissimo cenno alle due principali

⁶⁰ F. COPPI, *Plagio*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 941.

⁶¹ Alcuni studi dimostrano che è possibile diminuire le facoltà cognitive di una persona attraverso tecniche di "comunicazione perversa" che danno alla vittima la mera illusione di un'autentica comunicazione, di avere un reale scambio con l'interlocutore-manipolatore. Tra queste tecniche, le più eclatanti consistono nel rifiuto di una comunicazione diretta, eludendo le domande o rispondendo con frasi criptiche e ambigue; nella deformazione del linguaggio, volutamente vago e impreciso al fine di destabilizzare il destinatario e fargli credere che sia lui a non essere in grado di comprendere ciò che in realtà è chiaro; nella menzogna, solitamente indiretta e difficile da percepire; nel sarcasmo, nella derisione, nel disprezzo e nell'ostentato cinismo, senza mai sfociare in palese ostilità; nella trasmissione di messaggi paradossali al fine di instillare dubbi anche su questioni ordinarie e di comune conoscenza, e, infine, nella squalificazione, attraverso la negazione di qualità e meriti, dell'interlocutore. M.F. HIRIGOYEN, *Sottomessa: la violenza sulle donne nella coppia*, cit., 99 ss. Inoltre, lo studio delle strategie di manipolazione adottate in contesti settari dimostra che portare un soggetto ad isolarsi e a conservare un unico interlocutore totalizzante finisce per alterare i processi fisiologici di formazione della volontà, che si caratterizzano per l'apporto di una pluralità di fonti informative e per la dimensione intersoggettiva in cui si sviluppano. V. G. FLORA (a cura di), *Il Plagio tra realtà e negazione: la problematica penalistica*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1990, 86 ss.

⁶² In tal senso, è stato osservato che esistono «situazioni funzionali alla libertà di azione (al potere di agire) dell'uomo, modificabili e, quindi, offendibili per effetto di un comportamento umano». G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione*, in AA. VV., *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Milano, 2003, 156, nota n. 237.

⁶³ Il consenso è valido quanto è "competente" e prestato da un soggetto capace. Per competenza del consenso si intende il possesso di informazioni veritiere ed esaustive. Con riferimento al profilo della capacità, particolarmente ardua sarà la verifica della validità del consenso del soggetto condizionato qualora si tratti di persona psichicamente debole per fattori culturali e/o caratteriali. In siffatti casi, sarebbe auspicabile una valutazione individuale dell'effettiva comprensione della situazione da parte del soggetto manipolato. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 253 ss. È bene sottolineare che il consenso a entrare a far parte di una setta o di un'associazione di carattere religioso o ideologico perderebbe in ogni caso di rilevanza qualora, in un momento successivo, al soggetto fosse precluso di dissociarsi attraverso vessazioni o minacce. T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, cit., 216 ss. Inoltre, vi è in dottrina chi osserva che, nei veri e propri casi di manipolazione mentale, il consenso della persona offesa non scriminerebbe mai, in quanto, da una parte, "viziato" dallo stato di isolamento e sudditanza psicologica già determinati nel soggetto, dall'altra, riferito all'offesa di un bene indisponibile quale la libertà morale. G. FLORA (a cura di), *Il plagio tra realtà e negazione: la problematica penalistica*, cit., 86 ss.

concezioni del consenso del soggetto passivo che si sono alternate nel dibattito penalistico. In estrema sintesi, secondo una concezione laica e antipaternalistica, lo Stato, e a maggior ragione il diritto penale, non dovrebbe mai interferire con l'autonomia individuale, nemmeno quando questa si traduca nella scelta di autodanneggiarsi, fatto salvo il suo potere e dovere di verificare la genuinità di detta scelta⁶⁴. Quindi, stando a tale orientamento, in presenza del consenso non vi sarebbe offensività. Al contrario, secondo una visione paternalistica dello Stato, il consenso del singolo non è sempre meritevole di tutela a dispetto di qualsiasi altra istanza, ma va bilanciato con gli altri interessi in gioco⁶⁵. In particolare, con riferimento alle manipolazioni mentali, gli interessi in conflitto sono la libertà e spontaneità del processo di formazione della volontà, da una parte, e l'autonomia individuale, in forza della quale, ad esempio, il soggetto ha aderito a un movimento settario, dall'altra. In dottrina vi è chi ritiene che riconoscere alla prima una prevalenza sulla seconda, e quindi ritenere offensive le manipolazioni mentali, sia in linea con la tradizione morale e civile consolidata nelle moderne società occidentali⁶⁶ e chi, al contrario, sostiene che tale conclusione sia in contrasto con la natura laica e pluralista di uno Stato moderno e di diritto, in cui l'intervento penale non può considerarsi legittimato in presenza di scelte personali discutibili o addirittura irragionevoli, ma non lesive di beni giuridici altrui di rilievo costituzionale⁶⁷.

Altro dibattito che assume rilievo con riferimento all'offensività delle manipolazioni mentali e che chiama in causa la vittimologia consiste nel valore da attribuire alla percezione della condotta come offensiva da parte di chi ne è vittima. Nel nostro ordinamento vige una concezione tendenzialmente oggettiva dell'offensività, pertanto, il

⁶⁴ Il liberalismo giuridico-penale, coltivato, nella sua forma più radicale, dal filosofo, politologo ed economista britannico John Stuart Mill, nonché dal filosofo americano Joel Feinberg, si incentra sull'asserto in forza del quale l'unico divieto che il diritto penale può legittimamente imporre è quello di danneggiare gli altri, non invece quello di arrecare danno a sé stessi. Si veda J. S. MILL, *On Liberty*, London, 1959; J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law*, Oxford, 1984. Diversi autori, tutt'oggi, si dichiarano convinti antipaternalisti. *Ex pluribus* A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011; G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012.

⁶⁵ In estrema sintesi, secondo il paternalismo giuridico, il diritto penale sarebbe legittimato a interferire con l'autonomia dei consociati nel senso di proteggerli, ove necessario, dalle decisioni che essi stessi prendano in proprio danno. Vi sono autori contemporanei che hanno manifestato un certo scetticismo rispetto al liberalismo radicale di Mill e Feinberg e rispetto all'opportunità di precludere in maniera assoluta al legislatore di imporre paternalisticamente divieti ai cittadini. In tal senso, M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, Milano, 2008; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, 489 ss.

⁶⁶ M. RONCO, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 297 ss. L'intervento del diritto penale, pertanto, sarà giustificato nei casi in cui il concorso necessario della vittima nel reato si articola in comportamenti che, «pur costituendo una manifestazione della libertà di arbitrio, si risolvono in un danno irreversibile per la sua salute fisica o psichica». *Ivi*, cit., 3.

⁶⁷ In tal senso T. VITARELLI, *Manipolazione psicologia e diritto penale*, cit., 178 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 275 e 289; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., 990.

fatto che, sempre usando l'esempio della setta, un adepto non si percepisca come "vittima", non varrebbe a escludere che sia stata realizzata un'offesa ai beni giuridici di cui è portatore, nel caso in analisi la libertà morale⁶⁸.

Infine, sulla scia delle recenti tendenze antipaternalistiche e potenzialmente a discapito della nostra concezione "oggettiva" dell'offensività, la vittimo-dommatica ha introdotto il concetto, già richiamato in tema di vittimizzazione dei soggetti con disabilità, di "responsabilizzazione funzionale" della vittima nella tutela dei beni giuridici di cui è portatrice. Tale orientamento comporta, tuttavia, il rischio, di cui si dirà meglio nel paragrafo successivo, che la valorizzazione del ruolo della vittima nella genesi e nella dinamica del reato si traduca nel ritenere che, in taluni contesti, «la vittima è tale perché

⁶⁸ F. BRICOLA, *Voce "Teoria generale del reato"*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, Tomo II, 2389 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 175 ss. A conferma della sussistenza, nel nostro ordinamento, di una concezione "oggettiva" di offensività, che prescinde dalla percezione della persona offesa, in talune fattispecie il legislatore ha inserito soglie predeterminate di punibilità, che altro non sono che un'«espressione normativa di un determinato livello di offesa». M. ROMANO, *Teoria del reato, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1721-1741. Si pensi, in tal senso, ai reati tributari (artt. 3, 4 e 5 D.L. 74/2000) e alle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) come formulate prima della riforma del 2015 (l. 27 maggio 2015, n. 69). In altri termini, laddove il legislatore ha previsto soglie di punibilità, ha fissato una misura oggettiva di offensività, superata la quale la condotta assurge a rilevanza penale. Inoltre, anche nei casi in cui il diritto penale dichiaratamente interviene a reprimere offese rivolte ai "sentimenti" (si pensi al sentimento religioso, al sentimento del pudore, ai sentimenti per gli animali), non considera questi ultimi nella percezione squisitamente soggettiva, e pertanto inafferrabile, del loro titolare, bensì nella loro «obiettivazione in situazioni sociali», altrimenti ne deriverebbe un'intollerabile carenza di tassatività. M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offence" di Joel Feinberg*, in *Laicità valori e diritto penale*; Milano, 2010, 80. Vale la pena di osservare che, ancorando l'offensività di una condotta alla percezione soggettiva della vittima, si approderebbe a risultati inaffidabili, sia per la varietà di fattori che incidono su tale percezione, sia per il fenomeno delle cd. "preferenze adattive". Con la predetta espressione si allude alla tendenza, spesso riscontrabile in soggetti svantaggiati, ad adattarsi alla propria situazione, inibendo le proprie aspirazioni e il proprio desiderio di cambiamento. A. SEN, *Development as Freedom*, New York, 1999, trad. it. di G. Rigamonti *Lo sviluppo è libertà: perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2001, 70 ss.; M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone: donne e universalità dei diritti*, cit., 146. È bene sottolineare che nei sistemi di *common law* non esiste una nozione corrispondente a quella continentale di bene giuridico, di matrice tedesca e recepita in molti ordinamenti, ivi compreso quello italiano. L'offesa penalmente rilevante viene indicata con il termine *harm*, che ha un'accezione fortemente individualistica, come aggressione a interessi facenti capo a singoli o, al più, a interessi collettivi, concepiti però come sommatoria di interessi individuali. J. STUART MILL, *On Liberty*, Oxford, 1959, trad. it. di L. Geymonat *Saggio sulla libertà*, Milano, 2003; H.L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, trad. it. di M. e F. Ferracuti e G. Scardaccione *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978; J. FEINBERG, *Harm to Others*, New York-Oxford, 1984; J. FEINBERG, *Offense to others*, New York-Oxford, 1985; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1999; A. VON HIRSCH, *The Offense Principle in Criminal Law: Affront to Sensibility or Wrongdoing?* in *King's College Law Review*, Fasc. 11, 2000, 78 ss.

se lo è meritato»⁶⁹, ad esempio, avendo scelto di entrare a far parte della setta o di andare e rimanere in cura da un sedicente psicanalista o curatore, e che, quindi, non è meritevole di tutela da parte del diritto penale.

4. Conclusioni

In conclusione, la vittimologia può e deve svolgere un ruolo fondamentale per il diritto penale e per la politica criminale, a patto che la “scoperta” e valorizzazione della vittima, da una parte, non si traduca nella pretermissione delle garanzie previste a favore dell’imputato, come paventa parte della dottrina processual-penalistica⁷⁰, dall’altra, non porti paradossalmente ad abbassare il livello di tutela dei beni giuridici. In altri termini, la rilettura della fattispecie tipica alla luce della vittima, che la vittimo-domatica ha inaugurato, e la “responsabilizzazione funzionale” della vittima non devono tradursi in una sorta di «riprivatizzazione della giustizia»⁷¹ in contrasto con la vocazione pubblicistica del diritto penale, che ha come «scopo codificato di politica criminale»⁷² la tutela dei beni giuridici, da perseguire attraverso norme che non riguardano solo la singola vittima di volta in volta interessata, ma tutte le vittime potenziali, indirettamente interessate alla stabilità dell’ordinamento giuridico-penale⁷³.

Lo studio della vittima e della sua percezione della propria esperienza di vittimizzazione potrebbe infatti operare come canone ermeneutico delle fattispecie di parte speciale secondo due distinte modalità. Da una parte, si potrebbero ritenere tipiche, in quanto autenticamente offensive, solo quelle condotte in grado di neutralizzare le possibilità di difesa ragionevolmente esigibili da parte della vittima. Dall’altra, il

⁶⁹ Si veda A. DI MARTINO, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, in VENAFRO - C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale* cit., 193. Cfr. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-domatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 13 ss.

⁷⁰ P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 23 ss.; V. A. ARIANNA - P. DE CRESCENZO - G. FUGA, *La tutela della vittima e le garanzie dell'imputato. La più recente normativa dell'Unione europea*, Roma, 2011.

⁷¹ A. DI MARTINO, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, cit., 193, nota n. 9. In tal senso, è interessante osservare come l’evoluzione della disciplina della legittima difesa, con l’introduzione della tanto discussa “legittima difesa domiciliare” (l. 13 febbraio 2006, n. 59), sia sintomatica di una tendenza alla “privatizzazione” della tutela dei beni giuridici. La presunzione di proporzione tra difesa e offesa introdotta con la predetta riforma, infatti, sebbene sbandierata come forma di “restituzione di sovranità” ai cittadini, a ben vedere, finisce per comportare una parziale delega ai privati della responsabilità per il controllo della criminalità, gravandoli di oneri. In altri termini, il diritto a difendersi corre un elevato rischio di tramutarsi, socialmente e culturalmente, nell’obbligo (o meglio nell’onere) di farlo per salvaguardare i propri beni giuridici minacciati dall’aggressione ingiusta. G. FORTI, *No duty to retreat? Legittima difesa e politiche criminali di «riconoscimento ideologico»*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011. Vol. I, 322; C. FERRARI - M. LAMANUZZI, *Eccesso colposo nella legittima difesa e patrocinio a spese della Regione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (rivista on-line), dicembre 2014.

⁷² F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 65 ss., 179 ss.

⁷³ A. DI MARTINO, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, cit., 199.

principio vittimologico potrebbe portare a escludere l'intervento dello Stato, e in particolare la meritevolezza della pena, ogniqualvolta la vittima rinunci a ogni difesa "naturale", e quindi esigibile, nei confronti dell'aggressore, manifestando una sorta di "disinteresse" per la tutela dei beni giuridici di cui essa stessa è portatrice. Secondo tale orientamento, è come se l'attivazione di ordinarie reazioni difensive costituisse una sorta di requisito non scritto di fattispecie, in assenza del quale verrebbe meno la tipicità del fatto⁷⁴.

Tale efficacia riduttiva del principio vittimologico parrebbe, *prima facie*, in piena sintonia con i fondamentali principi di sussidiarietà, proporzione e frammentarietà del diritto penale. Tuttavia, a ben vedere, i predetti principi operano come limiti sostanziali dell'attività legislativa, non dell'attività interpretativo-giudiziale. Non spetta al giudice applicarli in concreto, caso per caso. Inoltre, accanto a tali principi non va dimenticato il fondamentale principio di solidarietà, che informa non solo il sistema penale, ma l'ordinamento giuridico nel suo complesso. In altri termini, al principio di sussidiarietà, che parrebbe propendere per un arretramento del diritto penale in assenza di ogni difesa "naturale", ragionevolmente esigibile dalla vittima nei confronti del reo, va opposto il preponderante principio di solidarietà, che impedisce di affidare la salvaguardia dei beni ritenuti meritevoli di tutela alla sola iniziativa dei loro titolari, "lasciandoli al proprio destino"⁷⁵.

Con le dovute cautele, arginando eventuali derive vittimo-dogmatiche, la vittimologia può conservare ed esplicare al meglio la propria vocazione preventiva, tenendo viva «la speranza che, occupandosi di più della vittima, si possa arrivare a raggiungere, sia pure indirettamente, un altro vitale traguardo e cioè il controllo della criminalità»⁷⁶.

⁷⁴ Si veda A. DI MARTINO, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, cit., 191 ss.

⁷⁵ È interessante osservare come il soggetto che chiedi l'eutanasia possa essere ricondotto alla categoria delle vittime particolarmente vulnerabili, nei confronti delle quali lo Stato, senza andare incontro a critiche di paternalismo, ha un dovere solidaristico di tutela. Se, infatti, il suicidio è un fatto meramente privato, la cui penalizzazione sarebbe a dir poco paradossale, sia perché reo e vittima coincidono, sia per l'assenza di un imputato da processare, ogniqualvolta alla soppressione di una vita, bene giuridico supremo nella moderna concezione personalistica del diritto penale, concorra un terzo, la vicenda diventa pubblica, come testimoniato dagli artt. 579 e 580 c.p. L. CORNACCHIA, *Vittima e eutanasia*, cit., 108 ss.

⁷⁶ L. DE CATALDO NEUBURGER, *Lo stress psicologico da vittimizzazione*, in G. GULOTTA (a cura di), *Dalla parte della vittima*, cit., 102.

TRA RISCATTO E FUGA: LE PAROLE DELLA VITTIMA NEL CONTRADDITTORIO PROCESSUALE¹

Riccardo Germano

Sommario: 1. Un riscatto, sul piano probatorio, apparentemente amplificato. – 2. Regole di valutazione e universo probatorio “convergente”. – 3. La regola *bard* e l’ulteriore (implicita) ipotesi assoluta. – 4. La regola *bard* e l’ulteriore dubbio (esterno) sulla vittima. – 5. Le parole costituenti prova unica: un’ulteriore fallacia?. – 6. Le parole in fuga “dal” contraddittorio, “dal” procedimento. – 7. La tentata fuga dal procedimento e l’“eterno ritorno”. – 8. Conclusioni.

1. Un riscatto, sul piano probatorio, apparentemente amplificato

«*Ne cives ad arma ruant*».

Così suonava il monito del *praetor* romano, preoccupato di garantire la pace sociale e scongiurare la vendetta. Il fine era chiaro: il processo, raffinata modalità di soluzione delle controversie, valeva a sostituire l’autotutela degli offesi. Una dimensione di riscatto era, ed è tuttora, loro concessa nel contesto del processo penale - allora di natura privata², ora pubblica -. La *vexata quaestio* è comprendere fino a che punto, «se ha un senso dire punto dove non è spazio»³, possa giungere tale riscatto, di cui il contributo testimoniale è principale manifestazione.

Assunto il dato per cui nell’ordinamento penale difetta una regola analoga all’art. 246 c.p.c.⁴, ed ammesso, di conseguenza, il cumularsi in capo alla vittima⁵ delle qualifiche processuali di “persona offesa” e “testimone”, sorse presto l’interrogativo se il legislatore si fosse scordato della palese aspettativa della vittima ad un esito processuale sfavorevole all’imputato⁶ o se, piuttosto, avesse ritenuto a tal punto essenziale il

¹ Un ringraziamento, per l’attenzione dedicata e i puntuali rilievi, va alla professoressa Barbara Lavarini.

² Sulla progressiva “depenalizzazione” del diritto privato romano, e parallela attrazione di illeciti privati nel diritto pubblico: M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palumbo, 2006, 99 ss, 498 ss.

³ E. MONTALE, *Altri versi*, II, *Ho tanta fede in te...*

⁴ Per una disamina delle differenze di trattamento tra sede civile e sede penale, in relazione alla figura del danneggiato - spesso, ma non necessariamente, coincidente con la persona offesa -, B. LAVARINI, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Giappichelli, 2009, 27 ss.

⁵ Ad evitare eccessive ripetizioni, si useranno alternativamente i termini “vittima” e “persona offesa”, nella consapevolezza che la sinonimia è imprecisa: il primo termine sconta una vaghezza di fondo, e l’ordinamento italiano conosce, per lo più, il secondo. Per contro, quest’ultimo assume autonoma rilevanza giuridica nella Direttiva 2012/29/UE, all’art. 2 § 1.

⁶ Interesse rilevato, *ex plurimis*, da M. G. AIMONETTO, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 1983, 328.

contributo probatorio della vittima da giustificare questa scelta⁷. L'*incipit* da cui muovere è, evidentemente, che il processo si serve della vittima per finalità di rilievo pubblicistico. Di qui un ruolo ambiguo della stessa, che contemporaneamente avanza una pretesa⁸ e viene assoggettata a doveri alla pari degli altri testimoni⁹: la vittima si serve del processo penale e serve al processo penale¹⁰. È stato notato, tuttavia, che l'essenzialità del contributo della vittima non si traduce in necessità *stricto sensu*, in quanto è sempre astrattamente possibile - benché altamente improbabile - che l'audizione della persona offesa non sia richiesta da nessuna delle parti, e che il giudice non ricorra alla *extrema ratio* dell'assunzione d'ufficio *ex art. 507 c.p.p.*¹¹.

Ad ogni modo, una volta richiesta e ammessa la testimonianza della persona offesa, lo scenario processuale si arricchisce delle parole del soggetto (supposto)¹² titolare del bene giuridico leso e, in quanto tale, (supposto) diretto conoscitore dei fatti¹³. A fronte di una pluralità di prove, le sue dichiarazioni testimoniali costituiranno una premessa probatoria¹⁴, fra le altre.

I problemi sorgono laddove la testimonianza della vittima rappresenti l'unica premessa probatoria, o quando la medesima si contrapponga alla premessa probatoria costituita dalle dichiarazioni - in esame dibattimentale - dell'imputato, senza alcun ulteriore elemento che corrobori l'una o l'altra versione. L'esame testimoniale della persona offesa e l'esame dell'imputato hanno pari dignità probatoria, ma cosa contribuisce a differenziarli - sul piano della valutazione - è la sussistenza dell'obbligo di affermare il vero, elemento che difetta nell'esame dell'imputato¹⁵. Da ciò si ricava una tendenziale

⁷ Un esplicito suggerimento, limitatamente alla testimonianza della parte civile, si evince dalla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.*, Serie generale n. 250 del 24 - 10 - 1988 - Suppl. ordinario n. 93, dove si afferma: «Si è ritenuto che la rinuncia al contributo probatorio della parte civile costituisce un sacrificio troppo grande nella ricerca della verità processuale».

⁸ A ben vedere le pretese sono più di una: quella, in senso ampio, ad una certa conclusione del procedimento penale - v. nota 6 -, quella ad ottenere ascolto - pretesa che oggi trova conferma nella Direttiva 2012/29/UE, art. 10, rubricato «Diritto ad essere sentiti» - e quella, eventualmente, ad un ristoro risarcitorio - qualora danneggiato e persona offesa coincidano -.

⁹ G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, a cura di L. Lupària, Cedam, 2015, 65 ss.

¹⁰ H. BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., 257. Sulla contraddittorietà della figura, L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Torri del Vento, 2012, 381 ss.

¹¹ L. LUPÀRIA, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012, 47.

¹² Sulla cautela a considerare la vittima come "presunta", L. LUPÀRIA, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, cit., 50.

¹³ Corollari di questa conoscenza diretta dei fatti in L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 382 ss.

¹⁴ Ci si riferisce a «i mezzi potenzialmente idonei a provare», *alias* il primo dei tre fattori componenti la "struttura triadica della prova", P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Vol. I Struttura e procedimento*, Giappichelli, 2015, 1 - 47 ss. Di seguito si considereranno fungibili i termini "prove" e "premesse probatorie", con ciò riferendosi al medesimo fenomeno ora descritto.

¹⁵ M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2015, 6.

presunzione di attendibilità del teste, quand'anche vittima¹⁶, e una tendenziale sfiducia verso le parole dell'imputato¹⁷, il che porterebbe a rilevare come, *ex post*, paia sorto sull'accusato l'onere della prova, senz'altro *diabolica*, della temerarietà delle dichiarazioni della vittima.

Si aggiunga, fra l'altro, la granitica massima giurisprudenziale per cui la deposizione della persona offesa può essere assunta, da sola, come fonte di prova della colpevolezza dell'imputato¹⁸. È, altresì, vero che il giudici di legittimità hanno, da tempo, affinato i criteri con cui vagliare attentamente le dichiarazioni del teste - vittima, richiedendo un maggiore corredo motivazionale¹⁹, ma restano inapplicabili, al caso di specie, i canoni di valutazione della prova forniti dall'art. 192 commi 2 e 3 c.p.p.²⁰.

Arduo, ma non impossibile, superare l'*impasse* della temuta inversione d'*onus probandi*²¹.

Il legislatore detta, infatti, una regola di giudizio²²: che la prova della colpevolezza si raggiunga «oltre ogni ragionevole dubbio», altrimenti si prosciolga. *Tertium non datur*.

2. Regole di valutazione e universo probatorio “convergente”

Istanze di sistematicità impongono un cenno preliminare al ruolo svolto dai criteri legali di valutazione negativa²³ della prova, della cui efficacia - *lato sensu* - in dottrina si è dubitato²⁴. Omettendo l'approfondita esegesi dell'art. 192 commi 2 e 3 - esercizio superfluo a questi fini -, le disposizioni sulle prove indiziarie e sulle dichiarazioni del coimputato avvertono, *prima facie*, della necessità di una struttura «a convergenza» del

¹⁶ *Ex multis*, Cass., sez. IV, 10 ottobre 2006, n. 35984, in *dejure*; Cass., sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7180, *ivi*;

¹⁷ In tema, M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 6, nota 27.

¹⁸ *Ad exemplum*, Cass., sez. I, 26 maggio 2015, n. 26856, in *dejure*; Cass., sez. III, 10 dicembre 2013, n. 6624, *ivi*; Cass., sez. IV, 18 ottobre 2011, n. 44644, *ivi*; Cass., sez. IV, 21 giugno 2005, n. 30422, *ivi*; Anche in dottrina si mette in luce, in relazione a delitti a sfondo sessuale, la possibile forza di prova esclusiva delle parole dell'offeso: B. LAVARINI, *La costituzione di parte civile: un inutile ostacolo alla ragionevole durata del processo o un fondamentale strumento di tutela della vittima?*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. BARGIS, Giuffrè, 2013, 130; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 400.

¹⁹ A proposito di credibilità soggettiva e attendibilità intrinseca del racconto, nella moltitudine: Cass., sez. III, 23 settembre 2010, n. 37820, in *dejure*.

²⁰ Fra le numerose pronunce, Cass., sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 43394, in *dejure*; Cass., sez. III, 27 aprile 2006, n. 34110, *ivi*. Fanno eccezione: Cass., sez. un., 19 luglio 2012, n. 41461, *Bell'Arte*, *ivi*; Cass., sez. III, 16 giugno 2015, n. 26755, *ivi*.

²¹ Inversione operante, per inciso, sull'originario onere di provare gli addebiti da parte dell'accusa. Sull'onere e i suoi significati, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*¹⁴, Giuffrè, 2013, 246 ss.

²² *Infra* § 3.

²³ Sul concetto, F. CORDERO, *Procedura penale*⁹, Giuffrè, 2012, 600 ss.

²⁴ Si allude a P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Questione di giustizia*, 1998, 587 ss, dove si nota che «a guidare i passi elastici dell'inferenza giudiziale, attenti al dato empirico e al contesto probatorio, non posso certo essere le regole rigide ed astratte del legislatore, sempre al di qua o al di là delle esigenze imposte dal caso concreto».

complesso probatorio²⁵. In entrambi i casi, il legislatore si spinge ad esigere una moltitudine di elementi, *alias* una dimensione quantitativa - sebbene non determinabile a priori - che circoscriva il libero convincimento dell'organo giurisdizionale. Se il legislatore avesse omissso il requisito della «concordanza»²⁶ per gli indizi, o se avesse, per le dichiarazioni del coimputato, semplicemente statuito che «sono valutate attentamente», i limiti di un apprezzamento qualitativo, a fronte di uno quantitativo - la richiesta di pluralità di elementi probatori - si sarebbero mostrati nella loro veste più ipocrita: sotto clausole generiche sono sussumibili i più vari contenuti. Meno opinabile è, invece, la presenza o assenza di un ulteriore elemento (indiziario o, genericamente, di riscontro estrinseco)²⁷, benché possibilità di aggirare anche tale vincolo persistano: l'*intentio* del giudice fa sì che «dove il narrante sia creduto, le conferme non mancano mai»²⁸.

Come già osservato²⁹, in relazione alla deposizione testimoniale della vittima tutto ciò manca, con la conseguenza che le parole della persona offesa non necessitano, almeno formalmente, di avalli nella realtà fenomenica esterna.

Nuovamente: se una persona offesa sempre - o quasi sempre - fornisce testimonianza, se l'accusa sempre - o quasi sempre - si appoggia a codesta dichiarazione per assolvere il proprio onere, fatalmente si ribalta sull'imputato, qualora accusato dai *verba* della vittima, l'onere di discolarsi (scalfendo l'attendibilità della vittima, che, per l'appunto, giova di presunzione relativa)³⁰.

Effimera, dunque, la portata dell'onere sull'accusa, laddove la costante presenza delle parole dell'offeso valga a soddisfarlo. Ma il prosiegua varrà a smentire questa conclusione.

²⁵ Così, F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013, 539, 540; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 160 ss. Per un accostamento delle due regole sotto il profilo della *corroboration* (*ergo*, sotto il profilo che qui interessa), M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, 2009, 119 ss. Il profilo, tuttavia, va distinto dalla cosiddetta teoria della «convergenza del molteplice», costituente indirizzo interpretativo sull'applicabilità dei requisiti *ex lege* all'oggetto della prova indiziaria, P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2014, 91 ss.

²⁶ Sulla «concordanza» che vale a precludere che un singolo indizio sia sufficiente, A. SCALFATI - D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, II, t. I, a cura di A. SCALFATI, Utet, 2009, 71 ss., dove si nota che non mancano pronunce in cui un solo indizio è ritenuto bastevole - ad esempio, Cass., sez. V, 22 ottobre 2003, n. 4565, in *de jure* - e che costituisce eccezione la prova d'*alibi*, per antonomasia indiziaria e sufficiente ad escludere la responsabilità penale - in argomento, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 234 ss.-

²⁷ A proposito del requisito in questione: V. GREVI, *Prove*, in CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*⁷, Cedam, 2014, 337 ss; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 624 ss; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 161 ss.

²⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 624. Analogo rilievo in P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore*, cit., 594 ss. Sulla aggirabilità di tali precetti, da parte della giurisprudenza, M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 132 ss.

²⁹ *Supra* § 1.

³⁰ V. nota 16.

3. La regola *bard* e l'ulteriore (implicita) ipotesi assolutoria

Si è accennato³¹ al canone dell'accertamento della responsabilità penale «oltre ogni ragionevole dubbio» - *bard*³² -, introdotto dall'art. 5 della l. 20 febbraio 2006 n. 46, in riforma dell'art. 533 comma 1 c.p.p. La comprensione della sua portata può aiutare nella risoluzione del quesito (o meglio, nel superamento dell'*impasse*).

Costituente regola probatoria e di giudizio³³, l'espressione rappresenta una “rivoluzione copernicana” per taluni³⁴, ovvero una mera codificazione di “criptotipi” preesistenti per tal'altri³⁵. Allo stesso modo, manca consenso sul fondamento o meno della regola nelle disposizioni costituzionali³⁶. Un influente orientamento dottrinale³⁷, recepito infine dalla Cassazione³⁸, specifica ulteriormente come il dubbio ragionevole possa sollevarsi d'ufficio³⁹, debba sempre ancorarsi a dati probatori - non essendo sufficiente un dubbio meramente “logico” -⁴⁰, e si realizzi in due direzioni, una interna (incoerenza o insufficienza esplicativa della prova) e l'altra esterna (presenza di plausibili ricostruzioni alternative). Quest'ultimo dato - la sussistenza di un ragionevole dubbio esterno - è forse il più pregnante, e sarà successivamente richiamato.

Ciò puntualizzato, la prospettiva preferibile - a questi fini - è quella che riconosce un *quid novi* della norma rispetto alle ipotesi delineate dall'art. 530 comma 2 c.p.p.: la prova che conferma la colpevolezza e, pur tuttavia, non fuga ogni dubbio ragionevole costituisce un *quartum genus* rispetto alle tre ipotesi assolutorie espressamente

³¹ *Supra* § 1.

³² Acronimo del principio “*beyond any reasonable doubt*”, di origine anglosassone - nordamericana. Per un conciso raffronto, C. CONTI, *Ragionevole dubbio e “scienza delle prove”*: la peculiarità dell'esperienza italiana rispetto ai sistemi di *common law*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2012, 1 ss.

³³ Specificazione che compare, ancor prima della codificazione della *bard rule*, in G. CANZIO, *L'“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 303 ss; dello stesso Autore, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2011.

³⁴ C. E. PALIERO, *Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*, in *Guida dir.*, n. 10, 2006, 73.

³⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 995; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., 882.

³⁶ *Ex plurimis: pro*, P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 74 ss; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè, 2015, 175 ss; *contra*, F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2009, 51 ss.

³⁷ Fra i diversi contributi dell'Autore, in *ultimis*, F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 437 - 438.

³⁸ Cass., sez. I, 24 ottobre 2011, n. 41110, in *dejure*. La ricezione è rilevata da J. DELLA TORRE, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'“oltre ogni ragionevole dubbio”*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2014, 14.

³⁹ Altro aspetto è il perseguimento, radicalmente vietato al giudice, della contro-ipotesi attraverso i poteri probatori ufficiosi, P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 88.

⁴⁰ Particolare, per il vero, già consolidato in giurisprudenza: Cass., sez. IV, 12 novembre 2009, n. 48320, in *dejure*; Cass., sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, *ivi*; Cfr., a proposito del carattere della “ragionevolezza”, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 81 ss.

contemplate (assenza, insufficienza, contraddittorietà della prova di colpevolezza)⁴¹. La regola in parola, oltre a specificare il parametro di valutazione di codeste tre ipotesi⁴², ne amplia, infatti, la portata. Per inciso, l'assoluzione in presenza di una prova piena, residuando tuttavia un dubbio ragionevole, condurrebbe ad un risultato processuale meno liberatorio degli altri - in particolare, il meno liberatorio fra tutti - in quanto, su una scala ideale di avvicinamento alla condanna, questa eventualità si collocherebbe nell'intorno matematico del punto apicale - la condanna, per l'appunto -⁴³. In altri termini, si potrebbe rilevare che «quel dubbio lascia uno stigma all'assolto»⁴⁴.

4. La regola *bard* e l'ulteriore dubbio (esterno) sulla vittima

Occorre, a questo punto, comprendere dove, e come, le dichiarazioni testimoniali della persona offesa si collochino, dopo la modifica dell'art. 533 comma 1 c.p.p., alla luce della massima per cui le stesse non necessitano di riscontri e possono, da sole, fondare una condanna. Escludendo l'evenienza dell'*alibi* provato o confutato⁴⁵, le situazioni di interesse, come già delineato, sono quella in cui la voce della persona offesa è unica premessa probatoria e quella in cui la sua voce e quella dell'imputato sono le uniche due premesse probatorie⁴⁶.

Il filtro giurisprudenziale delle parole della vittima resta quello della attendibilità intrinseca e credibilità soggettiva (che, *de facto* assorbita dalla prima⁴⁷, si ometterà di ripetere), ma occorre chiarire se questi due requisiti, di per sé, dimostrino l'assenza di dubbi⁴⁸ interni ed esterni o se un'applicazione surrettizia delle disposizioni sui riscontri

⁴¹ Cenni alla sottile distinzione fra il *novum* in parola e le ipotesi assolutorie contemplate dall'art. 530 comma 2 c.p.p. in: M. TARUFFO, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, *Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2009, 310; A. BARGI, *La decisione sul fatto incerto*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2014, 17. Si consideri, poi, che il riferimento dovrebbe essere, più precisamente, ad un *quantum genus*, qualora si computasse anche l'evenienza della prova positiva dell'innocenza.

⁴² Specificazione che, a onor del vero, avvenne già, prima della codificazione della suddetta regola, per merito di Cass., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, in *dejure*.

⁴³ In analisi infinitesimale il concetto di *intorno di un punto x* rappresenta intervalli costituiti da punti "molto prossimi" a *x*. A completamento della metafora, si tratterebbe, nel caso di specie, di un *intorno sinistro* di *x* (dove per *x* intendiamo il punto di condanna), in quanto *x* è *estremo superiore*.

⁴⁴ Espressione estrapolata dal (parzialmente) diverso contesto dell'insufficienza probatoria, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 994.

⁴⁵ Il quale, a ben vedere, necessita di altra premessa probatoria per essere provato ovvero confutato, divenendo *alibi* falso. Diversa è l'ipotesi dell'*alibi* affermato dall'imputato in esame e fallito - in quanto sprovvisto di ulteriori premesse probatorie che lo corroborino -, perché in tale ipotesi si rientrerebbe nel secondo caso-limite di cui si discorrerà. Sui diversi contorni della giurisprudenza in relazione all'*alibi* fallito e all'*alibi* falso, M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, 2005, 34 ss.

⁴⁶ L'analisi che segue muove dalla premessa che «è [...] dalla dialettica tra le parti - e non da un'indimostrata gerarchia tra i mezzi di prova - che deve emergere quale tra le versioni contrapposte sia la più attendibile», M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 7.

⁴⁷ F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 538 ss.

⁴⁸ Ad evitare ridondanze, di seguito si ometterà di ripetere il requisito della "ragionevolezza", rinviando per lo stesso alla nota 40.

estrinseci (o sulla concordanza indiziaria, equivalente - a questi fini - sotto il profilo quantitativo)⁴⁹ sia imposta dal canone *bard*, così come interpretato da ultimo⁵⁰.

Per quanto riguarda l'ipotesi delle dichiarazioni della vittima costituenti l'unico elemento probatorio, l'attendibilità intrinseca è l'equivalente positivo dell'assenza di dubbio interno, per tanto una simmetria fra i due è ravvisabile nella misura in cui la vittima ricostruisca coerentemente e compiutamente gli avvenimenti - e, a corollario, sia ritenuta credibile -. Dubbio interno fugato, permane il dubbio esterno: maggiormente titolata a sollevare una contro ipotesi sarà la difesa, in assenza il giudice d'ufficio⁵¹. Dovendosi il dubbio ancorare a basi probatorie, e non a mere congetture, non potrà che relazionarsi - in assenza delle dichiarazioni dell'imputato e di qualunque altro elemento - alle dichiarazioni della vittima, unica premessa probatoria. Ma come fugarlo ricorrendo alle stesse dichiarazioni, in quanto altri elementi non vi sono, è questione arcaica: confutare un'ipotesi ricostruttiva, alternativa alle dichiarazioni, ricorrendo alle medesime parrebbe un vizio logico. È *in re ipsa* l'incompatibilità fra una ipotesi dichiarativa e una contro-ipotesi costruita ad esclusione della prima. Inevitabile diverrebbe, allora, il riscontro nel mondo empirico, nelle risultanze processuali, per dissipare l'incertezza. Ma questo è impedito dall'assunzione di base - l'assenza di elementi *aliunde* emergenti - perché si sta guardando al caso-limite in cui la voce della vittima è prova "solitaria". Soluzione coatta sarebbe, di conseguenza, l'assoluzione nell'ipotesi di *quartum genus*⁵².

Più lineare il discorso nell'ipotesi in cui vi siano anche le dichiarazioni dell'imputato (e, beninteso, nessun elemento ulteriore). Ipotizzando nuovamente l'assenza di dubbi interni sulle dichiarazioni della vittima, il dubbio esterno potrà, questa volta, sorgere non solo d'ufficio, ma anche grazie all'esame dell'imputato (che prospetti una diversa ricostruzione dei fatti o un *alibi*) e sarà annientabile, per una sorta di proprietà riflessiva, dalla sua possibile intrinseca contraddizione. Tuttavia, al di fuori di questa autoconfutazione "suicida" - l'incoerenza nelle parole dell'imputato -, avremo due dichiarazioni di segno opposto, ma intrinsecamente coerenti: nuovamente il mondo fenomenico esterno alle parole sarà indispensabile, se non si vorrà cadere nella decisione assolutoria. Per inciso, e a differenza del primo caso, si tratterà di assoluzione per il terzo dei tre motivi già sussistenti prima dell'introduzione del *bard*, cioè la contraddittorietà fra prove⁵³.

In entrambi i casi, l'assenza di riscontri impedirebbe la demolizione del dubbio esterno, e condurrebbe all'assoluzione. Resta da vedere quale destino per la massima giurisprudenziale secondo cui la voce della vittima da sola basti come prova della

⁴⁹ *Supra* § 2.

⁵⁰ V. note 37 e 38.

⁵¹ F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 468, dove si afferma: «Il giudice deve sempre porsi il problema di una spiegazione alternativa dei fatti, anche se la difesa non lo fa. La logica non è una facoltà che il giudice può usare solo ad istanza di parte».

⁵² *Supra* § 3.

⁵³ *Supra* § 3.

condanna, se si é *testé* ricostruita la difficoltà - o meglio, l'impossibilità - di questa evenienza.

5. Le parole costituenti prova unica: un'ulteriore fallacia?

Si é fatto, non a sproposito, uso indifferentemente delle espressioni “elementi di prova”, “conferme probatorie”, “riscontri”. Per l'appunto, in dottrina si é posto in evidenza come, laddove non operanti esclusioni probatorie, tutto - in potenza - sia prova⁵⁴. Una comune fallacia é, esemplificando, quella di non annoverare gli indizi tra le prove, quando, *stricto sensu*, devono ritenersi prove “a debole inferenza”: l'acquisizione della prova si distingue dalla sua valutazione, e tutto il materiale non espressamente vietato dal legislatore é valutabile⁵⁵. L'errore riverbera equivoci a cascata: così laddove la Suprema corte descrive la testimonianza della persona offesa come “prova unica o esclusiva” della condanna⁵⁶, l'assunto deve essere decodificato nel senso di “prova (determinante)”⁵⁷ che ha trovato suffragio in, ancorché deboli, elementi di prova - *rectius* prove -". La declamazione paventa un sovradimensionamento delle parole della vittima che, nella sostanza, non si avvera, perché elementi considerati *tamquam non essent* sono, a ben vedere, premesse probatorie.

Considerando, infine, come in rapporto alla definizione di “riscontro estrinseco” la giurisprudenza di legittimità accolga una lettura “minimalista”⁵⁸, non é irragionevole ravvisare una surrettizia applicazione del suddetto canone anche alle parole della vittima. In relazione alla persona offesa, trova, quindi, conforto la tesi di chi auspica che una moltitudine di premesse probatorie - *alias*, un universo probatorio “convergente”⁵⁹ - debba sempre sussistere, al di fuori degli stretti confini cui il legislatore ha vincolato

⁵⁴ P. FERRUA: *in primis*, *Un giardino proibito per il legislatore*, cit., 592 ss; *in ultimis*, *Quattro fallacie in tema di prova*, in *Proc. pen. giust.*, n. 1, 2014, 1 ss.

⁵⁵ P. FERRUA, *Quattro fallacie in tema di prova*, cit., 1 ss.

⁵⁶ V. nota 18.

⁵⁷ Espressione sorta, per lo più, nel contesto europeo e in riferimento ai testi irreperibili. In argomento, C. VALENTINI, *La prova decisiva*, Cedam, 2012, 24 ss; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 239 ss; C. CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irreperibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, n. 2, 2015, 2 ss.

⁵⁸ A parte il requisito della “indipendenza”, necessario ad impedire il fenomeno della “circolarità” (che si verificherebbe se il riscontro provenisse dalla medesima fonte da riscontrare), si specifica come gli elementi confermativi possano avere qualunque natura, ancorché meramente logica: Cass., sez. I, 21 novembre 2006, n. 1560, in *dejure*; Cass., sez. IV, 10 dicembre 2004, n. 5821, *ivi*. Per una esaustiva ricognizione del formante giurisprudenziale in merito, M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale*, cit., 178 ss. Assume anche rilievo il fenomeno della “fuga giurisprudenziale dai riscontri”, P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit, 292 ss.

⁵⁹ *Supra* § 2.

l'operatività delle disposizioni *ex art.* 192 comma 2 e ss c.p.p.⁶⁰. Una recente pronuncia delle Sezioni unite sembra, timidamente, avviarsi verso questa prospettiva⁶¹.

Il timore di inversione degli oneri é, dunque, scongiurato, perché la frequente presenza della voce della vittima non basta ad assolvere integralmente l'onere di provare la colpevolezza, gravante sull'accusa.

6. Le parole della vittima in fuga “dal” contraddittorio, “dal” procedimento

Altro profilo di interesse é la protezione della vittima, nella veste di testimone, “nel” e “dal” processo penale⁶². La formula non costituisce endiadi, ed esige chiarimenti.

La tutela “nel” processo di vittime cosiddette “vulnerabili” o “fragili”⁶³ riceve attenzione da tempo: noti i percorsi intrapresi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, tesi a individuare un delicato contemperamento fra la protezione del testimone - quand'anche vittima -, attraverso l'attenuazione del contraddittorio nella forma rigorosa di *cross examination*⁶⁴, e le garanzie procedurali dell'imputato⁶⁵. Parallelamente, in sede di Unione europea, si é pervenuti alla codificazione di uno standard legale minimo, grazie alla Direttiva 2012/29/UE, a difesa di talune prerogative della vittima, in particolar modo

⁶⁰ «“Nulla fuori dal contesto” é il motto che deve ispirare la valutazione delle prove come un insieme solidale (l'ipotesi di un'unica prova é scolastica); e meno che mai dovrebbe sottrarsi alla regola dei riscontri la testimonianza che, viceversa, esce quasi sacralizzata dal dettato dell'art. 192 c.p.p.» in P. FERRUA, *La prova nel processo penale.*, cit., 163. In quest'ordine di idee, F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 522 - 523, dove si afferma: «La tecnica normativa del “necessario riscontro” non é un'eccezione al principio del libero convincimento. É la tecnica del libero convincimento. [...] Non esiste la prova autosufficiente. Ogni prova ha bisogno di riscontri».

⁶¹ Cass., sez. un., 19 luglio 2012, n. 41461, *Bell'Arte*, cit., dove si afferma, in un *obiter dictum*, l'“opportunità” - non la “necessità” - di vagliare, tramite riscontri, le dichiarazioni della persona offesa, subordinando il discorso alla condizione - forse irragionevole - che la medesima sia «anche costituita parte civile».

⁶² Così, H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca di autore: la vittima vulnerabile*, in AA.VV. *Lo scudo e la spada*, cit., 103, 113; S. RECCHIONE, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, 275.

⁶³ Per una disamina di questa “sagoma sfuggente”, L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 71 ss. A proposito di vulnerabilità, l'art. 1 d. lgs. 4 marzo 2014, n. 24, tra i «principi generali», disegna un *genus* le cui *species* sono «i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere».

⁶⁴ Sull'esigenza di calibrare i *modus operandi* dell'escussione alle peculiarità del soggetto escusso, nella consapevolezza che «la tecnica maieutica non é neutra», G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1020 ss.

⁶⁵ A proposito del bilanciamento *de quo*, condotto dalla Corte EDU: G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4060 ss; M. GIALUZ, *La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di giustizia*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., 24 ss.; M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 27 ss.

delle «vittime con esigenze specifiche di protezione», individuate nei minori - in modo presuntivo - e nei soggetti la cui debolezza si evinca da un *individual assessment*⁶⁶.

A fronte di codesti “moti sovranazionali”, il panorama legislativo italiano risulta particolarmente «frastagliato»⁶⁷, benché non si possa ignorare l’ apprezzabile edificazione di «uno scudo protettivo vieppiù robusto»⁶⁸. L’allusione è alle varieguate forme di esami “protetti”, consentiti tanto in incidente probatorio, quanto in contesto dibattimentale⁶⁹, diretti a scongiurare fenomeni di “vittimizzazione secondaria”⁷⁰ e a garantire la genuinità dell’acquisizione probatoria⁷¹ - quantunque non si possa escludere, a priori, il conflitto fra queste due finalità⁷² -.

Maggiormente problematica è, invece, la tutela “dal” processo, ovvero come garantire deposizione testimoniale - significativa di un “riscatto”⁷³ - e definitiva “via di fuga” dal procedimento penale alle vittime vulnerabili. A questo proposito, la Direttiva 2012/29/UE statuisce, con riferimento alla categoria di vittime *tout court*, che «fatti salvi i diritti della difesa»⁷⁴, «l’audizione della vittima si svolga senza indebito ritardo» e che «il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo»⁷⁵. Strumento precipuamente finalizzato a realizzare ciò sarebbe l’incidente probatorio, nell’ipotesi “speciale” (“incondizionata”, “liberalizzata”) *ex art. 392 comma 1-bis c.p.p.*⁷⁶. La disposizione, tuttavia, vincola il giudice a verificare presupposti positivamente tipizzati, in ossequio al principio di legalità, così trascurando il *mare magnum* della «vulnerabilità

⁶⁶ Direttiva 2012/29/UE art. 22, ss. Per uno scorcio, H. BELLUTA, *As is, to be: vittime di reato e giustizia penale tra presente e futuro*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, cit., 153 ss. Funditus, S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., 3 ss.

⁶⁷ F. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2014, 1 ss.

⁶⁸ H. BELLUTA, *As is, to be*, cit., 152.

⁶⁹ Benché sussista, allo stato attuale, un’evidente distonia fra le modalità protette di ascolto nei due diversi contesti, S. RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5 ter dell’art. 398 c.p.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 aprile 2014; della medesima Autrice, *Le vittime da reato e l’attuazione della Direttiva 29/2012/UE*, *ivi*, 8 ss.; H. BELLUTA, *Eppur si muove*, cit., 266 ss.

⁷⁰ In tema, L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, 108 ss.

⁷¹ Ultimo profilo sottolineato da: G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza “vulnerabile”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 989; L. LUPÀRIA, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, cit., 52.

⁷² G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., 1024 ss.

⁷³ *Supra* § 1.

⁷⁴ Clausola di salvaguardia delle garanzie difensive spettanti all’imputato. Di qui il problema del bilanciamento, analogo a quello affrontato dalla Corte EDU, cfr. nota 65.

⁷⁵ Direttiva 2012/29/UE, art. 20, lettere a); b). Si è notato che il riferimento alle «indagini penali», nella rubrica dell’articolo in questione, non vada interpretato come una fase del procedimento, in quanto la distinzione fra indagini preliminari e dibattimento non è accolta da tutti gli ordinamenti europei, G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, cit., 72.

⁷⁶ In tema, P. RENON, *L’incidente probatorio nel procedimento penale*, Cedam, 2000, 86 ss.; C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, Cedam, 2001, 120 ss. Sull’individuazione dell’incidente probatorio come *best practice* e sintesi di tutela “nel” e “dal” procedimento, G. TODARO, *Il sistema italiano di tutela della vittima del reato: analisi e prospettive*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., 112.

aspecifica»⁷⁷. Questa impostazione, operante ora per eccesso, ora per difetto, stride con la logica del *individual assessment* imposta dalla Direttiva già citata: condizione necessaria e sufficiente per l'accesso al contraddittorio incidentale dovrebbe essere una valutazione plasmabile sulla concretezza del *casus*⁷⁸. Proprio questa ristrettezza applicativa stimola, di conseguenza, la giurisprudenza a svolte scarsamente garantiste⁷⁹, e porta taluni sul sentiero di una interpretazione estensiva delle ipotesi ordinarie di incidente probatorio⁸⁰.

De iure condendo, è banale auspicare il potenziale effetto “terapeutico” di una riformulazione legislativa che consenta all'organo giurisdizionale una valutazione casistica; è, forse, meno banale auspicare che non si pervenga alla codificazione di clausole eccessivamente generiche, essendo preferibili parametri e procedure che impediscano la “metamorfosi” della discrezionalità giudiziale in arbitrio⁸¹.

7. La tentata fuga dal procedimento e l'“eterno ritorno”

Quanto al contraddittorio incidentale - *rectius*, incidente probatorio - un ulteriore approfondimento pare doveroso.

Nato come istituto eccezionale, sui presupposti della non rinviabilità e non rinnovabilità della prova da assumere, divenne un “involucro” destinato a raccogliere plurime istanze, assumendo un ruolo, in punto di diritto e in punto di fatto, progressivamente più esteso⁸². Soffermandosi sull'ipotesi di incidente probatorio “liberalizzato”⁸³, sono individuabili, a compensare una giurisdizionalità nell'assunzione della prova, alcune limitazioni di principi o prerogative⁸⁴: assenza di pubblicità⁸⁵; tensioni

⁷⁷ L'espressione *de qua* è di S. RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento*, cit. In argomento, diffusamente, H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 103 ss.

⁷⁸ V. nota 66.

⁷⁹ Si allude all'escussione anticipata di un soggetto infrasedicenne, al di fuori dei reati tassativamente previsti per l'ipotesi “speciale”, senza acconsentire alla *discovery* completa degli atti di indagine: Cass., sez. VI, 11 marzo 2008, n. 23705, in *dejure*. Per un approccio critico, F. CASSIBBA, *Oltre Lanzaote*, cit., 3 ss.; analogamente, M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 12 nota 48.

⁸⁰ V. H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit. 107 ss, dove l'Autore suggerisce, come *extrema ratio*, la sussunzione della vulnerabilità sotto la lettera b) dell'art. 392 comma 2 c.p.p.

⁸¹ In quest'ordine di idee, si suggerisce una discrezionalità temperata da principi analoghi a quelli previsti in materia di misure cautelari e un assoggettamento della procedura valutativa al contraddittorio, F. CASSIBBA, *Oltre Lanzaote*, cit., 8 ss.

⁸² Sull'istituto in generale: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 867 ss; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 555 ss; M. SCAPARONE, *Procedura penale*³, vol. 2, Giappichelli, 2013, 62 ss.; F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in CONSO – V. GREVI – M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., 621 ss. Sull'istituto in particolare, e sulla sua storia: P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, cit., 3 ss.

⁸³ *Supra* § 6.

⁸⁴ Il discorso può parimenti valere per le ipotesi ordinarie di incidente probatorio, ma nei confronti dell'ipotesi “speciale” o “liberalizzata” assume precipua rilevanza per ciò che si dirà nel prosieguo.

⁸⁵ F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 621.

col diritto di difesa dell'imputato, considerati la fluidità dell'addebito e i limiti nella conoscibilità degli atti di indagine⁸⁶; carenza di immediatezza fra prova assunta e giudice decidente⁸⁷. Non avendo intenzione, a questi fini, di disconoscere la natura "compromissoria" dell'istituto - teso a prevenire la possibile "riemersione probatoria" di dichiarazioni unilateralmente rese⁸⁸ -, è possibile, quantomeno, replicare all'ultimo e principale rilievo - il difetto di immediatezza -.

Sotto la vigenza della Decisione quadro 2001/220/GAI⁸⁹ si evidenziò, non a torto, come la medesima non imponesse l'escussione anticipata della vittima *tout court*⁹⁰; oggi, per converso, il rinnovato diritto europeo, per bocca della Direttiva 29/2012, si esprime chiaramente: la vittima - senza ulteriori aggettivazioni - deve essere audita «senza indebito ritardo»⁹¹. In secondo luogo, si consideri che il principio di immediatezza non trova sede pacifica nelle disposizioni costituzionali sul "giusto processo", potendosi, dunque, ammettere compressioni al medesimo⁹². In terzo luogo, non si può tacere che il dibattimento - declamato come regola antitetica all'eccezione dell'incidente probatorio⁹³ - dovrebbe, in un modello accusatorio, assumere le più acconce vesti della residualità, per la presenza di riti speciali a necessaria funzione deflativa⁹⁴. Da ultimo, e *ad colorandum*,

⁸⁶ F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: controriforma del diritto probatorio*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2014, 5. Nonostante la *discovery* totale degli atti nel caso di specie, si tratta di un contraddittorio esercitato *rebus sic stantibus*, non potendosi escludere gli «imprevedibili sviluppi dell'accusa», P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 100. Da un'opposta prospettiva, rileva anche il pregiudizio per le indagini derivante della già citata *discovery* totale: G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., 102; F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, in AA.VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009. Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009 n. 94*, a cura di O. Mazza - F. Viganò, Giappichelli, 2009, 319 ss; G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali*, cit., 990.

⁸⁷ Funditus, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, 2005, 59 ss.

⁸⁸ Cenni all'insidia di condanne fondate su recuperi di verbali *ex art. 512 c.p.p.* o su testimonianze *de relato* sulle dichiarazioni del minore in: F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, cit., 310 ss.; G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., 1025. A proposito di testimonianza *de relato* in relazione a minori, B. LAVARINI, *La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni del minore*, in *Legisl. pen.*, n. 3, 2014, 233 ss.

⁸⁹ Antecedente normativo della Direttiva 2012/29/UE, la quale all'art. 30 prescrive: «La decisione quadro 2001/220/GAI è sostituita in relazione agli Stati membri che partecipano all'adozione della presente direttiva, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini per il recepimento nel diritto nazionale.». Per una veduta sulle fonti europee, in materia di vittima, precedenti alla Direttiva in parola, M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3 - 4, 2012, 86 ss.

⁹⁰ In questo senso, A. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 347 ss.

⁹¹ V. nota 75.

⁹² Si afferma l'assenza del principio nel dato testuale dell'art 111 Cost., ma se ne rileva comunque la copertura costituzionale, in D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., 9 ss; similmente, P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, 2012, 89 ss.

⁹³ P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, cit., 66 ss, laddove si afferma che «se il dibattimento rimane, nonostante tutto, il luogo fisico e simbolico con cui identificare il processo, l'assunzione della prova fuori da quel contesto (e dalle garanzie ivi previste) non può che rappresentare a sua volta un'eccezione».

⁹⁴ G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Giappichelli, 2015, 149.

un'esplicita e consistente deroga al principio di immediatezza é prevista nel giudizio d'appello, laddove si confina la rinnovazione istruttoria in ipotesi eccezionali⁹⁵.

Chiarita, ai fini della protezione del teste-vittima, la plausibilità del ricorso all'istituto in questione - nella sua forma "liberalizzata" -⁹⁶, e rammentato, tuttavia, che all'offeso é dato un semplice potere di sollecitazione indiretta nei confronti del pubblico ministero⁹⁷, resta da analizzare un paradosso.

Il complesso normativo che si é, sinora, illustrato ha ragion d'esistere se al soggetto vulnerabile, che abbia già fornito prova dichiarativa⁹⁸, sia impedito il reingresso nel circuito processuale: per questo il legislatore ha funzionalmente eretto un «argine normativo»⁹⁹ - l'art. 190 *bis* comma 1-*bis* c.p.p.¹⁰⁰ - ad evitare successive riescussioni sulle medesime circostanze, le quali frusterebbero gli obiettivi di preservare l'integrità psicofisica del vulnerabile¹⁰¹ e di impedire la perdita di attendibilità inerente a rievocazioni più o meno "guastate" dal trascorrere del tempo¹⁰². Trattasi di una deroga al diritto alla prova e al principio di oralità-immediatezza¹⁰³, deroga che potrebbe poggiare

⁹⁵ Per inciso, in evidente contraddizione con un giudizio di primo grado fondato sul contraddittorio nella formazione della prova: G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*⁸, Giappichelli, 2013, 675 ss; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo Istituzionale*⁵, Utet, 2012, 633.

⁹⁶ Tra i fattori scatenanti il - sempre più frequente - ricorso all'incidente probatorio é anche annoverabile l'eccessiva durata del procedimento, T. RAFARACI, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, 273.

⁹⁷ L'impossibilità di formulare direttamente, da parte della persona offesa, la richiesta di incidente probatorio é stata ritenuta, nella sentenza 21 dicembre 2011 della Corte di giustizia UE, conforme ai dettami della, allora vigente, Decisione quadro 2001/220/GAI, V. L. LUPÀRIA, *Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2011; dello stesso Autore, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, cit., 46.

⁹⁸ L'inciso vale a precisare che - a questi fini - non si prenderà in considerazione il problema - altrettanto rilevante - dell'audizione, spesso ripetuta e da parte di diversi soggetti, dell'offeso vulnerabile, in particolare minore, nel corso delle indagini preliminari e a scopo meramente investigativo. Per degli spunti: L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 434 ss; B. PIATTOLI, *Audizione protetta del minore e tutela delle vittime di reato*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, cit., 168 ss.

⁹⁹ S. RECCHIONE, *Le vittime da reato e l'attuazione della Direttiva 29/2012/UE*, cit., 8.

¹⁰⁰ Per una disamina dell'articolo in parola - nei suoi due commi -, G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2010, 84 ss; A. SARNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Giappichelli, 2012, 171 ss.

¹⁰¹ Con riferimento al minore, C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, cit., 124 ss.

¹⁰² G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., 90, nota 41.

¹⁰³ Sulla natura eccezionale dell'articolo 190-*bis* c.p.p., rispetto al modello di lettura tracciato dall'art. 511 c.p.p.: G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., 87, dove si constata la «prevalenza alla dichiarazione scritta rispetto all'escussione orale»; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 661 dove si nota, icasticamente, che «il giudice, avendo sotto mano le scritture, meno concede alle effusioni orali, meglio é»; C. VALENTINI, *Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1, 6.

sugli artt. 2 Cost.¹⁰⁴ e, con precipuo riferimento al minore, 31 comma 2 Cost.¹⁰⁵. Ma sul punto v'è controversia.

Invero, da un primo angolo di osservazione, si denuncia, nell'articolo in questione, la «controriforma in senso inquisitorio»¹⁰⁶, forse trascurando i fondamenti normativi di rango costituzionale *testé* citati¹⁰⁷, e rivendicando, per lo più, un diritto alla prova come *ab-solutus* strumento a disposizione delle parti, impenetrabile alle istanze di tutela di soggetti particolarmente fragili.

Da un opposto angolo di osservazione, si manifesta perplessità per il mancato coordinamento dei casi previsti *ex* l'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p. con quelli legittimanti l'incidente probatorio *ex* art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., auspicando l'espansione del limite alla riedizione dibattimentale, sino a raggiungere una simmetria fra le due norme¹⁰⁸: chiaro l'intento di scongiurare la moltiplicazione delle audizioni, fenomeno che, paradossalmente, risulta - per una eterogenesi dei fini - alimentato dalla possibilità del contraddittorio incidentale¹⁰⁹.

Infine, vi è la prospettiva di chi ritiene il difetto di coordinamento un elemento sintomatico della diversa *ratio* che guida le due norme: in parole, solo l'art. 190-*bis* comma 1-*bis* muoverebbe dall'esigenza di tutelare i testimoni vulnerabili, sussistendo per l'incidente probatorio “speciale” una diversa giustificazione, ovverosia la non rinviabilità dovuta al rischio che, nel contesto di una relazione di dipendenza fra vittima e carnefice, prevalgano le ragioni di conservazione della relazione in danno della genuinità della deposizione¹¹⁰.

Esaurito il panorama, il *balancing* risulta problematico: occorre comprendere se il diritto alla prova, costituzionalmente tutelato, si espanda fino ad esigere rinnovamenti

¹⁰⁴ Più in generale, convengono su tale fondamento costituzionale, a tutela delle prerogative di vittime vulnerabili: L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 77 ss - 433 ss, richiamando, fra l'altro, le sentenze Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 63 e Corte cost., 30 luglio 1997, n. 283; con precipuo riferimento alle vittime di delitti a sfondo sessuale, G. DI CHIARA, *Delitti contro la libertà sessuale e dignità della vittima: la tutela nel processo*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, I, *Diritto processuale penale*, a cura di P. Corso - F. Peroni, La Tribuna, 2010, 315 ss.

¹⁰⁵ Il riferimento concerne, per l'esattezza, la tutela della personalità dei minori in relazione alla possibilità dell'ammissione all'incidente probatorio a prescindere dal reato per cui si procede: F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni “vulnerabili”*, cit., 317 ss.

¹⁰⁶ V. GAROFOLI, *Artt. 190 e 190-bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 945; espressione analoga in F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.*, cit., 1. Il regime differenziato violerebbe, oltretutto, il principio di uguaglianza, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 101.

¹⁰⁷ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., 88, dove si afferma, con riferimento alle deroghe al contraddittorio *ex* art. 111 Cost, che «l'esigenza di tutela della fonte di prova dal rischio di intimidazioni, violenza, “usura” o *privacy*, posta, di volta in volta, alla base del regime particolare di cui all'art. 190-*bis* c.p.p., non sembra poter trovare copertura costituzionale in nessuna di quelle deroghe».

¹⁰⁸ Opinione consolidata, cfr. G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali*, cit., 991; H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 110 ss; F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni “vulnerabili”*, cit., 320 ss; T. RAFARACI, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit., 269; S. RECCHIONE, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, Opinioni a confronto*, *ivi*, 2010, 281 ss.

¹⁰⁹ S. RECCHIONE, *Le vittime da reato e l'attuazione della Direttiva 29/2012/UE*, cit., 8.

¹¹⁰ A. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, cit., 353 ss, 356 ss.

o se, piuttosto, valga il broccardo *repetita (non) iuvant*, in conformità alla Direttiva 2012/29/UE, la quale, come già notato, afferma, all'art. 20 lettera b, che «il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo»¹¹¹.

Va rilevato che la giurisprudenza tenta, per piccoli passi, di accostarsi alla seconda soluzione: *in primis* giungendo ad applicare il criterio della «manifesta irrilevanza» ex art. 190 comma 1 c.p.p. in modo particolarmente rigido, laddove le lacune dell'art. 190-*bis* comma 1-*bis* - dovute al catalogo di reati tipizzati, ed al limite dell'infrasedicenne - consentano margini di riedizioni dibattimentali traumatizzanti¹¹²; *in secundis*, accogliendo un'esegesi dell'art. 512 comma 1 c.p.p. a tal punto generosa da valutare come «imprevedibile irripetibilità sopravvenuta» una condizione di aggravato *stress* (ostativa all'escussione del minore)¹¹³.

Ricapitolando: ad impedire la rinnovazione del «rito testimoniale» del vulnerabile, soccorrerebbero - in ordine di decrescente plausibilità - gli artt. 190-*bis* comma 1-*bis*, 190 comma 1, 512 comma 1 c.p.p.¹¹⁴. All'occhio dell'interprete non può, tuttavia, sfuggire l'irrazionalità di un sistema così congegnato, che prediliga il «dogma» della tassatività¹¹⁵ - benché sprovvista di raccordi funzionali tra norme¹¹⁶ - in luogo di un *individual assessment*, e al tempo stesso tolleri la «torsione», per via giurisprudenziale, di disposizioni - gli artt. 190 comma 1 e 512 comma 1 c.p.p. - le cui *rationes* sono estranee allo scopo di cui si discorre. L'«eterno ritorno», sullo scenario processuale, del dichiarante fragile é fenomeno da interdire per via legislativa, non potendo la Corte costituzionale adottare sentenze additive con riferimento all'art. 190-*bis* c.p.p.¹¹⁷, e non dovendo il giudice ordinario prodigarsi in tecniche elusive delle strettoie normative.

In attesa, dunque, dell'ennesima novella riformatrice: *spes ultima dea est*.

¹¹¹ *Supra* § 3.

¹¹² Cass., sez. III, 22 maggio 2013, n. 6095, in *dejure*. In argomento, S. RECCHIONE, *Le vittime da reato e l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE*, cit., 15, nota 32.

¹¹³ Cass., sez. III, 25 settembre 2000, n. 3059, in *dejure*; v. F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni «vulnerabili»*, cit., 311 nota 44; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 148 ss.

¹¹⁴ La cui applicazione non richiede, evidentemente, una precedente escussione in incidente probatorio, ponendosi già in chiave di deroga, sorretta dall'art. 111 comma 5 Cost., al contraddittorio nella formazione della prova. Sull'argomento, M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 18 ss.

¹¹⁵ H. BELLUTA, *Eppur si muove*, cit., 155.

¹¹⁶ La mente corre alle asimmetrie su cui v. note 69 e 108.

¹¹⁷ Più precisamente, sarebbe preclusa un'estensione applicativa al maggiorenne persona offesa, per la diversità di situazioni immaginabili - e, dunque, per la diversità di soluzioni prospettabili dal legislatore -, ma non sarebbe preclusa - al più, sarebbe doverosa, in ossequio all'art. 3 Cost. - l'estensione a quei reati, non contemplati dalla norma *de quo*, coinvolgenti l'infrasedicenne, ovvero l'estensione al minorene ultrasedicenne o, ancora, al maggiorenne infermo di mente: G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali*, cit., 991; F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni «vulnerabili»*, cit., 321, nota 77.

8. Conclusioni

Nella consapevolezza che «tanto e altro può darsi o dirsi»¹¹⁸, occorre, tuttavia, pervenire ad un epilogo.

Da quanto osservato, le parole della vittima sembrano seguire un “moto pendolare”: passando per uno stadio di “riscatto” - la formazione del contributo testimoniale -, talvolta intraprendono “la via della fuga” dall’esame incrociato o, addirittura, dal procedimento penale - col rischio, beninteso, di patire un eccessivo svilimento, sul piano valutativo¹¹⁹-. Ed é proprio tale oscillazione a rendere difficile, se non impossibile, la formulazione di una compiuta teoria descrittiva¹²⁰ attorno all’effettiva portata probatoria delle dichiarazioni in questione. Ancora più ostico sarebbe l’approdo ad una filosofia normativa¹²¹, sebbene siano affiorati, nel corso dell’analisi, auspici o inviti a modificazioni dell’esistente scenario legislativo e giurisprudenziale.

A suggello del discorso, non può che constatarsi la perenne dialettica tra i diversi fini cui aspira l’ordinamento processualpenalistico: da un canto, l’accertamento dei fatti, la protezione dell’offeso, la repressione dei reati; dall’altro, la custodia delle garanzie difensive dell’imputato. Se incerti sono i confini fra queste varie istanze, certo é il metodo per individuarne una sintesi: il contraddittorio, nelle sue varie gradazioni¹²².

¹¹⁸ E. MONTALE, *Satura II, Ex voto*.

¹¹⁹ Il rischio di una eccessiva perdita di credibilità é paventato da H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 102 ss.

¹²⁰ Cenni alla distinzione fra “teoria descrittiva del diritto” e “filosofia normativa del diritto” in M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, 2011, 2 ss.

¹²¹ V. nota precedente.

¹²² Il riferimento é al contraddittorio in senso “oggettivo” e alla sua «forza epistemica», P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 107 ss. Sulle plurime gradazioni del contraddittorio, cfr. nota 65.

TUTELA DELLA VITTIMA E PREROGATIVE DELL'IMPUTATO NEL SEGMENTO CAUTELARE: UN DIFFICILE BILANCIAMENTO

Marcello Stellin

Sommario: 1. Inquadramento: la vittima tra diritto penale e processo. – 2. Nuovi protagonismi nella vicenda cautelare: tra antichi dubbi e prassi virtuose. – 3. La scelta della cautela da applicare: tra aderenze al caso concreto... – 4. ...e fughe dal principio di adeguatezza. – 5. Incursioni nella sfera dinamica.

1. Inquadramento: la vittima tra diritto penale e processo

La tutela della vittima sottende un'inevitabile crisi tra diritto e procedura¹: una minuziosa criminalizzazione dei comportamenti umani lesivi dei beni giuridici più rilevanti – per quanto suscettibile di fungere da deterrente, perseguendo, altresì, un'esigenza di prevenzione speciale² – è, in effetti, destinata a rimanere lettera morta nella misura in cui non s'accompagna ad un novero di strumenti finalizzati non soltanto all'accertamento del fatto³, bensì anche ad una pronta inibizione della condotta dannosa o pericolosa⁴.

Il procedimento penale nel suo complesso disvela, tuttavia, una funzione giustamente definita *di valore pari, se non addirittura superiore*, a quella conoscitivo-repressiva: il diritto processuale persegue, invero, una mediazione tra prospettive spesso confliggenti⁵. Le garanzie dell'imputato rischiano, infatti, d'essere soverchiate dal possibile connubio tra la pretesa punitiva statale e quella privata⁶: ad un simile pericolo devono necessariamente opporsi tanto il legislatore – che, nel migliore dei mondi possibili, dovrebbe rifuggire l'onda del clamore mediatico – quanto i soggetti quotidianamente addetti al funzionamento dell'apparato giudiziario. Entrambe le categorie suddette sono, dunque, chiamate al perseguimento di tale equilibrio.

¹ Sulle degenerazioni legate all'impiego del diritto processuale per fini punitivo-sostanzialistici, cfr. V. GAROFOLI, *Il servo muto e il socio tiranno: evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1457.

² Sul punto, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, 2013, *passim*; L. FARMER, *Criminal Law as an Institution: Rethinking Theoretical Approaches to Criminalization*, in AA.VV., *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law*, edited by R. A. DUFF–L. FARMER–S. E. MARSHALL– M. RENZO–V. TADROS, Oxford University Press, 2014, 80 e ss.

³ Cfr. Corte EDU, GC, 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, nonché, M. GIALUZ, *Victim's protection in the case law of European Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in AA.VV., *Victims and Criminal Justice. European standards and national good practices*, edited by L. LUPARIA, Wolters Kluwer, 2015, 29 e ss.

⁴ Sul punto, cfr. Corte EDU, Grande Camera, 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*; L. HOYANO, *Policing Flawed Police Investigations: Unravelling the Blanket*, in *The Modern Law Review*, 1999, 912 e ss.

⁵ Così, O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura Penale*, Giappichelli, 2014, 49.

⁶ Siffatta problematica verrà approfondita nel corso del presente lavoro: per ora basti il richiamo a F. E. RAITT, *Independent Legal Representation in Rape Cases: Meeting the Justice Deficit in Adversarial Proceedings*, in *The Criminal Law Review*, 2013, 729 e ss.

Da qui nasce, pertanto, il tema del presente lavoro che si propone lo scopo di sondare criticamente le possibilità d'una sintesi tra la tutela (e le pretese) della vittima, da un lato, ed i diritti dell'imputato, dall'altro, in un orizzonte particolarmente delicato quale è quello delle misure cautelari personali.

2. Nuovi protagonismi nella vicenda cautelare: tra antichi dubbi e prassi virtuose

La disciplina delle misure cautelari costituisce la risultante di un bilanciamento tra interessi contrapposti: in presenza del c.d. *fumus commissi delicti*, la libertà personale dell'imputato – ritenuto non colpevole sino alla condanna definitiva – può flettersi, infatti, innanzi ad esigenze legate all'acquisizione o alla genuinità della prova, all'efficacia del provvedimento «finale»⁷, oltre che alla «tutela della collettività»⁸.

Tale soluzione compromissoria appare, tuttavia, minata dalle dinamiche applicative che caratterizzano l'incidente cautelare nel corso della fase investigativa, autentico terreno d'elezione dei provvedimenti precauzionali⁹. In questo frangente, la tensione tra i suddetti contrapposti valori appare sbilanciata verso la parte pubblica: la misura restrittiva viene, infatti, emessa *inaudita altera parte*¹⁰, quando le indagini sono ancora *in fieri* ed a seguito di un'ordinanza pronunciata sulla scorta di un compendio probatorio che può essere frutto di una selezione operata dall'organo dell'accusa tra le risultanze investigative¹¹. L'indagato, dal canto suo, – salve le ipotesi in cui abbia avuto contezza del procedimento in corso¹² – è ammesso a prendere posizione sui fatti oggetto d'addebito e sulle risultanze istruttorie, oltre che a produrre elementi a discarico, solamente a seguito dell'esecuzione o della notifica del provvedimento¹³: si configura, dunque, un sistema

⁷ Sul punto cfr. P. SPAGNOLO, *Art. 274*, in *Codice di Procedura penale. Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina*, diretta da G. LATTANZI – E. LUPO, vol. IV, *Misure Cautelari*, Giuffrè, 2003, 148 e ss.

⁸ Così l'art. 2, n. 59 della c.d. legge delega (16 febbraio 1987, n. 81): sulle criticità sottese a tale parametro cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, in AA.VV., *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Cedam, 2008, 394, nonché, E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, 72.

⁹ Sulla «trasversalità» dei provvedimenti cautelari e sul significato da attribuire ai gravi indizi di colpevolezza, imprescindibile l'analisi di B. PETRALIA, *Gravi indizi di reato e della colpevolezza: i modelli probatori delle indagini preliminari e l'integrazione difensiva del patrimonio indiziario*, in *Cass. pen.*, 2005, 2455 e ss.

¹⁰ In generale, cfr. M. GIALUZ, *The Italian Code of Criminal Procedure: a reading guide*, in AA.VV., *The Italian Code of Criminal Procedure. Critical Essays and English Translation*, edited by M. GIALUZ – L. LUPARIA – F. SCARPA, Cedam, 2014, 39 e ss.

¹¹ Cfr., sul punto, L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012, 21 e ss.

¹² Il che può avvenire, ad esempio, qualora egli venga inizialmente ascoltato in qualità di persona informata sui fatti (circostanza che potrebbe essere utile ai fini dell'esercizio delle facoltà di cui agli artt. 391–*nonies* c.p.p.), ovvero in occasione di un atto c.d. garantito (la conoscenza del procedimento potrebbe, quindi, indurre all'utilizzo degli strumenti di cui all'art. 391–*octies*, commi 1 e 2), laddove il progredire delle indagini non abbia ancora svelato la necessità d'applicare una cautela, non essendo emersi né indizi suscettibili di soddisfare i parametri di cui all'art. 273, né esigenze cautelari: cfr. sul punto, A. FALLONE, *Il punto su ... la prova cautelare penale*, in *Giur. merito*, 2006, 552, il quale sottolinea, tuttavia, come – stante la peculiare conformazione del momento cautelare – il maggior impiego dello strumento delle investigazioni difensive avverrà nella fase di cui all'art. 299 c.p.p.

¹³ *Ex plurimis*, P. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Giuffrè, 2014, 436 e ss. Si tratta, infatti, di una notazione diffusa: analogamente, M. MONTAGNA, *Procedimento applicativo delle misure ablative di prevenzione*, in AA.VV., *La giustizia penale patrimoniale*, a cura di A. BARGI – A. CISTERNA, Utet, 2011, 465. Fa eccezione l'art. 289, comma 2, c.p.p., afferente alla sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio

c.d. a contraddittorio differito¹⁴ che desta, peraltro, alcuni dubbi di conformità rispetto agli obblighi informativi che promanano dal versante europeo¹⁵.

È in questo fragilissimo contesto che la persona offesa irrompe, narrando la propria vicenda, avanzando pretese di tutela da parte dell'ordinamento – talvolta anche di pronta repressione del fatto criminoso – e reclamando il diritto di controllare la progressione dell'*iter*, nonché di prendere parte ad esso¹⁶.

La presenza della vittima all'interno del segmento cautelare si è gradualmente intensificata nel corso dell'ultimo quindicennio¹⁷. Tale figura, inizialmente relegata sulla soglia del procedimento, quale mera fonte di prova, ha successivamente cominciato a catalizzare l'attenzione del legislatore in quanto soggetto bisognoso di salvaguardie, ispirando tanto la creazione di nuovi istituti di parte statica, quanto la rimodulazione

o servizio: in quest'ipotesi l'interrogatorio viene condotto anteriormente all'applicazione della misura, stante la pluralità d'interessi (*in primis* pubblici) su cui la cautela è destinata ad incidere (sul punto, G. DE AMICIS, Art. 289, in *Codice di Procedura penale*, cit., 521).

¹⁴ Parla, infatti, con riferimento al c.d. interrogatorio di garanzia, di «un contraddittorio differito con l'interessato, per compensare quello non potutosi realizzare prima dell'adozione di un provvedimento restrittivo», R. E. KOSTORIS, *Commento all'art. 11, l. 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, a cura di G. GIOSTRA, Cedam, 1995, 146 e ss.

¹⁵ Si veda, infatti, la Direttiva 2012/13 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali: il legislatore eurounitario impone, infatti, una tempestiva «comunicazione dei diritti» alle persone arrestate o detenute (considerando n. 22), la quale deve includere, per quel che rileva *in parte qua*, il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine, il termine entro cui il soggetto può essere trattenuto *in vinculis* prima di comparire innanzi all'autorità, le impugnazioni ed i rimedi *de libertate* esperibili (art. 4). I soggetti privati della libertà personale devono avere contezza dei motivi sottesi alla coercizione, oltre che della fattispecie di riferimento (art. 6 § 2). Eventuali frizioni con il nostro sistema potrebbero configurarsi in relazione all'art. 7 § 1 che sancisce il diritto delle persone arrestate o detenute di accedere ai «documenti relativi al caso specifico, in possesso delle autorità competenti, che sono essenziali per impugnare effettivamente» il provvedimento restrittivo. Giova, infatti, notare che, in relazione a tale prerogativa, «*there is no provision for derogation*» (ipotesi che, invece, sussiste con riferimento al § 2 che sancisce il diritto ad una piena *discovery*, garantita, al più tardi, al momento in cui il merito della regudicanda viene esaminato dal giudice): cfr., sul punto, E. CAPE, *Transposing the EU Directive on the Right to Information: A Firecracker or a Damp Squib?* in *The Criminal Law Review*, 2015, 62. Il recepimento della Direttiva, sul punto, appare, dunque, imperfetto, giacché l'art. 293, comma 3, continua a prevedere il deposito dei soli atti su cui si fonda la domanda cautelare: è evidente che (nonostante gli obblighi *ex artt.* 291, comma 1 e 309, comma 5) tale compendio potrebbe non soddisfare le esigenze difensive connesse all'esperienza delle impugnazioni *de libertate*. Simili considerazioni sono svolte anche da A. CISTERNA, *Le novità del D.Lgs. 101/2014: un intervento timido che neutralizza il diritto comunitario in materia penale*, in www.quotidianogiuridico.it; R. PUGLISI, *Le nuove garanzie informative nel procedimento cautelare*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 2, 92. In generale, sulla direttiva e sull'adeguamento da parte del legislatore nazionale, cfr. M. D. LARICCHIA, *D. Legisl. n. 101 del 1° luglio 2014: attuazione della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Studium Juris*, 2014, 1393 e ss.; S. CIAMPI, *La direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁶ Similmente, AA.VV., *Introduzione*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada, Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di S. ALLEGREZZA – H. BELLUTA – M. GIALUZ – L. LUPARIA, Giappichelli, 2012, IX; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Cedam, 2014, 24 e ss.

¹⁷ Si assume, infatti, quale riferimento ideale la L. 4 aprile 2001, n. 154, recante *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, con la quale è stata introdotta la cautela di cui all'art. 282-bis, c.p.p.

d'importanti canoni (quale, ad esempio, come meglio si vedrà nel prosieguo, il c.d. minor sacrificio necessario)¹⁸.

È, tuttavia, a seguito delle più recenti riforme che la presenza della vittima ha assunto una funzione di tipo partecipativo all'interno della sfera dinamica del rito cautelare, acquistando la veste di contraddittore nel corso delle vicende modificative ed estintive della misura applicata¹⁹.

Tale metamorfosi di ruoli e di poteri rischia di scardinare, oltre alla presunzione di non colpevolezza²⁰, anche quel tradizionale "rapporto triadico"²¹ su cui si fonda la giurisdizione, schiacciando l'imputato in una dinamica c.d. *two against one*²², all'interno di un contesto in cui la parità delle parti non appare ancora pienamente realizzata²³.

¹⁸ Si veda, a questo proposito, l'art. 284, comma 1-bis, il quale prescrive al giudice di scegliere il *locus* degli arresti domiciliari «in modo da assicurare comunque le prioritarie esigenze della persona offesa dal reato». A questo proposito, è stato giustamente notato che il legislatore è incorso nella «involontaria creazione di un quarto *periculum* cautelare» seppur limitato alla sola misura di cui all'art. 284 c.p.p.: cfr., infatti, A. PROCACCINO, *L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, in AA.VV., *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di A. DIDDI – R. M. GERACI, Giappichelli, 2014, 81.

¹⁹ Ci si riferisce al recente intervento di cui alla legge 15 ottobre 2013 n. 119, che ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, recante, tra le varie previsioni, disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere: sul punto, cfr. G. BELLANTONI, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 641 e ss.

²⁰ Secondo O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, 478, «il rischio concreto insito nel garantire alla persona offesa un trattamento di favore nella sede processuale, ossia prima che siano giudizialmente accertati i ruoli di vittima e colpevole, significa porsi in aperto contrasto con i principi costituzionali della parità fra le parti, del contraddittorio e della presunzione d'innocenza». È infatti il processo – chiosa l'Autore con riferimento alla tutela del teste – la «sede deputata all'accertamento della responsabilità dell'imputato e, quindi, anche dello stesso status di vittima del reato». Si tratta di una notazione diffusa anche nel mondo anglosassone: cfr. R. S. SHIELDS, *The Lexicon of Sympathy in Scotland: Survivors and Victims*, in *The Criminal Law Review*, 2015, 284 e ss.

²¹ Così, S. LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 882.

²² L'espressione si deve a L. HOYANO, *Reforming the Adversarial Trial for Vulnerable Witnesses and Defendants*, in *The Criminal Law Review*, 2015, 115. La persona offesa, come è noto, salvo eserciti (sussistendone i requisiti) l'azione civile nel processo penale non assurge al ruolo di parte, bensì a quello di mero soggetto. Interessante e assai articolata è la prospettiva *de iure condendo* espressa da H. BELLUTA, *As is, to be: vittime di reato e giustizia penale tra presente e futuro*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. BARGIS, Giuffrè, 2013, 157 e ss., ove si legge che «sembra giunto il tempo di trasformare il naturale antagonismo vittima-imputato in una disputa rituale ad armi (se non pari) almeno simili, soprattutto sul piano difensivo e probatorio», cui ci si permette, tuttavia, di replicare che «*this contention misconceives the principle of equality of arms, even in inquisitorial jurisdictions: it addresses equality as between the prosecution, representing the state, and the defence, not as between the complainant and the defence*». La pretesa punitiva dello Stato incombe, infatti, sull'imputato, non sulla vittima: da ciò deriva, dunque, che «*the accused is at risk of losing her freedom [...], whereas the complainant is not, and so is not entitled to the same degree of human rights protection*» (ancora, L. HOYANO, *Reforming the Adversarial Trial*, cit., 115 e ss.). Cfr., anche, *mutatis mutandis*, I. DENNIS, *The Right to confront witnesses: meanings, myths and human rights*, in *The Criminal Law Review*, 2010, 259: «*The defendant is the subject of the criminal proceedings, the central figure. He is the person charged and therefore the person at risk of conviction and punishment. The evidence in the case is focused on his alleged guilt of the offence. Clearly society in general and the victim of the offence in particular have important interests in the probative value of the evidence and the factual accuracy of the verdict founded on the evidence. But the defendant has a unique interest in the sense that if a verdict of guilty is incorrect he is the person who will suffer unjust blame and punishment*».

²³ Cfr., anche, C. CONTI, *La base probatoria del giudizio cautelare*, in AA.VV., *Il diritto delle Prove Penali*, a cura di P. TONINI – C. CONTI, Giuffrè, 2012, 127, ove si legge che «in tale ipotesi l'art. 111 Cost.

La prima problematica che si staglia con grande nettezza concerne il contributo della persona offesa nella ricostruzione fattuale, tesa ad accertare la sussistenza del *fumus commissi delicti* e del *periculum libertatis*. Il narrato della vittima, come è noto, non è astrattamente equiparabile a quello di un comune testimone²⁴, sia per la posizione antagonista che contrappone tale soggetto all'imputato²⁵, sia per il «coinvolgimento» emotivo nei fatti di causa²⁶: tali criticità vengono inevitabilmente amplificate, in questa sede, dall'assenza di contraddittorio nella fase genetica, nonché dalla veste cartolare in cui il giudice esamina la dichiarazione²⁷.

Al fine d'ovviare a tali inconvenienti occorre una virtuosa interazione tra il pubblico ministero ed il giudice cautelare. L'organo dell'accusa persegue, infatti, quell'interesse pubblico ravvisabile nella concretizzazione del precetto penale²⁸: si tratta di un meccanismo che si avvera mediante la celebrazione del giudizio, il quale, a sua volta, s'instaura attraverso l'esercizio dell'azione²⁹. La c.d. domanda cautelare dovrà essere,

è ancora in attesa di piena attuazione, resa peraltro indispensabile in base alla considerazione che l'imputato è presunto innocente anche ai fini della applicazione delle misure cautelari».

²⁴ Sul punto, cfr., volendo, M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2015; interessante l'ipotesi in cui i fatti siano portati a conoscenza dell'autorità solamente da soggetti vicini alla persona offesa: G.i.p. Trib. Milano, 12 giugno 2009, *Foro ambr.*, 2009, 283.

²⁵ Afferma, infatti, B. LAVARINI, *La costituzione di parte civile: un inutile ostacolo alla ragionevole durata del processo o un fondamentale strumento di tutela della vittima?*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, cit., 121, che la vittima «è titolare di due diversi interessi della cui soddisfazione il sistema processuale deve farsi strumento: a) l'interesse alla riparazione del danno "criminale", attraverso l'accertamento del reato e la condanna del relativo responsabile ad una pena giusta; b) l'interesse, che qui precipuamente ci occupa, al ristoro del danno "civile" – cioè del danno "economicamente valutabile" cagionato dal reato –, attraverso le restituzioni e il risarcimento».

²⁶ Diffusamente, sul punto, L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Torri del Vento, 2012, 384 e ss.

²⁷ In relazione alle misure di cui agli artt. 282–bis e ter, c.p.p., parla, infatti, di un «rischio di prospettive unilaterali nella verifica dei presupposti cautelari», dovuto alla «strutturale mancanza di contraddittorio precedente all'emissione dell'ordinanza cautelare», D. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *Giur. it.*, 2012, 473. Il contraddittorio disvela, infatti, una funzione di marchingegno euristico–poietico [rispettivamente, O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, Giuffrè, 2014; G. GIOSTRA, voce, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, 2001, 4], ossia «an instrumental procedure for testing evidence and enabling the court to decide how much reliance can safely be placed upon it» (ancora, I. DENNIS, *The right to confront witnesses*, cit., 259). Le insidie sottese al vaglio cartolare di statuizioni rese unilateralmente sono ormai note in seno alla millenaria tradizione del pensiero occidentale: convinto, infatti, delle potenzialità maieutiche del dialogo, e della correttezza metodologica dell'oralità, Platone affermava, infatti, nel *Fedro*, che «δεινὸν γὰρ πού, ὃ Φαῖδρε, τοῦτ' ἔχει γραφή, καὶ ὡς ἀληθῶς ὁμοίον ζωγραφία. καὶ γὰρ τὰ ἐκείνης ἔκγονα ἔστηκε μὲν ὡς ζῶντα, ἐὰν δ' ἀνὴρ τι, σεμνῶς πάνυ σιγᾷ. ταῦτόν δὲ καὶ οἱ λόγοι: δόξαις μὲν ἂν ὡς τι φρονοῦντας αὐτοὺς λέγειν, ἐὰν δὲ τι ἔρη τῶν λεγομένων βουλόμενος μαθεῖν, ἔν τι σημαίνει μόνον ταῦτόν αἰεί», ovvero «la scrittura si trova in una strana condizione, simile, in verità, a quella della pittura. I prodotti della pittura, infatti, ci stanno davanti come se vivessero; ma se li interroghi, tengono un maestoso silenzio. Nello stesso modo si comportano le parole scritte: crederesti che potessero parlare quasi avessero in mente qualcosa; ma se tu, volendo imparare, interroghi loro su ciò che dicono, esse ti manifestano una cosa sola e sempre la stessa».

²⁸ Parla, appunto, di una «funzione strumentale» della procedura penale rispetto al diritto sostanziale P. TONINI, *Manuale*, cit. 1 e ss.

²⁹ In tal senso, C. VALENTINI, *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza*, in AA.VV., *Processo penale e Costituzione*, a cura di F. R. DINACCI, Giuffrè, 2010, 133, la quale, a sua volta, richiama la teoria elaborata da S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 131.

quindi, strumentale alla salvaguardia di esigenze connesse all'accertamento³⁰: fa eccezione a tale principio, in particolar modo³¹, l'art. 274, lett. c), che esprime una finalità specialpreventiva³² e che solleva, dunque, alcune perplessità in merito al rispetto del combinato disposto tra gli artt. 13, commi 1 e 2, e 27, comma 2, Cost.³³ (i principi che promanano da tali disposizioni escludono, infatti, che attraverso le cautele possano essere perseguiti gli scopi caratteristici della sanzione penale)³⁴. Il pubblico ministero, ciononostante, non potrà adagiarsi sulla posizione della vittima in fase di verifica dei presupposti applicativi e neppure, sotto il profilo teleologico, al momento della richiesta della misura da applicare, giacché il rapporto tra tali soggetti non può essere assimilato a quello che intercorre tra il difensore ed il proprio assistito³⁵.

Al fine di discernere con precisione la sussistenza del *fumus commissi delicti* e del *periculum libertatis*, il pubblico ministero, compatibilmente con le esigenze di celerità connesse a questa fase, dovrà, quindi, perseguire una ricostruzione fattuale tendenzialmente esaustiva³⁶, sottoponendo l'ipotesi oggetto d'addebito a tentativi di falsificazione, anche attraverso il compimento d'indagini a favore dell'indagato (art.

³⁰ Sul punto, cfr. P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, 2008, 123 e ss.

³¹ Dubita della legittimità dell'art. 274, lett. b), c.p.p. C. TAORMINA, *Diritto Processuale Penale*, I, Giappichelli, 1995, 392 e ss. secondo cui l'esigenza di salvaguardare l'esecuzione della pena irroganda si tradurrebbe in un'inevitabile «presunzione di colpevolezza».

³² Trattasi, infatti, di «funzione estranea al processo e contigua piuttosto alle finalità del diritto penale sostanziale» (P. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3469 e ss.) Sul punto, C. FANUELE, *La libertà personale*, in AA.VV., *Processo penale e costituzione*, cit., 224. Imprescindibili, comunque, sono le considerazioni di G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, 42 e ss.

³³ Siffatte disposizioni vanno, infatti, coordinate tra di loro, in quanto l'art. 27, comma 2, riveste la funzione di «criterio-guida delle valutazioni che nel procedimento penale si esprimono e delle attività che nel procedimento penale si compiono» (così, M. FERRAIOLI, *Misure cautelari*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, 1996, 3) colmando, in tal modo, quel «vuoto di fini» espresso dal primo gruppo di norme (sul punto, O. DOMINIONI, *Il 2° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *I rapporti civili*, Zanichelli, 1991, 197).

³⁴ Sul punto, E. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in AA.VV., *Processo penale e costituzione*, cit., 313 e ss. Sulla stessa linea si assesta Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265.

³⁵ Si tratta di una problematica talmente avvertita nell'ordinamento inglese da meritare un'esplicita menzione all'interno del *Code for Crown Prosecutors*, ove si legge che il *Crown Prosecution Service* «does not act for victims or their families in the same way as solicitors act for their clients, and prosecutors must form an overall view of the public interest» (sez. 4.12). Nel sistema anglosassone, infatti, l'organo dell'accusa, al momento di decidere in ordine all'esercizio dell'azione penale (*Decision Whether to Prosecute*), deve porre in essere il c.d. *Full Code Test*, che si compone di due fasi principali: *The Evidential Stage*, ove occorre accertare «that there is sufficient evidence to provide a realistic prospect of conviction against each suspect on each charge» (sez. 4.4), nonché, in caso di positivo riscontro, *The Public Interest Stage*, tra i cui parametri rientra anche l'entità del pregiudizio sofferto dalla vittima ed ai cui fini il *Public Prosecutor* dovrà considerare anche il c.d. *Victim Personal Statement*, ove l'offeso illustra le conseguenze subite a causa del reato: sul punto, A. ASHWORTH, *Victims' Views and The Public Interest*, in *The Criminal Law Review*, 2014, 775; M. HALL, *The Relationship between Victims and Prosecutors: Defending Victims' Rights?*, in *The Criminal Law Review*, 2010, 31 e ss.

³⁶ In relazione all'art. 282-ter c.p.p., cfr. F. MORELLI, *Commento all'art. 9 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11*, in *Legisl. pen.*, 2009, 502.

358)³⁷, le cui risultanze dovranno essere integralmente sottoposte al *visus* del giudice (art. 291)³⁸: com'è stato, infatti, giustamente notato, «bisogna rovesciare la prospettiva: non adeguare lo spessore dei gravi indizi allo stato dell'indagine [...] È piuttosto l'indagine che deve raggiungere uno stadio tale da poter parlare di gravi indizi»³⁹.

La ricerca di elementi idonei a confermare il narrato dell'offeso, ove concretamente praticabile⁴⁰, appare, quindi, imprescindibile allo scopo di sopperire al *deficit* contraddittorio: tale prospettiva si scontra, tuttavia, con l'impostazione della Suprema Corte che, recentemente, in relazione ad una fattispecie di *stalking*⁴¹, è tornata ad identificare il *fumus commissi delicti* nella c.d. *probatio minor*⁴².

³⁷ Nota, infatti, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, 815, che tale precetto non esprime «provvidenzialismo inquisitorio ma elementare cautela», giacché un pubblico ministero che indagli «a occhi chiusi nel senso persecutorio, rischia uno scacco al dibattimento o già all'udienza preliminare».

³⁸ Alcune perplessità possono configurarsi in ordine alle conseguenze, non previste dal legislatore, derivanti dalla violazione del precetto: a seguito d'una lettura non proprio ortodossa, la Suprema corte ha ritenuto che l'inosservanza dell'obbligo in parola «si traduce in una causa di nullità dell'ordinanza applicativa della misura, per violazione dell' art. 292, comma 2, lett. c) *bis*, c.p.p., nella parte in cui esso impone al giudice l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa» (Cass. sez. I, 13 febbraio 1998, n. 895, in *Cass. pen.*, 1999, 1521, con nota di B. NACAR, *Una felice – ma discutibile – “operazione garantista” della Cassazione*).

³⁹ Con queste parole, F. M. IACOVIELLO, *Lo standard probatorio richiesto per le misure cautelari*, in *La prova penale. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 98, 1997, 121 e ss. I principi espressi da Corte cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, sembrano, quindi, suscettibili di proiettarsi – almeno in linea tendenziale – nella fase sottesa alla ricerca dei gravi indizi di colpevolezza. Salvo tale raccordo, il vaglio di cui all' art. 125 disp. att. e l'accertamento del *fumus commissi delicti* si pongono in una prospettiva differente: il primo sottende, infatti, un criterio di non superfluità del processo (tale da implicare, così come l'art. 425 c.p.p., un apprezzamento di rito, benché “interferente” nel merito); il secondo richiede, invece, uno standard probatorio più rigoroso, accostabile, semmai, a quello di cui all'art. 533 c.p.p.: trattasi, dunque, di una valutazione di merito, benché condotta allo stato degli atti. Si vedano, a questo proposito, anche Corte cost. sent. 15 marzo 1996, n. 71, nonché Corte cost., sent. 25 aprile 2009, n. 121 (che ha peraltro contrapposto la dinamicità del primo accertamento alla staticità del secondo). In generale cfr. G. CANZIO, *L'“oltre ogni ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 303 e ss.

⁴⁰ Siffatta evenienza dipende essenzialmente dalle modalità, nonché dalle circostanze di luogo e di tempo in cui si è manifestata la condotta criminosa: alcuni delitti – quali ad esempio quelli a sfondo sessuale – potrebbero, infatti, non lasciare tracce idonee a costituire indici d'abuso, né, del resto, avere spettatori diversi dai protagonisti, consumandosi essi, statisticamente, per lo più in luoghi privati o comunque tra persone non estranee: sul punto, Cass., sez. IV, 18 ottobre 2011, n. 44644, in *CED Cass.*, 251660.

⁴¹ Così, Cass., sez. V, 22 settembre 2011, n. 42953, in *Guida dir.*, 2012, 11, 72. Adombra, seppure *obiter dictum*, la non necessità dei riscontri anche nel caso in cui la vittima si sia costituita parte civile, Cass., sez. V, 26 aprile 2010, n. 27774, in *Cass. pen.*, 2011, 3508. Valorizza, invece, ai fini dell'apprezzamento del *fumus commissi delicti*, la scelta dell'imputato di avvalersi della facoltà di non rispondere (con conseguente rinuncia a contrapporre la propria versione a quella della vittima) Cass., sez. III, 30 settembre 2014, n. 45245, in *CED Cass.*, 260967.

⁴² Stando ad una delle più brillanti pronunce della Suprema corte sul punto, «più corretto è, invece, affermare – alla stregua della nuova disciplina dell'art. 273 – che i gravi indizi non sono altro che una “prova allo stato degli atti”, valutata dal giudice allorché la formazione del materiale probatorio è ancora “in itinere” e non è stato sottoposto al vaglio del contraddittorio dibattimentale. Su questo specifico piano, più che sulla differente capacità dimostrativa, passa la vera distinzione tra prova e indizi cautelari, i quali, pur non potendo ovviamente giustificare una pronuncia di condanna, devono rendere razionale e credibile, vale a dire altamente probabile, la prognosi di colpevolezza». (Cass. pen., sez. I, 4 maggio 2005, n. 19867, in *CED Cass.*, 23601). Si veda anche la successiva Cass., sez. un., 30 maggio 2006, n. 36267, Spennato, in *Cass. pen.*, 2007, 46. Sulla duplice componente, “retrospettiva” e “prognostica”, del vaglio dei gravi indizi di colpevolezza, cfr. D. NEGRI, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli,

Il giudice, dal canto suo, dovrà apprezzare la sussistenza dei gravi indizi e delle esigenze cautelari, sulla scorta di una valutazione autonoma rispetto a quella espressa dal pubblico ministero nella sua domanda, attuando, così, pienamente quella riserva di giurisdizione sancita dall'art. 13, comma 2, della Carta⁴³.

La scelta del giudice (e, a monte, la richiesta del pubblico ministero) in ordine alla misura da applicare dovrà essere ispirata ai noti criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, assicurando, quindi, la logica del c.d. minor sacrificio necessario, tale per cui «la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato va contenuta [...] entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto»⁴⁴. Un decisivo balzo in avanti in tal senso è stato effettuato dal legislatore del 2015 che ha ammesso, quale regola generale, l'applicazione cumulativa di più misure coercitive o interdittive (artt. 275, comma 3 e 299, comma 4)⁴⁵.

3. La scelta della cautela da applicare: tra aderenze al caso concreto...

Sulla scorta di tali premesse si può, dunque, guardare con favore alle cautele di cui agli artt. 282–*bis* e *ter*, c.p.p. Siffatte misure, incentrate sulla figura della persona offesa, perseguono un'esigenza specialpreventiva, individuando, tuttavia, «in maniera più

2004, 263 e ss. Propende, infine, per l'applicabilità dell'art. 192, comma 2, c.p.p., benché non richiamato dall'art. 273, comma 1–*bis*, c.p.p., Cass., sez. IV, 18 luglio 2013, 31448, in *CED Cass.*, 257781.

⁴³ In questa direzione sembrerebbe porsi il nuovo art. 292, comma 2, lett. c) e c–*bis*), così come modificato dalla recente legge 16 aprile 2015, n. 47, il quale prevede l'obbligo, da parte del giudice cautelare, di valutare la sussistenza dei requisiti applicativi e del *tempus commissi delicti* – nonché la non rilevanza degli elementi forniti dalla difesa e le ragioni sottese all'eventuale scelta della misura più afflittiva – in maniera autonoma rispetto alle considerazioni svolte dal pubblico ministero nella sua domanda. La norma va letta in combinato disposto rispetto all'art. 309, comma 9, c.p.p., che prescrive l'annullamento dell'ordinanza in caso di carenza tanto della motivazione *tout court*, quanto della «autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa» (cfr. Trib. Napoli, 19 maggio 2015, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di L. GIORDANO, *Sull'annullamento dell'ordinanza cautelare priva dell'autonoma valutazione degli indizi e delle esigenze di cautela*): la *ratio* sembrerebbe duplice, giacché il legislatore vorrebbe porre un freno, da un lato, alla motivazione c.d. *per relationem* e, dall'altro, alla prassi per cui il tribunale delle libertà – in forza dell'effetto totalmente devolutivo del gravame e del potere di confermare il provvedimento anche per ragioni differenti da quelle espresse nella parte motiva dello stesso – è solito sopperire alle carenze dell'ordinanza cautelare, quantunque sanzionate a pena di nullità (con cospicui riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. V. PAZIENZA – G. FIDELBO, *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione. Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, 20, nonché, A. SCALFATI, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, in *Misure cautelari ad personam*, cit., 11 e ss.). La portata della novella appare, tuttavia, oltremodo limitata: la «*relatio*» non sembra, infatti, comunque preclusa, allorché «non riguardi acriticamente il compendio valutativo contenuto nel provvedimento richiamato, dovendo il giudice immancabilmente manifestare, nell'ordinanza, la propria “autonoma valutazione”»; a ciò si aggiunga che il potere suppletivo del giudice del riesame «appare tuttora esercitabile qualora la motivazione difetti non già dell'autonoma valutazione, ma della “esposizione” di taluno degli elementi indicati nell'art. 292» (così la già citata Relazione, 23). Come è stato notato, il ricorso alla c.d. motivazione integratrice viene in tal modo ribadito (così, M. CERESA-GASTALDO, *Una singolare antifrasi: i “nuovi” poteri rescindenti del tribunale della libertà*, in www.penalecontemporaneo.it).

⁴⁴ Così, Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265.

⁴⁵ Operazione precedentemente limitata, in nome dei «principi di stretta legalità, tassatività e tipicità», alle sole ipotesi previste *ex lege* (artt. 276 e 307, comma 1–*bis*): Cass., sez. un., 30 maggio 2006, n. 29907, La Stella, in *Cass. pen.*, 2006, 3971.

precisa rispetto a quanto previsto dall'art. 274, lett. c), c.p.p.»⁴⁶, tanto i *pericula*⁴⁷ quanto i soggetti bisognosi di tutela⁴⁸; tale valenza non pare, del resto esaustiva, giacché si cumula con l'attitudine a salvaguardare l'acquisizione e la genuinità della prova innanzi al rischio di situazioni potenzialmente dispersive, legate alla convivenza con l'imputato o comunque ad eventuali intromissioni esercitabili da costui⁴⁹.

Attraverso tali strumenti l'autorità potrà, quindi, intervenire con prontezza a tutela di soggetti che si trovino concretamente esposti al rischio di subire l'altrui violenza⁵⁰ – conformemente ai moniti espressi tanto dalla Corte di Strasburgo, quanto dalla

⁴⁶ Sul punto, F. CERQUA, *La tipologia delle misure cautelari personali*, in *Le misure cautelari personali*, a cura di G. SPANGHER–C. SANTORIELLO, Giappichelli, 2009, 368.

⁴⁷ Denuncia, tuttavia, uno «strisciante (e pericoloso) automatismo che sta realizzandosi, nelle leggi e nelle prassi, tra la presenza di gravi indizi dei reati previsti dagli artt. 572 c.p. e 612 *bis* c.p. e l'applicazione delle misure previste dagli artt. 282 *bis* c.p.p. e 282 *ter* c.p.p.» S. RECCHIONE, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: prima lettura*, in www.penalecontemporaneo.it, 9.

⁴⁸ Così, anche, C. MINNELLA, *Presupposti applicativi dell'allontanamento dalla casa familiare ex art. 282 bis c.p.p.*, in *Giur. merito*, 2005, 359.

⁴⁹ In tal senso, F. PERONI, *La nuova tutela cautelare penale nei fenomeni di violenza intrafamiliare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 868; D. POTETTI, *La misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare*, in *Cass. pen.*, 2014, 3137. Tale duplicità di fini emerge con chiarezza dal confronto col sistema inglese, con riferimento all'istituto del *bail*, concedibile all'arrestato dall'autorità di polizia tanto prima della formulazione dell'accusa [s. 37 (2) del *Police and Criminal Evidence Act* (1984)], quanto *after charge*, ove occorre scegliere se rilasciare il soggetto *on bail* ovvero mantenerlo in custodia sino all'udienza (s. 38). Successivamente, la competenza *to grant bail* fa, invece, capo alla Magistrates' Court ed alla Crown Court. Circa le implicazioni del *bail*, la *section 3 (6)* del *Bail Act* (1976) prevede che il soggetto «*may be required to comply, before release on bail or later, with such requirements as appear to the court to be necessary to secure that*», in particolare, «*(a) he surrenders to custody, (b) he does not commit an offence while on bail, (c) he does not interfere with witnesses or otherwise obstruct the course of justice whether in relation to himself or any other person*» [ipotesi richiamate, con riguardo al c.d. *police bail*, anche dalla s. 47 del PACE; cfr., anche, s. 30A (3B) relativa al c.d. *street bail*]. Trattasi del c.d. *conditional bail* che – contrariamente alla comune vulgata – non consiste necessariamente in una cauzione o in una fideiussione, potendo, invece, essere associato a vincoli polifunzionali quali, ad esempio, il coprifuoco, il divieto (o l'obbligo) di risiedere in un determinato domicilio, il divieto di conferire con i testi dell'accusa, ovvero di accedere a determinati luoghi (sul punto, D. SHARPLEY, *Criminal Litigation. Practice and Procedure*, The University of Law, 2013, 148 e ss.; J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, Oxford University Press, 2011, 110): si noti che, «*where there is a risk of an accused committing further offences because of the accused's relationship with a particular victim, a court could impose a condition that the accused resides at an alternative address and must not contact the injured party. These latter two conditions might also be used to prevent an accused from interfering with a witness or obstructing the course of justice*» (M. HANNIBAL–L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, Oxford University Press, 2011, 198). Giova, a questo proposito, avere riguardo alle linee guida del *Crown Prosecution Service* relative alla *Policy for Prosecuting Cases of Domestic Violence*. La *part 7* prevede che il *public prosecutor* possa opporsi al *bail* (cfr. *schedule 1, part 1*; s. 2 *Bail act*), ovvero chiederne l'applicazione condizionata, «*to protect victims, children and other witnesses from the risk of danger, threats, pressure or other acts by the defendant that might obstruct the course of justice*» (7.11), alla luce delle circostanze del caso concreto, tenendo conto, altresì, degli eventuali timori, espressi nel *Victim Personal Statement*, circa la prospettiva di rimessione in libertà dell'imputato (7.6). Per alcuni esempi di *conditions* si veda l'Annex B. Cfr., anche, A. ASHWORTH–M. REDMAYNE, *The Criminal Process*, Oxford University Press, 2010, 228 e ss. I provvedimenti di cui agli artt. 282–*bis* e *ter* sembrano, quindi, accostabili maggiormente al c.d. *conditional bail* piuttosto che ai c.d. *civil orders* anglosassoni [cfr. *Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act* (2014)] i quali si applicano indipendentemente dalla pendenza del procedimento penale.

⁵⁰ Sul punto, cfr., anche, G. BELLANTONI, *Divieto di avvicinamento alla persona offesa ex art. 282 ter c.p.p. e determinazione di luoghi e distanze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1289.

Convenzione di Istanbul⁵¹ – salvaguardando, al contempo, la libertà personale dell'interessato da superflue coercizioni tutte le volte in cui le esigenze cautelari possano essere efficacemente soddisfatte *rescindendo un legame*⁵² e/o impedendo i «contatti dell'indagato con la vittima»⁵³.

Siffatte previsioni configurano, dunque, un panorama di tutele crescenti, variabilmente declinabili in fase applicativa, a seconda delle peculiarità che contraddistinguono la situazione *sub iudice*⁵⁴.

Il primo provvedimento, dedicato ai delitti commessi nell'ambito delle relazioni domestiche⁵⁵, consente al giudice d'ingiungere all'imputato di lasciare la casa familiare ovvero di non farvi rientro e di non accedervi in assenza d'autorizzazione (art. 282–bis, comma 1), con la possibilità di vietare, altresì, ove sussistano specifiche esigenze di

⁵¹ Si richiama, *in primis*, la nota Corte EDU, 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, ove i giudici di Strasburgo – con riguardo ad una progressione criminosa endofamiliare sfociata nell'omicidio della suocera – hanno precisato che al fine di vagliare la sussistenza di una violazione dell'obbligo positivo di tutela, derivante dall'art. 2 della CEDU, «it must be established [...] that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk». Analoghi rilievi sono stati espressi recentemente con riguardo all'inerzia dell'autorità innanzi a reiterati episodi di violenza domestica rientranti nel cono d'ombra dell'art. 3: cfr. Corte EDU, 28 gennaio 2014, *T.M. e C.M. c. Repubblica di Moldavia*. Per alcuni interessanti approfondimenti cfr. C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights. Commentary*, Hart Publishing, 2014, 22 e ss; A. MOWBRAY, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2012, 119 e ss. Quanto, invece, alla Convenzione di Istanbul (2011), l'art. 50 prescrive al legislatore di adottare tutte quelle misure necessarie al fine d'assicurare «protezione adeguata e immediata alle vittime» innanzi a comportamenti violenti rientranti nell'ambito di tale strumento, garantendo che le autorità preposte «operino in modo tempestivo e adeguato in materia di prevenzione e protezione contro ogni forma di violenza» (§§ 1 e 2); gli artt. 52 e 53, più specificamente, prescrivono, invece, l'adozione di misure legislative volte ad assicurare tanto l'allontanamento del reo dalla residenza della vittima (o di altra persona in pericolo), nonché il divieto di avvicinarsi alla vittima stessa, quanto la possibilità per l'offeso di ottenere ordinanze d'ingiunzione o di protezione: sul punto, cfr. S. MARTELLI, *The Lanzarote and Istanbul Conventions: an overall picture*, in AA.VV., *Victims and Criminal Justice*, cit., 40 e ss.

⁵² Così, anche, con riferimento alle misure interdittive (tra cui spicca, per quel che rileva *in parte qua*, la cautela prevista dall'art. 288 c.p.p.), P. CORSO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Procedura penale*, cit. 413.

⁵³ Così, Cass., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36887, in *Cass. pen.*, 2014, 2207, con nota di C. MINNELLA, *Divieto di avvicinamento e ordine di protezione europeo: il difficile equilibrio tra la tutela "dinamica" alle vittime di stalking e le libertà dell'imputato*. Eccellente l'analisi di G.i.p. Trib. Milano, 18 novembre 2008, in *Foro ambr.*, 2009, 277, ove si legge che «sussistono gravi indizi di colpevolezza in relazione al reato di cui all'art. 572 c.p. tali da comportare l'applicazione, nei confronti dell'indagato, della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare e non della più grave custodia cautelare qualora, considerato il contenuto della denuncia sporta dalla vittima, le dichiarazioni rese dalla madre della stessa persona offesa, la documentazione fotografica e quella medica prodotta in atti, l'esigenza cautelare del pericolo di reiterazione di analoghi reati risulti connessa alla condizione di convivenza e frequentazione tra la persona offesa e l'indagato e tragga origine dalla relazione esistente tra i due».

⁵⁴ Così, A. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 969; G. BELLANTONI, *Divieto di avvicinamento alla persona offesa*, cit., 1289. Parla, infatti, di «più fattispecie applicative, graduate in base alle esigenze di cautela del caso concreto» anche Cass., sez. V, 27 febbraio 2013, n. 14297, in *Cass. pen.*, 2013, 2717, con nota di P. BRONZO, *Osservazioni a Cass. Pen., sez. V, 27 febbraio 2013, n. 14297*.

⁵⁵ Sul punto, Cass., sez. V, 19 marzo 2014, n. 27177, in *Foro it.*, 2014, 11, II, 592, che ha escluso l'applicabilità della misura in relazione ad una fattispecie di atti persecutori posta in essere ai danni dei vicini di casa.

salvaguardia dell'offeso o dei congiunti, l'avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima (comma 2)⁵⁶. Su richiesta dell'organo dell'accusa, il giudice può, altresì, imporre all'imputato di corrispondere il pagamento di un assegno periodico a favore dei conviventi che siano economicamente non autosufficienti (comma 3): detta previsione sembra comunque idonea a contribuire alla salvaguardia delle esigenze cautelari, fugando il rischio che la vittima, trovandosi in condizioni d'indigenza, sia indotta a cercare ulteriori contatti con l'aggressore⁵⁷. Laddove si proceda, infine, per alcuni reati contro l'assistenza familiare, o a sfondo sessuale, ovvero delitti che possono costituire un *l'indice di un abuso intrafamiliare*, posti in essere ai danni dei prossimi congiunti o del convivente, il legislatore ammette l'applicazione del provvedimento anche al di sotto del minimo edittale previsto per le misure coercitive, con la possibilità di controllarne l'esecuzione tramite il c.d. braccialetto elettronico (comma 6)⁵⁸.

La misura di cui all'art. 282-ter – collocata nel quadro normativo finalizzato al contrasto dei c.d. atti persecutori, ma pacificamente fruibile anche nei procedimenti per differenti fattispecie⁵⁹ – presenta, invece, una portata più estesa. Ferma, infatti, la possibilità d'imporre il mantenimento di una certa distanza dai luoghi frequentati dalla vittima o da soggetti a lei vicini⁶⁰, la prescrizione potrà incentrarsi sulle stesse persone fisiche, rispetto alle quali l'imputato dovrà osservare un dato perimetro, astenendosi, se del caso, pure da qualunque altra forma di approccio comunicativo⁶¹. Questo strumento,

⁵⁶ Quantunque, nel caso di specie, il divieto di avvicinamento non possa prescindere dall'allontanamento, si configurano, a questo proposito, alcune interferenze rispetto alla misura di cui all'art. 282-ter (sul punto, F. MORELLI, *Commento all'art. 9*, cit., 508). All'indomani dell'entrata in vigore della nuova misura la giurisprudenza ha ammesso l'applicazione dell'art. 282-bis, con la variante di cui al comma 2, anche laddove il coniuge maltrattato avesse già abbandonato la casa coniugale, così da favorire il ritorno di costui (Cass., sez VI, 15 aprile 2010, n. 17788, in *Cass. pen.*, 2011, 9, 3114).

⁵⁷ Così, anche, F. PERONI, *La nuova tutela cautelare*, 871, nota 9; M. MONTELEONE, *Il ruolo dei familiari-persone offese nel processo penale*, in *Giur. merito*, 2009, 1166. Coglie nel segno G.i.p. Trib. Palermo, 25 giugno 2001, in *Giur. merito* 2002, 1047, ove si legge che «le ulteriori prescrizioni previste dall'art. 282 bis c.p.p. per cui il giudice può imporre all'imputato oltre all'abbandono della casa familiare anche l'obbligo di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, in particolare il luogo di lavoro e il domicilio della famiglia d'origine o dei prossimi congiunti, così come l'obbligo di pagare periodicamente un assegno, adempiono al preciso scopo di costituire una sorta di "schermo protettivo" indispensabile per un'ordinata ripresa della vita familiare del nucleo c.d. "superstite"». Similmente, C. MINNELLA, *Escluso il pagamento periodico di un assegno ex art. 282 bis, comma 3, c.p.p. nel caso delle misure cautelari personali diverse dall'allontanamento dalla casa familiare*, in *Dir. fam.*, 2010, 583 e ss.

⁵⁸ Ampiamente, sul punto, E. TURCO, *Modifiche all'allontanamento dalla casa familiare*, in AA.VV., *Misure cautelari ad personam*, cit., 53 e ss.

⁵⁹ Sul punto, M. MACRÌ, *Stalking e prospettive di tutela cautelare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2323.

⁶⁰ Il dettato normativo configura, in realtà, il divieto di avvicinamento quale misura distinta e alternativa rispetto all'obbligo di mantenere una distanza determinata con riferimento tanto ai luoghi, quanto ai soggetti (art. 282-ter, commi 1 e 2). Siffatti precetti «devono però essere ridotti ad un tipo unico, ritenendo che si tratti di una errata formulazione linguistica della disposizione. Infatti, la specificazione di una distanza superata la quale sia configurabile l'avvicinamento appare indispensabile» non soltanto allo scopo di permettere al destinatario della misura di avere contezza dell'entità del vincolo, permettendogli, così, un puntuale adeguamento, ma anche «affinché possa essere eventualmente riscontrata una violazione rilevante, tale da poter essere sanzionata ex art. 276 c.p.p.»: sul punto, D. POTETTI, *La misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*, in *Cass. pen.*, 2014, 3531.

⁶¹ Cfr., anche, C. VALENTINI, *Art. 282-ter*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, 4^a ed., Ipsoa, 2010, 2998 e ss.

come insegna la Suprema Corte, consente, pertanto, di prescindere da una «statica»⁶² localizzazione degli obblighi tutte le volte in cui questa non risulti in grado di fronteggiare efficacemente i *pericula* concretamente ravvisabili: una circostanza siffatta, può verificarsi, ad esempio, laddove la condotta intrusiva si concretizzi in atti di pedinamento, anziché in meri appostamenti⁶³. Tale ampiezza di scelte non sembra comunque autorizzare l'organo giurisdizionale ad emettere divieti generici, aventi ad oggetto aree non rigorosamente predeterminate⁶⁴.

È evidente, quindi, la flessibilità di siffatte misure: il legislatore ha, infatti, definito solamente le forme attraverso cui la libertà dell'imputato può subire limitazioni, rimettendo, tuttavia, al giudice il compito di determinare la concreta portata delle stesse, in forza di un raccordo logico, tipicamente discrezionale, tra le circostanze fattuali (la cui puntuale ricostruzione appare, quindi, imprescindibile)⁶⁵ ed i rimedi applicabili, descritti dalla disposizione in termini appositamente vaghi⁶⁶. Tale espediente – per quanto possa destare alcuni dubbi in merito al rispetto del principio di legalità/tassatività di cui all'art. 13, comma 2, Cost., il cui «cono d'ombra [...] copre l'intero settore delle misure coercitive»⁶⁷ – permette di operare, di volta in volta, un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco [ivi compresi i diritti al lavoro (artt. 282–*bis*, comma 2 e 282–*ter*,

⁶² Così, anche, Cass., sez. V, 26 marzo 2013, n. 19552, in *CED Cass.*, 255512.

⁶³ Sul punto, cfr. G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 988, nonché Cass., sez. V, 10 dicembre 2014, n. 5664, *CED Cass.*, 262149.

⁶⁴ Così, Cass., sez. VI, 18 marzo 2014, n. 14766, in *Foro it.*, 2014, 5, II, 265 (cfr., anche, Cass., sez. V, 4 aprile 2013, n. 27798, in *CED Cass.*, 257697). Tale opinione appare preferibile a quella che invece ammette la possibilità di accompagnare il divieto di avvicinarsi alla persona fisica con quello generico di avvicinarsi ai luoghi da costei abitualmente frequentati (così, ad esempio, Cass., sez. V, 22 novembre 2013, n. 3552, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, 378, nonché Cass., sez. V, 16 gennaio 2012, n. 13568, in *Guida dir.*, 2012, 24, 86). Ritiene D. POTETTI, *La misura cautelare del divieto di avvicinamento*, cit., 3534, che, anche laddove il provvedimento imponga di serbare una determinata distanza rispetto all'individuo, sia comunque opportuno «indicare (nell'oggetto della misura), in aggiunta alla persona offesa, quei luoghi che rappresentano le sedi principali della vita della persona offesa medesima (es. l'abitazione e il luogo di lavoro), in modo tale che essi siano fatti salvi in modo inequivoco (e senza possibili scuse) da avvicinamenti pericolosi dell'indiziato». All'indomani della riforma operata dalla legge 47/2015 l'operazione non sembrerebbe preclusa nemmeno qualora si ritenesse che le diverse modalità applicative integrino misure cautelari distinte: in tale ipotesi ne sarebbe, infatti, ammesso il cumulo.

⁶⁵ Esplicita, in questo senso, Cass., 22 gennaio 2015, n. 8333, in *CED Cass.*, 262456, ove si afferma che «il Pubblico Ministero nella sua richiesta (e ancor prima la polizia giudiziaria) dovrà rappresentare al giudice, oltre agli elementi essenziali per l'applicazione della misura, anche aspetti apparentemente di contorno, che invece possono assumere una importanza fondamentale ai fini dei provvedimenti di allontanamento o di divieto di avvicinamento, che possono risultare utili per dare il migliore contenuto al provvedimento cautelare».

⁶⁶ Sulla discrezionalità si veda C. VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Cedam, 2008, 46.

⁶⁷ Così, F. MORELLI, *Commento all'art. 9*, cit., 505; dello stesso avviso C. IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti*

e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1399; cfr., anche, D. NEGRI *Le misure cautelari a tutela della vittima*, cit., 469. D'obbligo, sul punto, è il raffronto con la nota Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 224, comma 2, c.p.p. nella parte in cui consentiva al giudice di disporre, nell'ambito delle operazioni peritali, misure comunque incidenti sulla libertà personale dell'interessato al di fuori di quelle specificamente previste nei «casi» e nei «modi» dalla legge. Le due situazioni non sembrano assimilabili giacché, nel caso di specie, il legislatore ha provveduto a definire le restrizioni sia nell'*an* che nel *quomodo*, rimettendo al giudice il compito di modulare esclusivamente il *quantum*.

comma 4), all'abitazione (282-ter, comma 4), nonché al mantenimento delle relazioni affettive con i familiari estranei alla rapporto conflittuale⁶⁸], in omaggio ai principi di adeguatezza e del minor sacrificio necessario⁶⁹.

4. ...e fughe dal principio di adeguatezza

Il *modus operandi* del legislatore non è stato, tuttavia, sempre coerente. La portata applicativa delle misure suddette è stata, infatti, compromessa da interventi nettamente in controtendenza. Giova, infatti, rammentare che il noto *pacchetto sicurezza* del 2009⁷⁰ aveva modificato il terzo comma dell'art. 275, attraendo alcuni gravi delitti, tra cui quelli a sfondo sessuale, all'interno del regime a lungo riservato alle sole fattispecie afferenti al fenomeno mafioso⁷¹. Anche su tali reati, in presenza del *fumus commissi delicti*, gravava, dunque, una duplice presunzione: relativa, per quel che attiene al *periculum libertatis*, ed assoluta in ordine all'adeguatezza della custodia carceraria⁷². Questa manipolazione si spiegava con l'intento di placare l'allarme sociale suscitato da siffatti delitti⁷³, soddisfacendo così le istanze d'immediata repressione avanzate dalla vittima e dalla collettività⁷⁴: alla custodia carceraria venivano, quindi, conferite le funzioni tipiche di una pena, indebitamente anticipata alla fase investigativa⁷⁵, violando, conseguentemente, la

⁶⁸ Sul punto, Cass., sez. III, 15 dicembre 2011, n. 5649, in *Diritto e Giustizia online*.

⁶⁹ Sul punto, A. MARANDOLA, *I profili processuali*, 968 e ss.; L. COLLINI, *Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa tra principio di legalità e discrezionalità giudiziale*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁰ D.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella l. 23 aprile 2009, n. 38.

⁷¹ In realtà, il «ricco florilegio delittuoso» (F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1991, 443), di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. e le presunzioni ad esso correlate sono stati oggetto di numerosi manipolazioni da parte del legislatore, a partire dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203, che ha istituito il regime c.d. del doppio binario cautelare. Per un'ampia panoramica cfr. P. MOSCARINI, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 227 e ss. F. ZACCHÈ, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA-F. VIGANÒ, Torino, 2009, 283 e ss.; G. ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell' art. 275 comma 3 c.p.p. tra precari equilibri costituzionali e applicazioni alle misure in atto*, in *Cass. pen.*, 2010, 3342 e ss.

⁷² Un'ulteriore presunzione di pericolosità (tale da incidere, questa volta, sul principio di proporzionalità) è stata ravvisata nel «nuovo» art. 275, comma 2-bis, c.p.p.: detta norma (solo in parte correlata con le previsioni di cui all'art. 656, comma 9, c.p.p., di cui si vorrebbe anticipare gli effetti sul piano cautelare) esclude dal divieto di custodia carceraria alcune fattispecie (tra cui rientrano anche gli atti persecutori ed i maltrattamenti, nonché quelle di cui all' art. 4-bis ord. pen.) laddove si ritenga che la pena irroganda non supererà i tre anni (cfr. M. F. CORTESI, *Interventi sulle misure custodiali*, in *Misure cautelari ad personam*, cit., 27 e ss.).

⁷³ Interessante l'approfondimento sul versante criminologico. I delitti a sfondo sessuale rientrerebbero, infatti, tra i c.d. *signal crimes*: «quei reati cioè la cui percezione, a differenza di altre tipologie delittuose, suscita un generalizzato e forte allarme sociale e conseguentemente un altrettanto generalizzato bisogno di sicurezza dei cittadini nei confronti della criminalità indistintamente considerata» (M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1091).

⁷⁴ Rileva, infatti, T. RAFARACI, in G. CANZIO-T. RAFARACI-S. RECCHIONE, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010, 273 che «sul versante della persona offesa il rischio è che si faccia leva sulle esigenze di tutela della sua posizione per convertire il processo nel luogo in cui comminare di fatto atipiche sanzioni anticipate, e su cui scaricare istanze di prevenzione e di "sicurezza"».

⁷⁵ Sul punto, A. SCALFATI, *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 938; G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie*, cit., 987.

Carta in più punti⁷⁶. La Corte costituzionale ha solo in parte demolito questo assetto, trasformando la presunzione di adeguatezza della misura custodiale da assoluta a relativa, attraverso plurime declaratorie d'illegittimità costituzionale⁷⁷, tra cui spicca la *leading case* di cui alla sentenza 21 luglio 2010, n. 265⁷⁸.

La recente legge 47/2015 ha ricostruito l'art. 275, comma 3, c.p.p. ispirandosi ai dettami della Consulta e cristallizzando, conseguentemente, l'esistenza di un triplo binario cautelare⁷⁹.

Non v'è chi non abbia scorto nell'operazione del Giudice delle leggi l'intento di salvaguardare, ancora una volta, la vittima, garantendole la più rapida – ma soprattutto ampia – protezione possibile tutte le volte in cui non emergano elementi idonei a vincere la duplice presunzione⁸⁰.

Si materializza, dunque, nuovamente, lo spettro dell'onere della prova gravante sull'imputato⁸¹; la Suprema Corte ha, tuttavia, ammesso la possibilità di escludere *ex officio iudicis* entrambe le presunzioni, sulla scorta dei dati presenti nel fascicolo cautelare⁸²: la meticolosità della ricostruzione fattuale in fase d'indagine diviene, quindi, sempre più importante ai fini della complessiva equità della procedura.

⁷⁶ La Corte costituzionale, nella sent. 21 luglio 2010, n. 265, ha, infatti, ravvisato la violazione degli artt. 3, 13, comma 1, e 27, comma 2, Cost. Si veda, sul punto, P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 949 e ss.

⁷⁷ Si vedano anche le sentenze 12 maggio 2011, n. 164; 22 luglio 2011, n. 231; 16 dicembre 2011, n. 331; 3 maggio 2012, n. 110; 29 marzo 2013, n. 57; 18 luglio 2013, n. 213; 23 luglio 2013, n. 232; 26 marzo 2015, n. 48.

⁷⁸ Ampiamente, sul punto, M. GIALUZ, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 6, 111 e ss.

⁷⁹ Sul punto, cfr. G. SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 530 e ss.

⁸⁰ Così, P. TONINI, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 265 e ss. Non a caso, come sottolinea anche l'Autore, la Corte costituzionale giustifica la ristretta portata del suo intervento – e, quindi, la ragionevolezza della nuova presunzione relativa – richiamandosi agli «aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato».

⁸¹ Si veda, a questo proposito, Cass., sez. III, 1 aprile 2014, n. 27439, in *Cass. pen.*, 2015, 720, ove si legge che «entrambe le presunzioni incidono poi sull'obbligo della motivazione e sulla ripartizione degli oneri probatori [...] Nel caso di specie, il Collegio cautelare ha annullato il provvedimento restrittivo esigendo una motivazione (sulla esistenza delle esigenze cautelari) che il Gip non era tenuto a fornire, in considerazione sia della presunzione relativa circa la loro sussistenza, sia della conseguente irrilevanza, a tal fine, del tempo trascorso dal commesso reato e sia addirittura per la presenza della recidiva qualificata (circostanza dalla quale si poteva desumere, a condizioni esatte, l'esistenza, in positivo, del pericolo di ripetizione criminosa specifica come fondatamente lamenta il pubblico ministero ricorrente)».

⁸² Così, Cass., sez. III, 10 dicembre 2013, n. 1488, in *Cass. pen.*, 2014, 3818, con nota di M. POLLERA, *La presunzione di adeguatezza della custodia in carcere per i reati sessuali*, secondo cui «in materia cautelare ove sono in gioco i diritti di libertà personale, costituzionalmente protetti e perciò indisponibili – le presunzioni relative possono essere vinte anche *ex officio* allorquando dal corredo processuale il giudice rilevi l'esistenza di specifici fatti che consentono di escludere le esigenze cautelari (prima presunzione relativa prevista dall'art. 275 c.p.p., comma 3) o consentono che le stesse possano essere salvaguardate con misure diverse dalla custodia in carcere (seconda presunzione relativa prevista dall'art. 275 c.p.p., comma 3)»; precisa, tuttavia, il collegio «che, qualora il giudice di merito non ritenga di poter superare la presunzione relativa, su di lui incombe solo l'obbligo di dare atto dell'inesistenza di elementi idonei a vincere tale presunzione; tuttavia l'obbligo di motivazione è imposto e diventa più oneroso (Sez. U, n. 16 del 05/10/1994, Demitry, Rv. 199387) nell'ipotesi in cui l'indagato o la sua difesa abbiano evidenziato elementi idonei a dimostrare l'insussistenza di esigenze cautelari e/o abbiano allegato, o anche solo dedotto l'esistenza *ex actis* di elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

5. Incursioni nella sfera dinamica

Meritano, infine, un breve cenno i più significativi mutamenti, relativi al rapporto vittima–imputato, che hanno interessato la fase dinamica del binario cautelare.

L'art. 282–*quater* ammette la possibilità di valutare, ai fini della modifica o della sostituzione della cautela applicata, la proficua frequenza da parte dell'imputato di un programma antiviolenza, valorizzando così, sul piano applicativo, eventuali attenuazioni della pericolosità del soggetto⁸³.

Le innovazioni più rilevanti si registrano proprio sul piano della *variatio* cautelare, ossia, più precisamente, sul versante della revoca e della sostituzione: l'art. 6 §§ 5 e 6 della Direttiva 29/2012, così come l'art. 56 § 1 lett. b) della Convenzione di Istanbul – delineando un panorama di tutele più esteso rispetto a quello previsto dal *case law* della Corte di Strasburgo⁸⁴ – sanciscono il c.d. diritto all'informazione, prescrivendo agli Stati membri di rendere la vittima edotta (quantomeno in caso di pericolo) circa l'evoluzione dello *status libertatis* dell'imputato. In conformità ai vincoli europei il legislatore, modificando l'art. 299 c.p.p., ha introdotto, in seno alla norma *de qua*, un comma 2–*bis* che sancisce un obbligo di comunicazione, a cura della polizia giudiziaria, ai servizi socio assistenziali e al difensore della persona offesa (o, in mancanza, alla vittima stessa) dei provvedimenti di revoca, sostituzione *in melius* o applicazione con modalità meno gravose, afferenti alla maggior parte delle misure coercitive⁸⁵, ove applicate in relazione a «delitti commessi con violenza alla persona»; la norma tralascia, peraltro, ulteriori e più

⁸³ La norma in esame inaugura, peraltro, il novero degli adempimenti comunicativi. Per quel che rileva *in parte qua*, giova rammentare l'obbligo di comunicare i provvedimenti applicativi delle misure di cui agli artt. 282–*bis* e *ter* alla persona offesa, nonché ai servizi socio assistenziali del territorio. A seguito dell'attuazione della Direttiva 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo, avvenuta con il d.lgs 11 febbraio 2015, n. 9, le due *species* di misure cautelari si prestano, altresì, a costituire il punto d'abbrivio di una tutela la cui portata trascende i confini nazionali (art. 5, comma 1): ai sensi dell'art. 282–*quater*, comma 1–*bis*, la persona offesa è, quindi, informata circa la possibilità di chiedere l'emissione di un ordine di protezione europeo, il cui presupposto, stando all'art. 5 della Direttiva è appunto l'adozione, da parte dell'autorità dello stato di emissione, di una misura protettiva implicante per il soggetto pericoloso: «a) divieto di frequentare determinate località, determinati luoghi o determinate zone definite in cui la persona protetta risiede o che frequenta; b) divieto o regolamentazione dei contatti, in qualsiasi forma, con la persona protetta, anche per telefono, posta elettronica o ordinaria, fax o altro; o c) divieto o regolamentazione dell'avvicinamento alla persona protetta entro un perimetro definito»: sul punto, A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. E. KOSTORIS, Giuffrè, 2014, 137; M. CAGOSI, *L'ordine di protezione europeo fa il suo ingresso nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it

⁸⁴ Nonostante i Giudici di Strasburgo abbiano talvolta affermato che gli artt. 2 e 3 della Convenzione, nel loro portato procedurale, richiedono il coinvolgimento effettivo della vittima nel corso dell'inchiesta (Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, § 211), finalità che implica tanto il tempestivo ascolto della persona offesa, quanto l'informativa circa il progredire del procedimento (Corte EDU, GC, 17 settembre 2014, *Mocanu ed altri c. Romania*, § 349 e ss.), la Corte europea ha ritenuto che «non si può interpretare la Convenzione come se essa imponga agli Stati un obbligo generale di rendere edotta la vittima di maltrattamento dei procedimenti penali nei confronti dell'autore del reato, nonché dell'eventuale liberazione condizionale o del trasferimento agli arresti domiciliari». Corte EDU, 27 maggio 2014, *Rumor c. Italia*, § 72, traduzione del Ministero della Giustizia).

⁸⁵ Restano escluse dal meccanismo le sole misure concernenti il divieto di espatrio (art. 281) nonché l'obbligo di presentazione alla p.g. (art. 282).

numerose ipotesi di mutamento della condizione *in vinculis* (impugnazioni, scadenza dei termini ecc.)⁸⁶.

Il legislatore italiano pare, inoltre, essersi spinto oltre il singolo monito europeo, fondando un autentico diritto alla partecipazione della vittima nell'incidente cautelare⁸⁷: ai sensi dell'art. 299, commi 3 e 4–*bis*, la richiesta di revoca o sostituzione delle suddette misure – fuori dai casi di presentazione in sede d'interrogatorio di garanzia⁸⁸ – dovrà essere notificata, a cura della parte istante, a pena d'inammissibilità⁸⁹, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza, alla vittima stessa⁹⁰. La *ratio* di tale adempimento è quella di porre l'offeso nelle condizioni di presentare memorie entro il termine di due giorni dall'avvenuta notifica⁹¹. Si tratta di una facoltà che consente, dunque, alla vittima d'interloquire in ordine all'esercizio del potere coercitivo, prerogativa di cui (citando Max Weber)⁹² l'apparato statale è tradizionalmente monopolista⁹³: tale modello partecipativo sembra, pertanto, allontanare ulteriormente la figura della persona offesa dal paradigma di mero soggetto⁹⁴.

Almeno due annotazioni risultano ancora doverose.

L'obbligo di notifica aggrava ulteriormente la difesa dell'imputato, finendo per incrementare i tempi della procedura, soprattutto nel caso in cui la vittima non abbia provveduto né a nominare un difensore, né a designare un domicilio⁹⁵. Il dato normativo

⁸⁶ Così, R. A. RUGGIERO, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2014, 2356.

⁸⁷ Sul punto, cfr., anche, H. BELLUTA, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, in www.penalecontemporaneo.it. Il considerando n. 33 della Direttiva 29/2012 ammette, del resto, pure un diritto all'informazione in merito all'eventuale possibilità d'impugnare il provvedimento di scarcerazione dell'autore del reato, ove tale facoltà sia prevista nell'ordinamento nazionale.

⁸⁸ L'eccezione suddetta, in realtà, è contemplata solo dalla prima norma: non sembrano, tuttavia, porsi ostacoli all'applicazione della stessa anche nel corso della fase successiva alla chiusura delle indagini preliminari. Esclude, inoltre, l'obbligo di notifica anche laddove la richiesta sia stata presentata in udienza (cfr. art. 299, comma 4–*bis*, primo periodo), G. SPANGHER, *L'attività del difensore d'ufficio*, in AA.VV., *Quaderni per la Formazione Professionale dell'Unione delle Camere Penali Italiane – La difesa d'ufficio*, serie diretta da G. SPANGHER, vol. I, *Le misure cautelari*, Pacini Editore, 2015, 24.

⁸⁹ Inammissibilità che «deve potere essere rilevata d'ufficio fino al formarsi del giudicato, senza che possano verificarsi forme, non previste dalla legge, di sanatoria» (Cass., sez. II, 20 giugno 2014, n. 29045, in *Cass. pen.*, 2015, 211).

⁹⁰ Qualora non sia stato nominato un difensore (cfr. art. 33 norme att.) la legge fa, tuttavia, salva l'ipotesi in cui la vittima abbia provveduto a dichiarare o a eleggere domicilio.

⁹¹ Trattasi di un termine acceleratorio per la vittima e il difensore, dilatorio per il giudice. La prerogativa in oggetto, pur non trovando esplicita enunciazione in seno al comma 4–*bis* (che prescrive unicamente la notifica), viene comunque riconosciuta dalla Suprema corte, stante la *ratio* dell'obbligo informativo: Cass., sez. VI, 5 febbraio 2015, n. 6717, in www.processopenaleegiustizia.it.

⁹² In generale cfr. A. ABAT I NINET, *Constitutional Violence. Legitimacy, Democracy and Human Rights*, Edinburgh University Press, 2013, 90 e ss.

⁹³ Così, anche, a proposito di un futuribile controllo, da parte dell'offeso, sull'inerzia del p.m. nell'esercizio del potere cautelare, S. RECCHIONE, *Le vittime da reato e l'attuazione della direttiva 2012/29 ue: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.

⁹⁴ Ciononostante, l'offeso «è ancora un postulante, nonostante i molti diritti. Gli mancano i poteri della parte: non agisce, né formula petita sul merito; meno che mai impugna ed è escluso dall'istruzione attiva (culminante negli esami diretti)»: così, F. CORDERO, *Procedura penale*, 2012, cit., 277.

⁹⁵ Così, anche, Così, A. DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. giust.*, 2, 2014, 100; M. BONTEMPELLI, *Novità nella procedura di revoca e sostituzione*, in *Misure cautelari ad personam*, cit., 155 e ss.; E. M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1804; A. PROCACCINO, *L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, cit., 99; S. RECCHIONE, *Il decreto sul contrasto*

prescrive, infatti, la contestuale notificazione della richiesta: secondo l'opinione che appare preferibile, la notificazione dovrebbe, quindi, essersi già perfezionata al momento della presentazione dell'istanza⁹⁶. Ecco, dunque, frapporsi ulteriori ostacoli al diritto dell'imputato ad ottenere un tempestivo adeguamento della misura in essere che più non corrisponda alle esigenze del caso concreto, stante la discrasia rispetto alla situazione cristallizzata nell'ordinanza applicativa⁹⁷.

Un'ulteriore complicazione è costituita dalla vaghezza della categoria delittuosa cui l'obbligo si riferisce: tale nozione – secondo alcuni troppo ampia, in quanto suscettibile di comprendere fattispecie in relazione a cui il coinvolgimento della vittima non sembra trovare giustificazione⁹⁸ – desta, invece, numerosi dubbi in ordine alla possibilità di sussumere al suo interno reati a forma libera (quale è, ad esempio, la fattispecie di cui all'art. 572 c.p.)⁹⁹ o rispetto ai quali la violenza è prevista quale modalità di realizzazione della condotta alternativa alla minaccia¹⁰⁰.

Interventi di “ortopedia interpretativa”, basati sull'*intentio legis* e sul principio d'interpretazione conforme¹⁰¹ o sull'affascinante bipartizione tra violenza reale e violenza personale¹⁰², per quanto suggestivi, dovrebbero comunque essere conciliati col *favor libertatis* che impone, soprattutto in questa sede¹⁰³, una puntuale applicazione del principio di tassatività delle invalidità processuali e delle correlative sanzioni¹⁰⁴. Detto principio è stato già, per altro verso, recentemente eluso dalla Suprema corte che, seppure

alla violenza di genere, cit., 9; R. A. RUGGIERO, *La tutela processuale della violenza di genere*, cit., 2352 e ss.

⁹⁶ Ampiamente, sul punto, D. POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, 982; la già citata Cass., sez. VI, 5 febbraio 2015, n. 6717 ammette che la richiesta possa essere accompagnata anche dalla prova del mero avvio della procedura di notifica (tale conclusione non esclude, tuttavia, il rallentamento dell'*iter*, dovendosi comunque attendere il perfezionamento della notificazione, nonché il decorso del termine di due giorni entro cui il difensore e l'offeso possono presentare memorie).

⁹⁷ Sul punto cfr., anche, G. PAVICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2013, 4320.

⁹⁸ Sul punto, A. DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina*, cit., 99; distingue, infatti, tra «le ipotesi in cui l'azione violenta è del tutto occasionale (come è nel caso di specie, trattandosi di rapine in danno di persone offese sconosciute all'imputato), da quelle in cui la condotta violenta si caratterizza anche per l'esistenza di un pregresso rapporto relazionale tra autore del reato e vittima, in cui perciò la violenza alla persona è per così dire mirata in danno di una determinata persona offesa», G.i.p. Trib. Torino 4 novembre 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹⁹ Prescrive la notifica in relazione al delitto *ex art. 612-bis c.p.*, Trib. Roma, 10 novembre 2014, in *DeJure*.

¹⁰⁰ Ampiamente, sul punto, A. PROCACCINO, *L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, cit., 94 e ss.

¹⁰¹ Richiama entrambi i summenzionati criteri, con particolare riguardo ai *consideranda* n. 17 e n. 18 della Direttiva 29/2012 che definiscono, rispettivamente, le nozioni di “violenza di genere” e di “violenza nelle relazioni strette”, D. POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p.*, cit., 979 e ss. Secondo A. MARANDOLA, *Nuove norme in materia di violenza di genere: aspetti processuali*, in *Studium Juris*, 2014, 530, tale «locuzione che attiene alla violenza di genere e ai casi in cui la violenza riguarda un terzo, esclude non poche fattispecie che, pur analoghe, risultano carenti di quella connotazione».

¹⁰² Il secondo termine della dicotomia include, infatti, tanto la violenza fisica quanto quella psichica: sul punto, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2014, 50 e ss.

¹⁰³ La precarietà dell'accertamento e la carenza di contraddittorio in sede applicativa rendono, infatti, necessaria una immediata valorizzazione degli elementi suscettibili di reintegrare l'indagato nell'esercizio delle proprie libertà, senza l'interposizione d'interessi facenti capo a soggetti terzi rispetto al destinatario della misura cautelare: sul punto, cfr. C. IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p.*, cit., 1400.

¹⁰⁴ Sul punto, R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Cedam, 2008, 43 e ss.

obiter dictum, ha sancito la doverosità della notifica, per quanto non prevista dal dettato normativo¹⁰⁵, anche qualora l'istanza tenda ad ottenere l'applicazione della cautela con modalità meno gravose¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Così, M. BONTEMPELLI, *Novità nella procedura di revoca e sostituzione*, cit., 162 e ss.

¹⁰⁶ Così la nota Cass., sez. VI, 5 febbraio 2015, n. 6717: la Suprema corte è pervenuta a tale conclusione sulla scorta tanto «dell'oggettivo collegamento logico- sistematico tra il primo ed il secondo inciso della disposizione di cui al citato comma 4 *bis*», quanto «della *ratio* della previsione normativa e della particolare estensione degli oneri informativi stabiliti in favore della vittima di determinate fattispecie incriminatrici dalla normativa Europea ed internazionale cui le norme interne hanno inteso dare attuazione».

ALLA RICERCA DELLA FUNZIONE NON PUNITIVA DELLA CONFISCA

Chiara Battaglini

Sommario: 1. Premessa. - 2. Verso una pena post-riparatoria. - 3. La confisca quale paradigma della pena post-riparatoria. - 4. La confisca con funzione ripristinatoria nel sistema della responsabilità da reato degli enti. - 5. Ipotesi codicistiche. - 6. La “nuova” confisca applicabile ai reati tributari. - 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L’idea di riflettere sulle funzioni attribuibili alla sanzione patrimoniale della confisca in una prospettiva che tenga conto anche della vittima del reato, prende avvio da alcune considerazioni di più ampio respiro involgenti il perseguimento di una maggiore razionalizzazione del sistema penale.

In un diritto penale di scopo¹ deputato alla tutela dei beni giuridici, le finalità perseguite sono strumentali all’effettivo decremento del tasso di insicurezza degli interessi tutelati, necessario per assicurare il miglior godimento dei diritti individuali.

Le incertezze che avvolgono l’efficacia general-preventiva della comminatoria edittale e gli insoddisfacenti risultati ottenuti nel campo del trattamento sanzionatorio improntato alla rieducazione e alla risocializzazione del reo fanno dubitare della capacità dell’intervento penale di raggiungere così ambiziosi obbiettivi. Quanto basta perché gli operatori del diritto siano avvertiti della necessità di mettere mano ad una profonda revisione dell’apparato teorico fino ad oggi impiegato per fondare la teoria della pena.

In questa prospettiva, voci autorevoli della dottrina evidenziano l’esigenza di ridefinire il sistema sanzionatorio adeguandolo ai principi di sussidiarietà, *extrema ratio* e proporzionalità auspicando l’elaborazione di una teoria scientifica della pena la cui pietra angolare sta nell’idea che la stessa debba trovare applicazione quando il danno causato dal reato non sia risarcibile o riparabile².

Un ripensamento dei meccanismi che presiedono l’applicazione delle sanzioni giuridiche appare doveroso al fine di conferire maggiore efficienza e razionalità assiologica al sistema.

In questo senso può essere letta anche l’apertura manifestata dall’Unione Europea nei confronti delle vittime di reato, dapprima con la decisione quadro 2001/220/GAI³, poi con la direttiva 2012/29/UE⁴, che, unitamente alle perduranti difficoltà in cui versa la

¹ V. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. a cura di A.A. Calvi, Giuffrè, 1962.

² Cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1207.

³ Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, v. *eur-lex.europa.eu*

⁴ Direttiva 2012/29/EU del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, v. *eur-lex.europa.eu*

nostra giustizia penale, rappresenta un motivo per interrogarsi sulla rivalutazione del ruolo della vittima all'interno delle dinamiche processuali nazionali ed in particolare sulla rivalutazione delle condotte riparatorie poste in essere dal reo a seguito della commissione dell'illecito penale ai fini della punibilità della condotta.

2. Verso una pena post- riparatoria

Il tema della giustificazione della pena, del perché sia necessario punire⁵, costituisce uno snodo essenziale nel dibattito sulla legittimazione, anche sociale, del diritto penale moderno. Come noto, oggetto di una letteratura sterminata⁶. I diversi fini che nel corso dei secoli sono stati attribuiti alla sanzione penale per giustificarne l'applicazione, sono la risultante dell'evoluzione dello Stato e degli obiettivi perseguiti dalla politica criminale, ma prima ancora dei bisogni della società, che ne tratteggiano la figura plasmandone gli scopi.

L'estemporaneità, spesso indulgenziale che da decenni caratterizza i molteplici interventi legislativi di decarcerizzazione attuati in nome della finalità rieducativa e per risolvere la piaga del sovraffollamento carcerario, assieme all'assfissante lentezza dei processi, ha minato profondamente la credibilità della giustizia penale agli occhi dell'opinione pubblica, contribuendo al diffondersi della convinzione secondo cui non vi sia più certezza ed effettività della pena.

Per far fronte all'imprevedibile bisogno di riformare il sistema penale, stante il collasso in cui versa oramai da troppo tempo la giustizia italiana, paragonabile non impropriamente ad un malato terminale, sono in cantiere nuove modifiche che interessano il codice penale, le quali si affiancheranno agli istituti della tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p. e alla sospensione del procedimento con messa alla prova ex artt. 168-bis, ter e quater di recente introduzione. Nel panorama degli interventi improntati a deflazionare il carico giudiziario, al fine non solo di conferire maggiore efficienza e razionalità, ma anche di presidiare il continuamente violato diritto alla ragionevole durata del processo, corollario del principio costituzionale e convenzionale del giusto processo, si inserisce quello volto a conferire alla restituzione e al risarcimento del danno natura di cause di non punibilità.

Il disegno di legge n. 2798 presentato alla Camera dei deputati il 23 dicembre 2014 e intitolato «*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggior contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per*

⁵ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, il Mulino, 2009.

⁶ Solo per citarne alcuni: P. NUVOLONE, voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Utet, 1973; C. Beccaria, *Dei Delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, Feltrinelli, 2006; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Fratelli Cammelli, 1897; E. FERRI, *Sociologia criminale*, Fratelli Bocca, 1892; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Vol. III*, Utet, 1950; B. PETROCELLI, *Le funzioni della pena*, in *Riv. dir. penit.*, 1935, 1315; G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it.*, 1961; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Jovene, 1984; AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant ad Hegel*, a cura di L. Eusebi, Giuffrè, 1989.

*l'effettività rieducativa della pena*⁷ prevede infatti, l'introduzione degli artt. 162-ter e 649-bis c.p. entrambi rubricati «*Estinzione del reato per condotte riparatorie*», l'uno relativo ai reati procedibili a querela, l'altro ad alcuni delitti contro il patrimonio perseguibili d'ufficio, quali: il furto aggravato da una delle circostanze di cui ai numeri 2), 4), 6) e 8-bis) del primo comma dell'articolo 625; il delitto di cui all'art. 636 (*Introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo*) e quello di cui all'art. 638 (*Uccisione o danneggiamento di animali altrui*).

L'operatività come causa di estinzione del reato è subordinata al fatto che la condotta riparatoria sia realizzata prima dell'inizio del dibattimento.

Parimenti improntata a conferire rilevanza alla restituzione dei proventi del reato è la modifica *in itinere* riguardante l'accesso al rito alternativo del patteggiamento in caso di delitti contro la pubblica amministrazione. La definizione anticipata del giudizio dovrebbe infatti essere condizionata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.

Sull'opportunità di riflettere sulle implicazioni che possono derivare in termini di efficienza e razionalizzazione del sistema da una maggior implementazione dei meccanismi basati sulla riparazione - attualmente rilevanti come circostanza attenuante *ex art. 62, c. 1, n. 6, c.p.*, ai fini dell'oblazione *ex artt. 162 e 162-bis c.p.*, come indici di commisurazione *ex art. 133 c.p.*, in alcune ipotesi per la concessione della sospensione condizionale, in fase esecutiva per la concessione di misure premiali e clemenziali, salve le eccezioni di parte e legislazione speciale⁸ - si è espressa autorevole dottrina, la quale considera la riparazione quale coefficiente della teoria della pena nella misura in cui la concepisce come base epistemologica della pena criminale, come post fatto che per la sua incidenza sulla soluzione del conflitto tra reo e vittima assurge a metro della punibilità⁹.

Tale dottrina che ha elaborato la figura del delitto riparato,¹⁰ promuove un concetto, un'idea di pena che non sia più un raddoppio del male, ma che possa tener conto anche della vittima in una prospettiva post-riparatoria, a partire dalla costruzione delle cornici edittali dei singoli reati. La riparazione, consistente in un *facere* positivo a favore della vittima o della collettività volto al ripristino dei beni e valori offesi, non riducibile alle sole fattispecie del risarcimento e della restituzione, ma indicativa di una serie eterogenea di condotte (si pensi per esempio alla bonifica dei terreni inquinati, alla demolizione di opere abusive, al ripristino della verità a seguito di diffamazione o della produzione di un falso documentale) si porrebbe alla base del calcolo teorico e dell'epistemologia della

⁷ Per una sintetica disamina delle modifiche previste dal presente disegno di legge cfr. L. MATARRESE - S. ZIRULIA, *Il Governo presenta alla Camera un articolato pacchetto di riforme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it

⁸ Per uno sguardo alle ipotesi di parte e legislazione speciale in cui le condotte riparatorie rilevano come cause estintive del reato, v.: M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, 2015, 281 e ss.

⁹ v. M. DONINI *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁰ «Occorre una nuova regola di parte generale: il delitto riparato, *titolo autonomo da collocare a fianco del delitto tentato, con una cornice fortemente ridotta rispetto a quella attuale che ne prescinde; la sua riduzione comprende il fatto che una riparazione ci sia stata: la riparazione è quindi parte del suo contenuto sanzionatorio, costituita da una pena agita e da una pena subita. Se c'è stato anche risarcimento la riduzione può essere ulteriormente accresciuta anche oltre il livello sanzionatorio del tentativo*» in M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 15.

pena edittale, la quale troverebbe applicazione quando il danno causato dal reato non sia risarcibile e riparabile o in alternativa, qualora lo sia, in misura fortemente ridotta.

Tale assunto si pone in conformità ai canoni di *extrema ratio*, sussidiarietà e proporzionalità, ma prima ancora del principio di ragionevolezza che dovrebbe pur sempre permeare l'intero ordinamento. Una pena così concepita permetterebbe infatti di evitare o per lo meno ridurre il fenomeno della duplicazione delle sanzioni che traggono origine dalla medesimo fatto, sulla base del principio del dialogo del meccanismo punitivo che consente un maggior coordinamento tra i vari settori giuridici. Essa, inoltre, si porrebbe in completa aderenza con quanto sancito all'art. 185 c.p.

In questa logica è possibile non solo regolare il rapporto tra autore del reato e vittima - danneggiato con effetti positivi per entrambe le parti, ma anche quello tra illecito civile e reato, con vantaggi per il sistema. Il reo sarebbe infatti soggetto a sanzioni presumibilmente più proporzionate, potendo oltretutto trarre soddisfazione e giovamento dalla risoluzione del conflitto con la vittima compatibilmente con la finalità rieducativa della pena¹¹. La vittima - danneggiato avrebbe maggiori possibilità di ottenere una ristorazione dai danni patiti senza essere costretta ad esercitare l'azione civile se non per ottenere un risarcimento per poste distinte. La giustizia ci guadagnerebbe in termini di risparmio di tempo e di efficienza¹².

Questa "visione" si interseca armoniosamente con le linee prospettive emergenti dal panorama internazionale¹³ ed europeo in cui la vittima, figura centrale nel conflitto generato dal reato, gode di rinnovato interesse a fronte del solco tracciato dagli studi vittimologici e della *Restorative Justice*¹⁴.

In particolare, a livello europeo l'art. 16 § 2 della direttiva 2012/29/UE¹⁵ richiede che gli Stati membri promuovano «*misure per incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima*», in recepimento del quale si pongono le proposte di modifiche legislative in precedenza descritte.

¹¹ Il risarcimento risulta compatibile con gli scopi della pena: con la prevenzione generale positiva nella misura in cui può favorire l'integrazione sociale dell'individuo, con la prevenzione speciale, comportando quando spontaneo, la riappacificazione tra reo e vittima. Cfr. C. ROXIN, *La posizione della vittima nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 10.

¹² Ad avviso di alcuna dottrina la giustizia riparativa «*consente di modificare geneticamente la risposta punitiva in una dimensione equilibrata fra diritti della vittima e diritti dell'autore del reato, in chiave di riduzione massima della sofferenza di entrambi: in realtà, questo effetto... è destinato... a erodere le basi stesse di quel diritto penale classico, che l'idea ripartiva orienta verso una nuova comprensione del significato stesso della pena in generale*», M. Donini, *Il delitto riparato*, cit, 2.

¹³ Cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., 81e ss.; AA.VV., *Tutela della vittima e mediazione penale*, a cura di G. Ponti, Giuffrè, 1995.

¹⁴ Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia ripartiva e mediazione penale*, Giuffrè, 2003; G. MANNOZZI – G. A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per un'autonomia scientifico-didattica della giustizia ripartiva in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 133 ss.; M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 1: l'Autore definisce la giustizia riparativa come «*la novità politico-criminale più importante degli ultimi lustri, a livello internazionale, sul terreno della prassi e della teoria della pena*».

¹⁵ Tale direttiva adotta un concetto di vittima più ampio rispetto a quello contenuto nella decisione quadro 2001/220/GAI svincolandola dal concetto penalistico di soggetto passivo del reato, ma non è questa la sede per affrontare tale tematica, v. S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in AA. VV. *Lo scudo e la spada, Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e l'Italia*, Utet, 2012

3. La confisca quale paradigma della pena post-riparatoria

Così tratteggiato lo scenario in cui si inserisce la discussione sulla previsione di una pena in chiave post-riparatoria, possono esaminarsi alcune disposizioni normative di parte e legislazione speciale improntate a tale logica che disciplinano singole ipotesi di confisca applicabili in specifici settori, al fine di riflettere sull'opportunità di conferire al principio in esse contenuto rango di regola generale.

La confisca costituisce indubbiamente uno strumento che ben si presta ad essere utilizzato in via post-riparatoria nella misura in cui si consideri aggredibile dallo Stato soltanto quella parte del patrimonio illecito che eccede, se eccede, quella restituibile (qualora sia possibile) o conferibile a titolo risarcitorio alla vittima - danneggiato.

La misura ablatoria della confisca, il cui archetipo si individua nella misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., si presenta in diverse forme stante le molteplici tipologie disseminate nel codice e nelle leggi complementari¹⁶. La giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha in più occasioni ribadito che tale sanzione, il cui tratto tipizzante si rinviene nella privazione definitiva di beni mediante appropriazione dello Stato, costituisce uno strumento camaleontico in grado di assumere fisionomie diverse a seconda del fine a cui è rivolta¹⁷. La ragione sottostante la proliferazione delle ipotesi di confisca si rinviene nel principio/slogan secondo cui il delitto non deve pagare, assunto a manifesto della politica criminale di questi ultimi decenni. La sanzione patrimoniale della confisca, nelle sue diverse declinazioni, costituisce un mezzo estremamente efficiente nell'aggressione ai patrimoni illeciti. Si tratta infatti di una misura pervasiva che può rivelarsi altamente afflittiva, potendosi confiscare beni non avvinti da alcun nesso di pertinenzialità con il reato sottostante. Per tale ragione e per l'esigenza di conferire maggior organicità alla relativa disciplina, piuttosto eterogenea e disordinata, la confisca è stata al centro di svariate proposte di riforma¹⁸.

Ad avviso di parte della dottrina¹⁹ il principio secondo cui il crimine non deve pagare non dovrebbe essere inteso in senso giustizialista - retributivo, bensì a favore della vittima - danneggiato, dovendo di talché procedersi a confisca soltanto qualora il provento del reato sia stato restituito all'avente diritto.

¹⁶ v. A. ALESSANDRI, voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, III, Utet, 1989. Per un'ampia e approfondita analisi delle diverse tipologie di confisca anche negli ordinamenti europeo ed internazionale cfr. A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001.

¹⁷ Cfr. Corte Cost. n. 335/1996, Corte Cost. n. 487/1995, Corte Cost. n. 465/1993, Cass. Pen., Sez. Un., 5 febbraio 2015, n. 4880, Spinelli.

¹⁸ Al riguardo la Commissione Grosso istituita per la riforma del codice penale aveva previsto l'introduzione di una clausola di onerosità con cui parametrare l'entità dei beni confiscabili alla condizione economica del reo, prevedendo la possibilità di non disporre tale misura qualora ciò fosse necessario ad evitare di incidere in modo sproporzionatamente gravoso sulle condizioni elementari di vita del reo.

¹⁹ v. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1205.

Tali considerazioni paiono valere soltanto per le confische diretta e di valore²⁰, aventi ad oggetto il profitto²¹ e il prezzo²² del reato o il loro equivalente, i quali rappresentano o corrispondono al depauperamento della persona offesa -danneggiato. Si pensi, a titolo esemplificativo, al corrispettivo pagato per l'acquisto di merce viziata in caso di truffa, alla tangente versata nell'ipotesi di concussione, al pizzo pagato a seguito di estorsione, all'incasso di una rapina.

Aderendo a tale logica, per la quale le pretese risarcitorie del danneggiato paralizzerebbero l'azione espropriativa dello Stato, quest'ultimo diverrebbe garante della vittima non incassando a suo discapito. In tal senso una parte della dottrina sostiene che: *«la confisca per equivalente del profitto del reato dovrebbe trovare applicazione generale, ma a favore della vittima, non di uno Stato che “incassi ai suoi danni»*²³.

Il tutto nella prospettiva di ripristinare l'ordine violato riparando così il conflitto tra vittima e reo, evitando altresì una doppia o per lo meno sproporzionata ablazione della ricchezza mediante il coordinamento delle esigenze privatistiche con quelle pubblicistiche, al fine di meglio conformarsi ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità.

Una confisca che anteponga le pretese del danneggiato a quelle statuali consente a quest'ultimo di soddisfare più facilmente le proprie ragioni, evitando di intraprendere l'azione civile, salvo il caso in cui abbia diritto ad un risarcimento per poste distinte.

Oltretutto, una misura ablatoria concepita in tale logica, si conformerebbe al diritto europeo, essendo previsto in più normative che i proventi confiscati vadano restituiti alle vittime, circostanza questa, che solleva non poche criticità in sede di interpretazione conforme stante l'obbligo di adeguamento del diritto interno al diritto europeo.

La decisione quadro 2005/212/GAI²⁴, conforme alla proposta di direttiva COM (2011) 275, oltre a prevedere l'obbligatorietà della confisca del profitto e della confisca per equivalente, già obbligatorie in molti ordinamenti stranieri in cui la relativa disciplina assume carattere generale, prevedeva la restituzione dei beni al danneggiato. L'adeguamento della disciplina interna alla fonte europea era previsto dalla l. 25 febbraio 2008, n. 34²⁵, ma la delega non fu mai attuata.

La già citata direttiva 2012/29/UE in materia di tutela della vittima all'art. 15, rubricato *«Diritto alla restituzione dei beni»*, statuisce che: *«Gli Stati membri provvedono a che, in seguito a una decisione di un'autorità competente, i beni restituibili sequestrati nell'ambito del procedimento penale siano resi senza ritardo alle vittime, tranne quando il procedimento penale imponga altrimenti. Le condizioni o le norme procedurali in base alle quali tali beni sono restituiti alle vittime sono stabilite dal diritto nazionale»*.

²⁰ Sulla natura giuridica di pena della confisca per equivalente v. Cort. Cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97.

²¹ Per una ricostruzione dell'oscillante evoluzione giurisprudenziale sulla nozione di profitto del reato, quale guadagno o vantaggio economico derivante in via diretta e immediata dal reato e sui relativi criteri di quantificazione si veda la relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Cassazione n. 41/2014, in www.cortedicassazione.com. Cfr. F. MUCCIARELLI - C. E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsione ermeneutiche*, in www.penalecontemporaneo.it.

²² Il prezzo del reato è il compenso dato o promesso per indurre o determinare qualcuno a commettere l'illecito.

²³ v. M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 18.

²⁴ Decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, v. eur-lex.europa.eu

²⁵ L. 25 febbraio 2008, n. 34 rubricata *«Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee»*.

La formulazione di tale disposizione pone degli interrogativi circa l'interpretazione del termini "sequestrati", ci si chiede infatti se sia possibile procedere alla restituzione dei beni già in fase cautelare senza dover attendere la definitività del provvedimento giudiziario. In tal caso si potrebbero porre problemi di raccordo con la normativa nazionale.

Da ultimo la direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea²⁶, che al considerando 29 dispone che «*Nell'ambito di un procedimento penale, i beni possono essere congelati anche in vista di una loro possibile conseguente restituzione o al fine di garantire il risarcimento dei danni causati da un reato*» e all'art. 8 § 10 statuisce «*Ove, a seguito di un reato, sussistano diritti di risarcimento delle vittime nei confronti della persona oggetto di un provvedimento di confisca previsto dalla presente direttiva, gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che il provvedimento di confisca non impedisca a tali vittime di far valere i loro diritti*».

4. La confisca con funzione ripristinatoria nel sistema della responsabilità da reato degli enti

L'applicabilità delle sanzioni patrimoniali della confisca obbligatoria diretta e di valore alla materia della responsabilità amministrativa da reato degli enti, prevista dalla normativa speciale di cui al d.lgs 8 giugno 2001 n. 231 per l'ipotesi in cui il reato commesso rientri nell'elenco dei reati presupposto²⁷, presenta svariati profili critici stante il peculiare contesto in cui si inserisce l'illecito. Salva infatti l'ipotesi in cui l'ente costituisca un mero schermo fittizio, esclusivamente strumentale alla commissione di reati, il contesto in cui si cala l'attività dell'ente è un contesto lecito innervato dai rapporti contrattuali intercorrenti tra questo e i terzi estranei. Tale circostanza rende difficoltosa l'individuazione del profitto confiscabile poiché, per l'appunto, la commissione del reato avviene nel contesto di un'attività d'impresa legale, realizzandosi nella fase genetica o nella fase esecutiva di un contratto.

L'art. 19, c. 1, d.lgs. n. 231/2001 disponendo che «*Nei confronti dell'ente è sempre disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato*» contempla un'ipotesi di confisca obbligatoria del prezzo e del profitto in cui questi possono essere decurtati del *quantum* restituibile al

²⁶ Direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea, v. eur-lex.europa.eu

²⁷ Per una disamina delle diverse ipotesi di confisca previste dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 rubricato «*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 330*», cfr. T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Cedam, 2001. Qualora il reato commesso dal soggetto inquadrato nell'ambito dell'ente non rientri nell'elenco dei reati presupposto di cui al d.lgs. n. 231/2001, la confisca del patrimonio dell'ente si ritiene possibile in virtù dell'art. 240 c.p., nell'ipotesi in cui l'ente sia considerabile quale persona non estraneo al reato per aver tratto vantaggio dal profitto del reato commesso. Al riguardo v. P. SORBELLO, *Reati tributari, confisca per equivalente e società quale persona non estranea al reato*, in *Giur. mer.*, 2013, 1128 ss., da ultimo Cass. Pen., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, Gubert.

danneggiato²⁸, introducendo un meccanismo a favore di quest'ultimo in virtù del quale le sue pretese civilistiche finiscono per anteporsi a quelle ablativo dello Stato.

Si tratta di una previsione significativa che tutela in via immediata gli interessi del danneggiato e indirettamente quelli di qualsiasi soggetto portatore di interessi nei confronti dell'ente e della sua solidità finanziaria (soci, lavoratori, creditori) al fine di preservare lo svolgimento dell'attività economica. Posto il limite dell'*utilitas* del danneggiato alla confiscabilità del profitto, si attribuisce alla misura ablativa una funzione prevalentemente riequilibratrice. Così facendo, il legislatore ha inteso, ragionevolmente, bilanciare le esigenze repressive compendiate nel principio secondo cui il crimine non deve pagare con quella della tutela dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.

Se si pensa al notevole impatto in termini negativi, che il provvedimento di confisca, ma ancor prima il sequestro ad essa prodromico, può avere sulla "vita" dell'ente, si coglie l'importanza di calibrare il ricorso a misure ablativo così afflittive arginando il rischio di ottenere effetti sproporzionati e devastanti, quali il fallimento.

Tuttavia, la norma non risulta di agevole interpretazione.

Si registrano infatti una pluralità di orientamenti giurisprudenziali in ordine alla ricostruzione della nozione di profitto confiscabile, ai criteri utilizzabili ai fini della sua quantificazione e alla connessa questione della perimetrazione del concetto di *utilitas* del danneggiato²⁹.

Non essendo questa la sede in cui approfondire l'analisi degli aspetti tecnici del dibattito ci si limita a dar conto che il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite con la nota pronuncia n. 26654/2008³⁰ secondo cui il profitto del reato, quale vantaggio di diretta e immediata derivazione causale dal reato «*deve essere calcolato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente*» non è stato osservato in maniera univoca dalla giurisprudenza successiva³¹.

La formulazione della norma solleva inoltre ulteriori dubbi interpretativi circa il suo perimetro applicativo, ossia se: il riferimento alle sole restituzioni precluda o meno l'estensione al rimedio risarcitorio; la collocazione della clausola di salvaguardia al primo comma ne precluda l'applicazione alla confisca per equivalente, disciplinata nel comma successivo; ne sia preclusa l'operatività in fase cautelare.

Con riferimento al primo quesito, ad avviso di una parte della dottrina sarebbe più rispettoso del principio di legalità privilegiare un'interpretazione aderente al dato

²⁸ Il danneggiato è colui che ha subito una privazione ingiusta attraverso l'illecito, fonte di un simmetrico profitto per il suo autore, a titolo esemplificativo si pensi alla pubblica amministrazione che per effetto di una truffa contrattuale abbia effettuato il pagamento senza ottenere in cambio la controprestazione.

²⁹ Per una disamina dei vari indirizzi interpretativi e dei criteri elaborati dalla giurisprudenza, tra cui quello dell'utile netto, v. *supra* nota 21. Con riferimento specifico al profitto confiscabile nel settore della responsabilità degli enti, cfr.: V. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in www.penalecontemporaneo.it; ID, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1758 ss.; L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 4544; R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, *Dike*, 2012, 174 e ss.

³⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti, CED Cass., n. 239925.

³¹ v. *supra* note 21 e 29.

letterale, cosicché il danneggiato che intendesse far valere le proprie pretese risarcitorie sarebbe tenuto ad esercitare l'azione civile³². Il concetto di restituzione implicherebbe infatti un riferimento a beni determinati, di pertinenza del danneggiato, su cui lo stesso vanta diritti reali o personali. Così opinando, parrebbe non legittima un'estensione della clausola all'istituto della confisca per equivalente in quanto, in tal caso, si procederebbe alla restituzione del *tantundem*, ma tale interpretazione non pare coerente sotto un profilo sistematico.

Con riferimento al terzo quesito, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca, regolato dall'art. 53, d. lgs. n. 231/2001, è soggetto agli stessi limiti riconosciuti al provvedimento ablatorio definitivo³³.

5. Ipotesi codicistiche

Alcune ipotesi di confisca che paiono perseguire una funzione ripristinatoria sono contenute nella parte speciale del codice con riferimento a specifici delitti.

L'art. 474 *bis* c.p. prevede per i reati di cui agli artt. 473 (*Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni*) e 474 (*Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi*) che sia «*sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto, il prodotto, il prezzo o il profitto, a chiunque appartenenti*».

Tale disposizione pare prevedere un meccanismo analogo a quello contenuto all'art. 19, d.lgs. 231/2001, in virtù del quale la soddisfazione delle istanze privatistiche è anteposta a quelle statuali. Il riferimento alla sola persona offesa, frutto forse di una specifica scelta del legislatore o di una svista, appare improprio, non coincidendo con la qualifica di danneggiato.

Inoltre, nonostante l'ambiguità della clausola, parrebbe coerente con la finalità della stessa estenderne la portata anche alla confisca per equivalente prevista al comma successivo.

Le medesime osservazioni si pongono in ordine all'art. 600 *septies* c.p. il quale regola l'istituto della confisca applicabile ai delitti contro la personalità individuale, ossia alle fattispecie previste dagli artt. 600, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quater*¹, 600 *quinquies*, nonché a quelle in materia di violenza sessuale di cui agli artt. 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, 609 *undecies* (per alcuni articoli il riferimento è soltanto ad alcuni commi). Tale norma dispone che: «*è sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento dei danni, la confisca dei beni che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato*».

Altrettanto si osserva in riferimento al reato di usura. L'art. 644, u.c., c.p. prescrive che «*è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per*

³² v. T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, cit.

³³ Cass. Pen., Sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748, Impregilo S.p.A., secondo cui: «*stante la strumentalità rispetto al provvedimento sanzionatorio finale costituito dalla confisca, la misura cautelare reale non [può] avere una maggiore capacità di ablazione dei beni costituenti il profitto, ma il suo perimetro di azione [è] segnato dagli stessi limiti riconosciuti dalla legge al provvedimento definitivo*».

interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno».

6. La “nuova” confisca applicabile ai reati tributari

In materia tributaria l'applicazione della confisca si è dimostrata una operazione complessa, stante la peculiare fisionomia assunta dal profitto nei reati di evasione in cui non è riscontrabile un concreto e materiale incremento del patrimonio suscettibile di apprensione, ma un vantaggio conseguente ad un risparmio di spesa realizzato mediante mancati esborsi o economie di costi³⁴.

Dinnanzi tale circostanza, la misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p. si è rivelata un rimedio insufficiente per il recupero della ricchezza illecita, fintantoché il legislatore non ha esteso ai reati fiscali l'istituto della confisca per equivalente, la quale sin da subito si è rivelata un efficace strumento nel campo della lotta all'evasione. Ad avviso di una parte della dottrina la previsione della confisca di valore, finalizzata all'ablazione di denaro e/o beni per un valore equivalente al risparmio di spesa conseguito, comprensivo oltretutto di sanzioni ed interessi, svolge una funzione surrogatoria dell'obbligazione tributaria, di cui l'erario esige l'adempimento³⁵.

Il settore dei reati tributari si connota, oltre che per l'eccessivo tecnicismo della legislazione tributaria, per una dura risposta repressiva da parte dello Stato, stante l'esistenza di un sistema a doppio binario in cui coesistono il processo penale e il procedimento impositivo condotto dall'Amministrazione finanziaria per l'accertamento e la riscossione del tributo e degli annessi sanzioni ed interessi, il quale può sfociare nel processo tributario dinnanzi le apposite commissioni. Data la mancata previsione di una pregiudizialità tributaria, i suddetti procedimenti si svolgono in totale autonomia generandosi non pochi problemi di raccordo, in particolare qualora giungano ad esiti diversi; senza dimenticare che l'Amministrazione finanziaria, a tutela delle proprie ragioni, può procedere ad iscrivere ipoteche o a pignorare beni del contribuente reo.

La situazione si profila ancor più complessa in quanto, alla luce dei recenti approdi della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo³⁶, potrebbe integrarsi la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale in relazione alle ipotesi in cui la sanzione penale si aggiunga alla sanzione amministrativa reputata afflittiva, o viceversa. Si assiste infatti ad una doppia ablazione nei confronti di un'unica fattispecie evasiva.

Allo stato dell'arte, il recupero della ricchezza illecita si presenta dunque ricco di criticità, essendo variegato il quadro delle situazioni/interazioni prospettabili tra procedimento tributario e processo penale, ma non è oggetto del presente contributo

³⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 6 novembre 2013, n. 48104. In dottrina si esprime in senso critico ritenendo che non possa considerarsi profitto del reato una somma non versata a titolo di imposta in quanto la stessa non deriva dal reato ma è preesistente allo stesso, G. Flora, *Annullamento degli avvisi di accertamento e fumus delicti ai fini del sequestro per equivalente nei reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2014.

³⁵ A. GIOVANNINI, *Identità di oggetto dell'obbligazione d'imposta e della confisca nei reati di evasione*, in *Rass. Trib.*, 2014, 1255 ss.; R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, cit., 182.

³⁶ Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, in materia di abusi di mercato; Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finland*; cfr. A. PODDIGHE, *Il divieto del ne bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, IV, 104 ss.

approfondire lo studio dei complessi rapporti tra confisca, accertamento impositivo e adempimento dell'obbligazione tributaria.

Al fine di conferire maggior razionalità al recupero dell'imposta evasa pare improntato il nuovo art.12-*bis*, d.lgs. 10 marzo 2000, n.74³⁷ con il quale si provvede a dare giusta collocazione all'istituto della confisca in materia tributaria, attualmente regolato dagli artt. 240 c.p. e 1, c. 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria del 2008*), il quale rinvia all'art. 322-*ter* c.p., disciplinante le misure della confisca diretta obbligatoria e della confisca per equivalente in ambito di reati contro la pubblica amministrazione. L'art. 12-*bis*, con riferimento alle ipotesi di confisca obbligatoria diretta e di valore, prevede che: «*la confisca non opera per la parte che può essere restituita all'erario*».

Tale norma contiene una previsione analoga a quella presente all'art. 19, d.lgs. n. 231/2001, senonché non essendo individuabile una vittima determinata, poiché nei delitti tributari la stessa è semmai identificabile nella collettività, questa ipotesi di confisca parrebbe essere improntata a perseguire una funzione più soddisfacente che riparatoria. Tale assunto implica però una riflessione di più ampia portata sul concetto di vittima, la quale esula dall'oggetto del presente lavoro.

La disposizione di cui all'art. 12-*bis* si connota per una ambigua formulazione del dettato normativo. L'utilizzo del verbo modale, indicativo di una possibilità, ingenera infatti non poche perplessità sulla sua portata applicativa.

Con tale intervento il legislatore pare aver recepito quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità³⁸ secondo il quale l'applicabilità della confisca risulterebbe preclusa, così come il sequestro prodromico ad essa, per quella parte di ricchezza che il contribuente ha provveduto a versare all'erario.

La norma, come sottolineato da una parte della dottrina³⁹, è da coordinarsi con i seguenti artt. 13 e 13-*bis* i quali prevedono l'introduzione di cause di esclusione della punibilità, per taluni reati, in caso di pagamento del debito tributario entro determinate scadenze. Così facendo, si permetterebbe al reo contribuente di restituire all'erario l'imposta evasa, accedendo agli istituti premiali predisposti dalla legislazione tributaria, evitando che tale possibilità possa essergli preclusa già con la disposizione del sequestro per equivalente prodromico alla confisca⁴⁰. In sostanza, allorché il soggetto agente abbia provveduto ad estinguere il suo debito nei confronti dell'erario, lo Stato non può confiscare ulteriori beni.

Non sembra, invece, che la disposizione permetta al contribuente di evitare la confisca qualora il pagamento dell'imposta evasa sia definito ancora sulla base di un accordo con l'Amministrazione finanziaria⁴¹.

³⁷ S. FINOCCHIARO, *Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello "schema" di decreto legislativo*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁸ Cass. Pen., Sez. III, n. 30140/2012; Cass. Pen., Sez. III, n. 10120/2010.

³⁹ S. FINOCCHIARO, "Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello "schema" di decreto legislativo", cit.

⁴⁰ S. CAVALLINI; *Osservazioni "di prima lettura" allo schema di decreto legislativo in materia penaltributaria*. "Non ridere, non lugere, neque destari, sed intelligere!", in www.penalecontemporaneo.it

⁴¹ Ipotesi di recente esclusa da Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2014, n. 40244, che ha negato la «possibilità per il contribuente, il quale abbia raggiunto un accordo transattivo con l'Amministrazione Finanziaria (che prevede il pagamento rateale della imposta evasa nella sua integralità), di evitare l'assoggettabilità a sequestro della somma sul presupposto di una (futura) definizione completa della

Alla luce di quanto detto, si ritiene che l'ingresso di tale disposizione sia da salutare con favore ponendo ragionevolmente dei freni alle pretese ablatorie statuali nella prospettiva di bilanciarle con la tutela dell'iniziativa economica, sennonché, visto il carattere transitorio attribuito al decreto, la cui efficacia temporale è al momento circoscritta ai prossimi due anni, la sua portata applicativa risulterebbe alquanto svilita.

7. Considerazioni conclusive

La tutela della vittima rientra tra i doveri dello Stato e perseguirne l'effettività è auspicabile non solo per arginare la grande sfiducia nutrita dalla collettività nei confronti della giustizia, ma anche per evitare fenomeni di c.d. vittimizzazione secondaria oltre che le vittime si trasformino in giustizieri dei propri interessi. Pertanto, l'introduzione di meccanismi di riparazione in uno scenario in cui è sempre più avvertita la crisi della funzione rieducativa della pena impone come necessaria una discussione sull'opportunità di ridefinire il concetto e la funzione della sanzione penale onde attribuirle un fine post-riparatorio. Ciò pare opportuno anche al fine di conferire maggiore razionalità ed efficienza al sistema in una prospettiva più rispettosa dei canoni di *extrema ratio* e ragionevolezza.

In una logica di unitarietà dell'ordinamento, sarebbe auspicabile estendere in via generale alle varie ipotesi di confisca, diretta e di valore, disseminate nel codice e nella legislazione complementare, il paradigma di cui all'art. 19, d.lgs. n. 231/2001. Questo permetterebbe di ricondurre la sanzione patrimoniale a criteri di proporzione e bilanciamento laddove si trovi ad essere applicata unitamente ad altri strumenti che incidono sulla ricchezza al fine di renderla meno afflittiva. Ciò anche nell'ottica di armonizzare tali istituti con l'art. 15 della direttiva 2012/29/UE che, nel valorizzare la posizione della vittima-danneggiato, prevede la restituzione alle vittime dei beni sequestrati.

Quanto detto non pare prefigurare il pericolo di una deriva vittimocentrica poiché così facendo «*la vittima non diventa protagonista, rimanendo in parte neutralizzata dal monopolio statale della forza e della pena, ma lo Stato si fa carico del suo destino di vittima, del recupero del danno - offesa nel segno del principio di sussidiarietà*»⁴².

pretesa tributaria che farebbe venir meno il profitto e di riflesso il presupposto per una eventuale confisca per equivalente rispetto alla quale il sequestro costituisce atto prodromico».

⁴² v. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1205 -1206.

L'INCIDENZA DELLA PRESCRIZIONE SULLA PIENA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA VITTIMA DEL REATO

Carmela Pezzimenti

Sommario : 1. Il volto ambiguo della prescrizione del reato. – 2. La tutela dei diritti fondamentali mediante il diritto penale: la valorizzazione del ruolo della vittima nella giurisprudenza della Cedu e gli obblighi convenzionali di tutela penale – 3. Gli orientamenti della Corte di Strasburgo in materia di compatibilità del sistema italiano di prescrizione con gli standard internazionali di tutela dei diritti fondamentali. – 4. La violazione del diritto alla vita, ex art 2 CEDU: il caso *Alikaj c. Italia*. – 5. Il divieto di trattamenti inumani e degradanti, ex art 3 CEDU: il caso *Saba c. Italia*. – 6. La violazione del divieto di tortura: il caso *Cestaro c. Italia*. – 7. Gli orientamenti della Corte europea dei diritti umani in materia di condotte che non abbiano natura dolosa. 8. L'incidenza della prescrizione sul diritto ad un ricorso effettivo ex art 13 CEDU. - 9. La separazione discriminatoria del regime prescrizionale per l'omicidio colposo in funzione della tipologia di regola cautelare trasgredita: l'incidenza drammatica della prescrizione nei processi relativi alla colpa medica. – 10. Considerazioni conclusive.

1. Il volto ambiguo della prescrizione del reato

La prescrizione è una causa estintiva del reato che interviene quando, decorso un determinato periodo di tempo dal momento della commissione dello stesso, non sia stata ancora pronunciata una sentenza irrevocabile.

La scadenza dei termini di prescrizione del reato viene dichiarata con sentenza di «non doversi procedere» che non equivale a sentenza di assoluzione¹: la prescrizione più che estinguere il reato, infatti, ne estingue la *punibilità astratta*² e il reato estinto continua comunque a produrre effetti sia sul piano civilistico che su quello penalistico³.

¹ Alla luce di questa osservazione, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 275 del 31 maggio 1990 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 157 c.p. nella parte in cui non prevedeva che l'imputato potesse rinunciare alla prescrizione del reato. Tale rinunciabilità è ora prevista espressamente dal co. 7 e richiede una rinuncia "espressa" da parte dell'imputato. Cfr. A. DI MARTINO, *Codice Penale*, a cura di T. PADOVANI, con il coordinamento di G. DE FRANCESCO – G. FIDELBO, tomo I, V. ed., Giuffrè, 2011, p. 1161.

² T. PADOVANI, *Diritto Penale*, X ed., Giuffrè, 2012, p. 369.

³ A tal proposito, l'art 106 c.p. dispone che «agli effetti della recidiva e della dichiarazione di abitudine o di professionalità nel reato, si tiene conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena», mentre l'art 198 c.p. stabilisce che «l'estinzione del reato o della pena non importa l'estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato .. ». Il riconoscimento della estinzione del reato da parte del giudice penale, oltretutto, non impedisce al giudice civile di pronunciarsi sulla sussistenza del fatto. Nel 2011 le Sezioni Unite della Cassazione hanno stabilito che le sentenze di non doversi procedere non hanno efficacia extrapenale: anche nei casi in cui il giudice penale abbia accertato il fatto, pertanto il giudice civile, pur tenendo in considerazione gli elementi di prova acquisiti in sede penale, sarà tenuto a rivalutare il fatto in contestazione (Cass. Civ., Sez. Un., 26 gennaio 2011, n.1768 in *DeJure/ Juris Data*). Sul rapporto tra azione penale e azione civile le Sezioni Unite della Cassazione si sono pronunciate nuovamente nel 2013 (Cass., Sez. Un., 27 settembre 2013, n. 40109, in *DeJure/ Juris Data*) precisando che «in ogni caso in cui il giudice di appello abbia dichiarato non doversi procedere per

La disciplina della prescrizione è contenuta negli articoli 157 e ss. del codice penale, modificati significativamente, nel 2005, dalla c.d. legge ex Cirielli⁴. La caratteristica fondamentale della controversa riforma è stata quella di ancorare la decorrenza dei termini di prescrizione a parametri stabiliti in modo predeterminato ed astratto dalla stessa legge, salvo alcune ipotesi in cui al giudice è riconosciuto un margine di discrezionalità. La riforma ha una *ratio* fortemente garantista, nella prospettiva del riconoscimento di una maggiore certezza ai rapporti giuridici coinvolti nelle vicende processuali⁵. Tuttavia, l'affermazione di siffatte istanze di garanzia non ha tenuto conto dell'insopprimibile esigenza di tutela dei diritti fondamentali della vittima del reato, con il conseguente emergere di rilevanti profili di irragionevolezza del sistema.

Nel corso del lavoro si cercherà di evidenziare come, soprattutto sul terreno della colpa medica, i diritti delle vittime e le loro legittime aspettative di giustizia abbiano fortemente risentito delle distorsioni introdotte dalla riforma.

Già da queste considerazioni preliminari, emergono i tormenti giuridico-politici che ruotano intorno al sistema italiano di prescrizione del reato. Da un lato, si evidenzia come l'idea del tempo dell'oblio sia perfettamente compatibile con una concezione non autoritaria del diritto penale; per effetto del decorso del tempo, infatti, tanto le esigenze di una "giusta" retribuzione, quanto quelle di prevenzione generale, tranne nei casi di delitti molto gravi, tendono a sfumare, sino a dissolversi del tutto⁶. L'esigenza di un accertamento celere delle responsabilità penali si lega, poi, alla *prontezza della pena* postulata da Cesare Beccaria: «quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso ella sarà più giusta e più utile». Per il reo la pena sarà giusta in quanto gli verranno risparmiati «i fieri tormenti dell'incertezza»; per la società sarà più utile «perché quanto minore la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto più forte è nell'animo umano l'associazione di queste due idee, delitto e pena»⁷. Sul versante processuale, le esigenze temporali sarebbero collegate al principio del "giusto processo" e della sua ragionevole durata, anche se è stato emblematicamente evidenziato come la

intervenuta prescrizione del reato (o intervenuta amnistia), senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili, a seguito di ricorso per cassazione proposto dall'imputato, ritenuto fondato dalla Corte di Cassazione, deve essere disposto l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice civile competente per valore in grado d'appello, a norma dell'art 622 c.p.p.» Sui profili relativi al rapporto esistente tra la prescrizione del reato e la condanna dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile si rinvia *infra* §, 8.

⁴ In argomento, G. FIANDACA- V. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, VII ed., Zanichelli, 2014, p. 830 ss.; A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena* (Diritto penale), in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, Utet, 1966, p. 684 ss.; P. PISA, voce *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, 1986, 78; A. R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Morano, 1967; F. GIUNTA- D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Zanichelli, 2003; F. MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimediazione di un istituto negletto*, Giappichelli, 2008; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Il Mulino, 2009.

⁵ Cfr. A. DI MARTINO, sub art 157 c.p., *Codice Penale*, I tomo, a cura di T. PADOVANI, con il coordinamento di G. DE FRANCESCO, - G. FIDELBO, V. ed., Giuffrè, 2011, p. 1160.

⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2015, p. 20 ss.

⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XIX, BUR, 1764. cfr. D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Giuffrè, 2005, p. 511 ss. Secondo F. PALAZZO (ID, *Corso di Diritto Penale, Parte generale*, V. ed., Giappichelli, 2013, p. 629) «poiché la sanzione punitiva colpisce un individuo per il reato da lui perpetrato, la distanza temporale tra reazione punitiva e fatto criminoso fa sì che si annulli o comunque si attenui quel rapporto di "appartenenza personale" tra il reo ed il reato senza il quale perde consistenza l'interesse alla repressione».

prescrizione sia «il peggior nemico della ragionevole durata, perché segna il fallimento della giustizia»⁸.

Fino a quando, dal punto di vista statistico, la prescrizione incide in modo contenuto sulle sorti dei processi penali, essa si presenta come il riflesso della fisiologica azione di fattori che, in via eccezionale, influiscono sulla possibilità di svolgere in tempi brevi il processo. «Ma quando l'inefficienza del sistema giudiziario è strutturale e diffusa, come purtroppo è attualmente in Italia, la prescrizione del reato diventa un istituto altamente problematico»⁹.

Per effetto della prescrizione, il sistema penale è costretto a rinunciare, sistematicamente, alla sua 'normale' risposta sanzionatoria¹⁰; è costretto ad arrendersi dinanzi alle complessità sottese all'accertamento dei fatti criminosi e a lasciare privi di tutela penale i beni giuridici. Il senso del fallimento della giustizia diventa insostenibile, poi, nei casi in cui il reato abbia offeso beni giuridici che assurgono al rango di diritti fondamentali. Non è un caso che in tempi recenti, la Corte europea dei diritti umani si sia più volte pronunciata sulla compatibilità del modello italiano di prescrizione con gli *standard* internazionali di tutela dei diritti fondamentali della vittima del reato.

2. La tutela dei diritti fondamentali mediante il diritto penale: la valorizzazione del ruolo della vittima nella giurisprudenza della Cedu e gli obblighi convenzionali di tutela penale

A partire dalle fondamentali sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007¹¹, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ai principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo è stato conferito, anche nell'ambito dell'ordinamento italiano, un ruolo di fondamentale rilievo nel sistema delle fonti: si è affermato, infatti, che la Cedu costituisca parametro interposto di legittimità costituzionale della legislazione interna ai sensi dell'art 117, 1° comma, Cost.

Ad essa viene riconosciuto rango "sub-costituzionale": ha una forza passiva superiore rispetto alla legge ordinaria, nonostante, sotto il profilo della forza attiva non sia elevata al rango di fonte costituzionale¹².

⁸ R. E. KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nell'art 111 Cost.*, in AA.VV., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, (a cura di) R.E. KOSTORIS, Giappichelli, 2005, p. 10; nello stesso senso cfr. A. BALSAMO- L. TRIZZINO, *La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte Europea: fine di un equivoco*, in *Cass. Pen.*, fasc. 7-8, Giuffrè, 2011, 2804 ss.

⁹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 630.

¹⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, cit., p. 507; ID, *Il nodo della prescrizione*, cit.

¹¹ Le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 sono pubblicate in *Giur. Cost.* 2007, 3475 ss. con note di C. PINELLI, A. MOSCARINI, M. CATARBA, A. GUAZZAROTTI, V. SCARABBA. Sull'evoluzione del rapporto tra sistema convenzionale e sistema italiano, si veda diffusamente A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, 2008, p. 27 ss.

¹² Cfr. F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale*, tomo I, *Il diritto penale e la legge penale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Utet, 2012, p. 432 ss; D. TEGA, *Le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni cost.*, 2008; V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per*

I giudici nazionali hanno l'obbligo di interpretare le norme interne in conformità ai principi consacrati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, adeguandosi all'interpretazione che di essi è fornita dai giudici di Strasburgo.

Nei casi in cui la norma interna presenti profili di incompatibilità con i principi convenzionali e il giudice non possa dare alla stessa un'interpretazione conforme alla CEDU¹³, non potendo egli procedere alla disapplicazione della stessa, dovrà sollevare questione d'illegittimità costituzionale ai sensi dell'art 117, 1° comma, Cost¹⁴. Va osservato come per effetto dell'incidenza del sistema convenzionale, le garanzie previste dal sistema interno (*Günstigkeitsprinzip*) comunque si rafforzano: lo *standard* di tutela viene elevato o ampliato e non si potrà mai, invece, avere una limitazione o un pregiudizio delle stesse garanzie domestiche (art 53 CEDU)¹⁵.

Dal ruolo centrale e vincolante riconosciuto dalla Corte Costituzionale alla CEDU e dall'incidenza della stessa sul sistema penale interno si sono delineate due diverse direttrici di tutela dei diritti umani¹⁶. La prima è quella tradizionale, che sottende ad una visione reocentrica del diritto penale e si pone come scopo quello di tutelare i diritti fondamentali del reo «*dal (o contro il) diritto penale, concepito come ius terribile, in grado di limitare o addirittura sopprimere tutti o quasi i diritti fondamentali dell'individuo*»¹⁷.

l'ordinamento (e per il giudice) penale interno, in La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, a cura di V. MANES – V. ZAGREBELSKY, Giuffrè, 2011, 9 ss.

¹³ Sui profili multiformi dell'interpretazione conforme alla CEDU e sulle differenze con l'interpretazione costituzionalmente orientata, si veda P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme a CEDU: ovvero, la ricombinazione genetica del processo penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 luglio 2012, §§ 2 e 3; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 luglio 2012, §2 ss.

¹⁴ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 69 ss.; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2014, 30 maggio 2014.; ID, *Dal legislatore al giudice sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 29 novembre 2014.

¹⁵ Cfr. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., p. 11 ss.

¹⁶ Molto significativa, a tal proposito, la riflessione di D. PULITANÒ (ID, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, Giuffrè, 2013, p 1621) secondo cui «i diritti umani entrano nel problema penale con significati diversi ed in prospettive fra di loro in tensione. Il diritto penale è strutturalmente 'arma a doppio taglio', *tutela dei beni giuridici attuata attraverso la lesione di beni giuridici*». Per ulteriori approfondimenti in materia, si rinvia a M. MECCARELLI- P. PALCHETTI – C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Dykinson, 2014.

¹⁷ F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della Cedu*, in AA. VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella Cedu*, in *Giur. di Merito*, Giuffrè, 2008, supp.12, p. 83. In questa direttrice si colloca in particolare il principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, riconosciuto da sempre, in ogni Carta Costituzionale e internazionale, come irrinunciabile diritto fondamentale dell'individuo; accanto ad esso si pongono quei diritti fondamentali che la potestà criminale statale può limitare con il suo intervento: basti pensare al rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e i c.d. reati d'opinione, al diritto a non subire trattamenti disumani e degradanti, alla libertà personale, al diritto alla vita privata e familiare. Per un'analisi dettagliata di questi profili Cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale interno*, cit., p. 244 ss.; ID, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Giuffrè, 2007, 42 ss; ID, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ- O. MAZZA, *Europa e giustizia penale, Gli speciali di Diritto penale e processo*, IPSOA, 2011, 4 ss.

La seconda direttrice, più moderna e particolarmente originale per la nostra tradizione giuridica, va a valorizzare una visione vittimocentrica del diritto penale. «Il diritto penale viene concepito come strumento di tutela dei diritti fondamentali della vittima del reato»¹⁸. Attraverso il diritto penale si cerca di garantire la piena ed effettiva tutela dei diritti della vittima, specialmente nei casi in cui «sono in gioco interessi e valori personalissimi che siano stati lesi e che non abbiano avuto *concreta* tutela (specie in sede giudiziaria) in uno Stato membro»¹⁹. Significativa, a tal riguardo, è la casistica relativa alla violazione del diritto alla vita (art 2 CEDU) e del divieto di tortura (art 3 CEDU) sulla quale si avrà modo di ritornare più approfonditamente nel corso della trattazione.

In linea di principio, l'approccio della Corte di Strasburgo è simile a quello della Corte interamericana dei diritti umani: si ricorre al criterio del divieto di “difetto di tutela” (*Untermaßverbot*) e si focalizza maggiormente la tutela sui diritti della vittima, rispetto alle garanzie del reo. Sempre più frequenti sono le pronunce in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna uno Stato membro per aver leso un diritto fondamentale del ricorrente «avendo omesso di predisporre e/o di attuare nel caso concreto un'efficace tutela penale del diritto medesimo»²⁰.

In presenza di condizioni precise, quindi, la Corte europea dei diritti umani prevede nei confronti dello Stato veri e propri obblighi di tutela penale a salvaguardia della vittima delle lesioni di alcuni diritti fondamentali. Ecco che, pertanto, i diritti fondamentali hanno la forza di operare «come “motore di espansione” del diritto penale particolarmente in situazioni nelle quali si riscontra una diffusa sottoprotezione di determinate categorie di soggetti, “deboli” anche in quanto vittime - per usare le parole di Rosario Livatino – di “quei reati che per tradizione o per costume o per altro erano raramente perseguiti”»²¹.

Si tratta di obblighi che esplicano efficacia vincolante nei confronti del legislatore interno, come d'altronde previsto dalla Corte Costituzionale nelle già citate sentenze gemelle n. 348 e n. 349 della Corte Costituzionale.

Gli obblighi convenzionali a cui si sta facendo riferimento possono essere distinti in “negativi” e “positivi”. Gli obblighi “negativi” consistono nel «*divieto*, a carico di tutti gli organi e i poteri capaci di impegnare la responsabilità dello Stato, di porre in essere condotte *direttamente lesive* del diritto individuale in questione.»²²

Nel caso di obblighi “positivi” invece siamo dinanzi ad obblighi che hanno ad oggetto “la protezione” del diritto individuale: si tratta quindi di obblighi «non già di *astenersi* da una violazione “diretta”, bensì di attivarsi per garantire ai singoli il

¹⁸ F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della Cedu*, cit., pag. 85. Il diritto fondamentale dell'individuo diventa l'oggetto necessario della tutela penale. Cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, cit. 244; ID, *Diritto penale sostanziale*, cit. 60 ss.; F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, ASERI, 2004; R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. Pen.*, Jovene, 2006, 178 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, edizioni EDT, 2009, 167 ss.

¹⁹ V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., p. 50.

²⁰ F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit. 245.

²¹ A. BALSAMO, *L'art 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, in *Cass. Pen.*, fasc. 11, Giuffrè, 2014, pag. 3926. Lo Studioso nel parafrasare le parole del giudice Livatino, fa riferimento a R. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, conferenza tenuta il 7 aprile 1984 presso il Rotary Club di Canicatti.

²² F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit. 247.

godimento»²³. L'obiettivo a cui tendono questi obblighi positivi è quello di garantire una *tutela effettiva*, non solo meramente formale, dei diritti di coloro che rientrano nell'ambito della giurisdizione dello Stato²⁴. Si è dinnanzi ad obblighi di "intervento" che, a seconda dei casi, dovranno essere attivati sul piano legislativo, su quello giudiziario, amministrativo, o più semplicemente su un piano pratico-operativo²⁵.

Accanto agli obblighi "positivi", definiti dalla Corte come "sostanziali" (*matériels*), si pongono gli obblighi "procedurali" che operano solo dopo che la violazione del diritto sia stata commessa. Da questi discende in capo allo Stato membro e ai suoi organi il dovere di attivare e condurre indagini effettive, indagini capaci di identificare i responsabili e punirli in modo effettivo. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si tende a considerare la dimensione sostanziale degli obblighi positivi di tutela quasi compenetrata con quella procedurale. Si ritiene, ad esempio, che per garantire la piena tutela del diritto alla vita, le norme di diritto penale sostanziale debbano essere applicate in modo effettivo: le autorità statali devono garantire che il sistema giudiziario ed investigativo operi in modo efficiente, così da poter accertare le cause e le circostanze di eventuali decessi. L'effettività della tutela si misura, però, non solo sul piano «dell'investigazione e del perseguimento penale», ma anche su quello della punizione, perché lo Stato deve adottare tutte le misure per individuare l'autore dell'illecito e far valere la sua responsabilità²⁶.

Punire i responsabili della violazione di un diritto fondamentale altrui è «condizione necessaria per conferire *effettività* alla stessa tutela *preventiva* del diritto fondamentale»²⁷. Si richiede anche la *serietà* della punizione che verrà valutata in relazione alla gravità del fatto commesso. L'attenzione riservata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a questi profili è motivata da due diverse esigenze: da un lato si vuole garantire che la condanna possa esplicare efficacia deterrente di tipo generale; sotto un diverso angolo prospettico si dà centrale rilievo alle esigenze riparatorie di cui sono portatrici le vittime della violazione o i loro familiari superstiti.

²³ F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit. 247. Sul punto si rinvia anche a E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale?*, Giappichelli, 2006, p. 255-288 e p. 324-327; N. LETTIERI, *L'art 2 della Convenzione sui diritti umani sul diritto alla vita*, in *Giur. merito*, Giuffrè, 2009, p. 2312.

²⁴ La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo insiste molto sulla «dimensione dell'effettività, invece che su quella funzione simbolico-espressiva che spesso presiede alle riforme introdotte dal legislatore nazionale» Così A. BALSAMO, *L'art 3 della Cedu e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, in *Cass. Pen.*, fasc. 11, Giuffrè, 2014, p. 3926.

²⁵ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit. p.256. Lo Studioso evidenzia come il mancato rispetto di questi obblighi positivi dia luogo ad una sorta di responsabilità "omissiva" che potrà essere fatta valere davanti gli organi di Strasburgo. Sul punto si veda anche F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, cit., 149 ss. Con riferimento specifico alla materia penale, gli obblighi positivi di tutela enucleati dalla giurisprudenza di Strasburgo vanno inevitabilmente a limitare la discrezionalità statale: molte pronunce, adottate specialmente con riferimento ai diritti fondamentali dell'uomo (vita, integrità fisica, libertà personale o libertà sessuale) hanno previsto veri e propri obblighi di incriminazione, investigazione, effettiva punizione e prevenzione dei comportamenti potenzialmente lesivi.

²⁶ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit. 269 ss; A. BALSAMO-L. TRIZZINO, *La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte europea: fine di un equivoco?*, cit. p. 2806.

²⁷ F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, cit. 252 ss.

Si osserva, a tal riguardo, come «l'accertamento delle responsabilità e la sanzione dei responsabili costituiscano un vero e proprio *diritto delle vittime* della violazione»²⁸, diritto al quale la Corte europea attribuisce un rilievo fondamentale e per il quale offre una riparazione nei casi in cui essa non sia già stata assicurata dallo Stato già a livello interno. Se lo Stato, invece, ha già azionato i propri strumenti e ha offerto una riparazione "adeguata", la vittima della violazione, ai sensi dell'art 34 CEDU, non sarebbe più legittimata a proporre ricorso alla Corte, avendo perso lo status di vittima. Questo attesta il carattere sussidiario della tutela offerta dalla Corte rispetto a quella che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare²⁹.

3. Gli orientamenti della Corte di Strasburgo in materia di compatibilità del sistema italiano di prescrizione con gli standard internazionali di tutela dei diritti fondamentali

La Corte europea aveva posto l'attenzione sulla prescrizione e sulla possibilità che la sua operatività potesse violare i diritti dell'uomo e delle persone offese dal reato già in alcune pronunce del 2000³⁰. L'atteggiamento dei giudici di Strasburgo, in questa fase storico giuridica, non era stato molto critico. Si tendeva ad evidenziare, infatti, come sia una caratteristica comune agli ordinamenti giuridici quella di prevedere termini prescrizionali, sia rispetto alle azioni civili, sia rispetto a quelle penali. Si precisava come ogni ordinamento fosse legittimato a disciplinare in modo diverso l'istituto, anche in relazione alle peculiarità delle ragioni di politica penale sottese ad esso³¹. Per questi motivi, la Corte non aveva mai preso posizione sull'incompatibilità in astratto dell'istituto con gli obblighi convenzionali di tutela penale e non era mai entrata nel merito del tempo necessario a prescrivere, nonostante la possibilità concreta che, per l'operatività della prescrizione, i responsabili delle violazioni dei diritti umani rimanessero impuniti.

Negli ultimi anni, tuttavia, l'atteggiamento della Corte è divenuto più rigoroso, soprattutto nei confronti dell'ordinamento italiano. I giudici di Strasburgo sono stati chiamati più volte a valutare l'incidenza del modello italiano di prescrizione del reato sulla piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali della vittima e il quadro complessivamente emerso è allarmante. In tre diverse sentenze di condanna l'attenzione è stata focalizzata anche sulla prescrizione.

Si è sostenuto come la stessa sia incompatibile con gli obblighi procedurali di tutela penale quando abbia avuto come effetto quello di impedire la condanna penale di un organo dello Stato che abbia posto in essere condotte lesive del diritto alla vita, tutelato dall'art 2 Cedu, ovvero condotte integranti ipotesi di trattamenti disumani o degradanti o, nei casi più estremi, condotte integranti tortura in violazione all'art 3 Cedu. Le tre pronunce, che a breve esamineremo, si inseriscono dunque in nuovo corso della

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Cfr. per tutte Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*. Il testo della sentenza è reperibile nel sito <http://cmisk.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=HUDOC-EN>. Le sentenze della Corte europea citate nel commento sono state reperite nello stesso sito.

³¹ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, 106 ss.; V. SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, in *Riv. dir. intern.*, fasc. 4, Giuffrè, 2011, p. 1883.

giurisprudenza di Strasburgo caratterizzato da posizioni più rigorose nei confronti di istituti giuridici che in generale estinguono la punibilità del reato³².

Viene sanzionata, pertanto, «non la loro previsione in astratto, quanto piuttosto le modalità con cui esse erano state applicate in concreto e, più specificamente, stabilendo che, a certe condizioni, la loro applicazione possa comportare la violazione delle vittime al ricorso effettivo»³³.

4. La violazione del diritto alla vita, ex art 2 CEDU: il caso Alikaj c. Italia

Nel marzo del 2011, la Corte di Strasburgo pronuncia una sentenza con cui condanna l'Italia nel caso Alikaj³⁴, relativo all'uccisione di un giovane albanese da parte di un membro della polizia italiana che tentava di arrestarlo dopo la sua fuga.

In linea di principio, la Corte precisa come il ricorso ad una forza potenzialmente mortale da parte dei poliziotti si possa giustificare solo in presenza di determinate condizioni. In particolare, l'uso della forza deve risultare "assolutamente necessario" «ossia deve essere strettamente proporzionato nelle circostanze. Il diritto alla vita assume un carattere fondamentale, le circostanze nelle quali può essere legittimo infliggere la morte richiedono una interpretazione restrittiva»³⁵.

Il caso di specie viene esaminato dal punto di vista dell'art 2, § 2, b), Cedu. Secondo la norma, la finalità legittima di eseguire un arresto regolare può giustificare l'esposizione a pericolo della vita umana soltanto in casi di assoluta necessità. Questa necessità non sussiste nei casi in cui si sappia «che la persona che debba essere arrestata non rappresenti alcuna minaccia per la vita o l'integrità fisica di chiunque e non è sospettata di aver commesso un reato violento, anche se può derivare una impossibilità di arrestare il fuggitivo»³⁶. Applicando questi principi al caso di specie, si acclara che l'uso letale della forza, oltre a non essere proporzionato, non sia stato neanche "necessario" ai sensi dell'art 2 Cedu.

La Corte ha anche cura di evidenziare come dall'art 2 discenda in capo agli Stati membri l'obbligo di disciplinare, minuziosamente e nel rispetto delle linee guida internazionali in materia, l'uso delle armi da parte delle forze dell'ordine. A tal proposito, i giudici europei rilevano come l'ordinamento italiano sia totalmente carente di una tale regolamentazione. Sulla base di queste argomentazioni, la Corte europea dei diritti umani, all'unanimità, accerta la violazione sostanziale dell'art 2 Cedu.

³² Nello stesso senso, recentemente cfr. Corte EDU, 28 aprile 2015, *Bastürk c. Turchia*.

³³ SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, in *Riv. dir. intern.*, fasc. 4, Giuffrè, 2011, p. 1885. Sul rapporto tra prescrizione e diritto della vittima al ricorso effettivo, cfr. *infra* § 8.

³⁴ Corte EDU, 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*. Sul caso Alikaj cfr. A. COLELLA, *La Corte "condanna" l'Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell'art 2 in relazione all'uccisione di un diciannovenne albanese ad opera di un agente di polizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2011; V. SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, cit., p. 1176 ss.; A. BALSAMO – L. TRIZZINO, *La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte europea: fine di un equivoco?*, cit.

³⁵ Corte EDU, 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, cit., § 62. I principi espressi dalla Corte vanno ad incidere sull'ambito di operatività della scriminante prevista dall'art 53 c.p.: il mancato riferimento al requisito della proporzione rende l'uso legittimo delle armi, quale causa di giustificazione, incompatibile con la piena tutela del diritto alla vita. Quest'incompatibilità può essere superata già grazie ad un'interpretazione restrittiva dell'ambito di operatività della causa di giustificazione.

³⁶ Corte EDU, 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, cit., § 63.

Il profilo che in questa sede interessa maggiormente è quello relativo alla violazione procedurale dell'art 2, che, nel caso di specie, si ritiene si sia concretizzata essenzialmente per due ordini di fattori.

I giudici pongono l'accento, in primo luogo, «sull'insufficiente indipendenza dell'inchiesta» dovuta sia al fatto che i primi atti delle indagini siano stati compiuti da agenti appartenenti alla stessa unità amministrativa del reo, sia al fatto che questi siano stati supervisionati dal suo diretto superiore gerarchico.

In secondo luogo, la Corte evidenzia come, essendo trascorsi undici anni dalla morte della vittima, la corte d'assise, pur riconoscendo la responsabilità penale a titolo di omicidio colposo del reo, ha dovuto pronunciare sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione. Si osserva, a tal riguardo, che per l'esigenza di «celerità e di ragionevole diligenza, implicita nel contesto degli obblighi positivi in causa»³⁷, l'operatività della prescrizione rientri « incontestabilmente nella categoria di quelle "misure" inammissibili secondo la giurisprudenza della Corte in quanto ha avuto come effetto quello di impedire una condanna». Occorre aggiungere a questo anche il fatto che l'agente di polizia non fosse stato sottoposto ad alcuna misura disciplinare.

Secondo i giudici di Strasburgo, pertanto, il sistema penale italiano non è stato in grado di «generare alcuna forza dissuasiva idonea ad assicurare la prevenzione efficace di atti illeciti come quelli denunciati dai ricorrenti»³⁸.

La pronuncia in commento si colloca a pieno titolo nel solco di quel filone giurisprudenziale, inaugurato dal caso *L.C.B.*³⁹ e in costante evoluzione, volto a riconoscere, in capo agli Stati membri, gli obblighi positivi di tutela a cui prima si faceva cenno. Dall'art 2 non discende solo l'obbligo di astenersi dal porre in essere atti capaci di ledere del diritto alla vita, ma anche l'obbligo (positivo) di prevedere ed adottare concretamente un quadro normativo, amministrativo e giudiziario idoneo a garantire in modo effettivo lo stesso diritto⁴⁰.

Con riferimento specifico all'asserita incompatibilità della prescrizione con gli obblighi procedurali discendenti dall'art 2, va osservato come la Corte, nella sentenza, ricostruisca i principi generali affermati nella stessa giurisprudenza di Strasburgo: il punto di partenza di quest'analisi è la sentenza relativa al caso *Edwards*⁴¹. In quest'ultima, si fa riferimento a casi in cui la morte di un individuo sia avvenuta in circostanze che avevano coinvolto responsabilità dello Stato: si precisa come dall'obbligo di proteggere il diritto alla vita discenda direttamente l'obbligo di reprimere e sanzionare la violazione⁴².

Nella sentenza *Alikaj*, la Corte europea applica pienamente questo principio. Dopo aver sottolineato che, nei casi in cui ad essere accusato di atti contrari agli articoli 2 o 3 Cedu sia proprio un agente dello Stato, «la condanna non può essere resa caduca da una prescrizione e non può essere autorizzata l'applicazione di misure quali l'amnistia o la grazia», ribadisce che il sistema penale italiano non è stato in grado di «generare alcuna

³⁷ Corte EDU, 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, cit., § 108. Si vedano sul punto i principi affermati in Corte EDU, 4 maggio 2001, *McKerr c. Regno Unito*; Corte EDU, 2 settembre 1998, *Yaşa c. Turchia*.

³⁸ Corte EDU, 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, cit., § 111.

³⁹ Corte EDU, 9 giugno 1998, *L.C.B. c. Regno Unito*.

⁴⁰ Cfr. *supra*, § 2.

⁴¹ Corte EDU, 14 marzo 2002, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*.

⁴² *Ibidem*, § 64. Sul punto cfr. V. SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, cit., p. 1180.

forza dissuasiva idonea ad assicurare la prevenzione efficace di atti illeciti come quelli denunciati dai ricorrenti»⁴³.

Conclude osservando che, pertanto, l'esito del processo penale «non ha offerto una adeguata riparazione dell'offesa arrecata al valore sancito dall'articolo 2 della Convenzione»⁴⁴.

5. Il divieto di trattamenti inumani e degradanti, ex art 3 CEDU: Il caso Saba c. Italia

Le ambigue modalità con cui, nel sistema italiano, la prescrizione si rapporta ai diritti fondamentali diventano cruciali anche nella sentenza *Saba c. Italia*, pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel luglio 2014. Si tratta di una pronuncia in cui l'oggetto della violazione non è più il diritto alla vita, come nel caso *Alikaj*, ma il diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti ex art 3 Cedu.

Anche in questo caso, i comportamenti lesivi dei diritti fondamentali della vittima vengono posti in essere da soggetti dotati di pubblica autorità, in particolare da agenti di polizia penitenziaria: la cornice entro cui le violazioni si realizzano è, infatti, il carcere di Sassari.

Dalla sentenza del tribunale di Sassari, emerge che all'interno dell'istituto penitenziario si verificarono episodi caratterizzati da una "violenza inumana".

«Nel corso di quelle che avrebbero dovuto essere soltanto una perquisizione generale e un'operazione di trasferimento di alcuni detenuti, accompagnate dalla presentazione del nuovo comandante, i detenuti erano stati spostati dai luoghi in cui si trovavano e sottoposti ad atti di violenza gratuita. Alcuni detenuti erano stati costretti a spogliarsi, erano stati ammanettati, insultati, percossi e sottoposti ad umiliazioni. Secondo il tribunale, si trattava di un "tunnel degli orrori"»⁴⁵.

Va osservato come, già a partire dalla sentenza *Torreggiani*⁴⁶, si era attivato un processo di espansione dei diritti fondamentali dei detenuti e la sentenza *Saba* non fa che sottolineare «l'urgenza di estendere questo processo di rinnovamento anche sul terreno degli obblighi di tutela penale che discendono dall'art 3 della Convenzione.»⁴⁷ In questo contesto, fondamentale rilievo si è sempre assegnato al concetto di dignità umana, utilizzato come parametro per verificare la presenza di una violazione dell'art 3 CEDU. Nel 1978, con la sentenza *Tyrer*, in particolare, la Corte europea individuava uno dei presupposti per ritenere integrata la lesione della dignità dell'uomo nel fatto che lo stesso fosse stato considerato "un oggetto nelle mani dell'autorità"⁴⁸.

Rispetto all'art 3 CEDU, si pone in modo significativo il problema della qualificazione giuridica delle condotte vietate, e ciò a causa della laconicità della norma, che non fornisce alcuna indicazione di rilievo. Facendo riferimento alle pronunce della Commissione e della Corte di Strasburgo, gli Studiosi hanno tentato a lungo di

⁴³ Corte EDU, 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, cit., § 111.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Corte EDU, 1° luglio 2014, *Saba c. Italia*, §§ 13 e 14.

⁴⁶ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

⁴⁷ A. BALSAMO, *L'art 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, cit., p. 3929.

⁴⁸ Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*.

individuare i caratteri delle tre diverse categorie di violazioni, senza riuscire, però, a pervenire a soluzioni univoche.

Ciò che, invece, può essere affermato con certezza è che «ogni tortura non può che essere anche trattamento disumano e degradante e che ogni trattamento disumano non può che essere un trattamento degradante»⁴⁹. Il criterio per distinguere le categorie di *misbehaviours* è stato individuato nella progressiva lesività, nell'intensità via via maggiore delle sofferenze o delle umiliazioni subite dalla vittima. Proprio nella sentenza Saba, la Corte europea ha precisato come si possa qualificare "trattamento inumano" una violazione perpetrata per ore, con premeditazione, capace di causare «lesioni corporali o forti sofferenze fisiche e psichiche»⁵⁰. Si ha trattamento "degradante", invece, «quando esso è tale da creare sentimenti di paura, angoscia e inferiorità idonei a umiliare, avvilire e a stroncare eventualmente la resistenza fisica o psichica della persona che lo subisce, o a portare quest'ultima ad agire contro la propria volontà o la propria coscienza»⁵¹.

Nel caso di specie, le guardie penitenziarie erano state accusate di aver obbligato il ricorrente a spogliarsi, a rimanere davanti alla sua cella con la testa contro il muro, a passare a testa bassa tra due fila di agenti armati di manganelli, a subire perquisizioni ingiustificate, accompagnate da minacce ed insulti (§§ 10, 70).

I giudici di Strasburgo hanno evidenziato come la vittima non sia stata sottoposta ad atti di violenza e non abbia subito lesioni personali; il trattamento inflitto, pur essendo deliberato, in relazione alla sua brevità, non può essere considerato alla stregua di una tortura psicologica. Si sottolinea, tuttavia, come «tale trattamento sia stato volto ad avvilire ed umiliare l'interessato in un contesto di forte tensione emotiva in cui i detenuti potevano legittimamente temere per la loro sorte».

E' stato accertato che la vittima aveva provato sentimenti di paura, angoscia ed inferiorità e la Corte ha ritenuto che ci si trovi in presenza di un trattamento degradante con cui è stato violato, sotto il profilo sostanziale, l'art 3 della Convenzione europea dei diritti umani.

Allo scopo di accertare le responsabilità penali degli agenti relativamente alle condotte tenute a danno dei detenuti e qualificate come "trattamenti degradanti" era stato instaurato un giudizio ordinario. Secondo il tribunale i fatti contestati agli agenti di polizia penitenziaria rientravano nell'ambito del reato di "abuso di autorità contro arrestati o detenuti", previsto dall'art 608 c.p., punito con la pena della reclusione non superiore a 30 mesi. In queste, come in ipotesi analoghe⁵², il rischio di prescrizione è molto elevato per il vistoso divario sussistente tra la complessità degli accertamenti processuali

⁴⁹ Commissione, rapporto del 5 novembre 1969, caso *Greco*, in *Annuario* n. XII. Cfr. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., 1815 ss. La studiosa, con riferimento allo schema definitorio utilizzato dalla Commissione, parla di modello "a scatole cinesi".

⁵⁰ Corte EDU, 1° luglio 2014, *Saba c. Italia*.

⁵¹ *Ibidem*. Si tratta, tuttavia, di un parametro che non permette di cristallizzare una volta per tutte le diverse condotte vietate dall'art 3, né di creare delle definizioni rigide. A tal riguardo si evocano principi affermati dalla Corte europea nella sentenza *Selmouni* (Corte EDU, GC, 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*) secondo cui «gli *standard* sempre più elevati richiesti nell'ambito della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali comportano, corrispondentemente e inevitabilmente, una maggiore fermezza nel valutare la gravità delle violazioni dei valori essenziali delle società democratiche» pertanto «(...) certe condotte classificate in passato come "trattamenti inumani e degradanti", in opposizione a "tortura", potranno essere qualificate in modo diverso in futuro».

⁵² Cfr. *infra* § 3.3. per l'analisi delle dinamiche processuali che hanno caratterizzato la vicenda *Cestaro*.

occorrenti per ricostruire i fatti e individuare le responsabilità penali e l'entità irrisoria del trattamento sanzionatorio.

Nella pronuncia la Corte constata, in effetti, come il processo sia stato caratterizzato da importanti ritardi e che per l'eccessiva lunghezza dello stesso, già nel corso del dibattimento di primo grado, il giudice dovette pronunciare, nei confronti di sette imputati, sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione; risulta così inosservato l'obbligo delle autorità di condurre l'inchiesta con celerità⁵³. I giudici, pertanto, concludono ravvisando anche la violazione procedurale dell'art 3 e rispetto ad essa determinante è stato il peso esercitato dalla prescrizione che continua ad essere considerata misura inammissibile nei casi in cui la violazione del diritto fondamentale sia stata posta in essere da soggetti dotati di pubblica autorità.

6. La violazione del divieto di tortura: il caso Cestaro c. Italia

Sui profili di forte criticità del modello italiano di prescrizione emersi nella giurisprudenza di Strasburgo, si era già pronunciato il Comitato contro la Tortura dell'Onu, nel 2007. Si era sostenuto che la repressione penale degli atti di tortura non dovesse essere soggetta alla disciplina della prescrizione e tra le raccomandazioni del Comitato vi era, puntualmente, quella di riformare l'istituto in modo da poterne «garantire la piena coerenza con le obbligazioni derivanti dalla Convenzione dell'ONU contro la tortura, in modo da rendere possibili le indagini, i processi e la punizione di simili atti senza tempo»⁵⁴.

Proprio intorno alla violazione del divieto di tortura ex art 3 ruota la sentenza *Cestaro*⁵⁵, pronunciata dalla Corte EDU lo scorso 7 aprile. Il caso esaminato dai giudici di Strasburgo rientra nell'ambito del filone processuale relativo alle violenze perpetrate dalla polizia italiana, all'interno della scuola Diaz-Pertini di Genova, nel luglio del 2001, durante le giornate del G8.

Il ricorrente è un cittadino italiano, il sig. Arnaldo Cestaro, sessantaduenne all'epoca dei fatti. Dopo la conclusione del *summit* del G8, nella notte tra il 21 e il 22 luglio, mentre insieme ad altri manifestanti alloggiava nella scuola Diaz-Pertini, venne colpito duramente dagli agenti di polizia alla testa, sulle braccia e sulle gambe con calci e manganelli del tipo "tonfa", considerati potenzialmente letali e per questo fuori ordinanza⁵⁶. Il sig. Cestaro «fu il primo ad essere picchiato e l'ultimo ad essere condotto in ospedale»⁵⁷, dove rimase ricoverato quattro giorni e venne sottoposto ad un primo intervento chirurgico. Ritornò a casa in sedia a rotelle, con una prognosi di quaranta giorni a causa delle fratture all'ulna e al perone. (§ 155).

⁵³ Corte EDU, 1° luglio 2014, *Saba c. Italia*, §§ 76 e 79.

⁵⁴ Comitato contro la Tortura, *Osservazioni Conclusive sull'Italia* (CAT/C/ITA/CO/4), 2007, § 19; Sul punto cfr. A. BALSAMO, *L'art 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, cit., p. 3932.

⁵⁵ Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*.

⁵⁶ Cfr. Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, § 68.

⁵⁷ A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, Giuffrè, 2009, p. 1808.

Nella sentenza, con decisione adottata all'unanimità, la Corte ha condannato l'Italia ravvisando una duplice violazione, sostanziale e procedurale, dell'art 3 della Convenzione⁵⁸.

Riguardo al profilo materiale della violazione, la Corte sottolinea come per determinare se un abuso possa essere qualificato come tortura, occorre valutare «l'inumanità dello stesso e la capacità di arrecare sofferenze molto gravi e crudeli. Tale specificità dipende da una serie di elementi, come la durata del trattamento e dei suoi effetti fisici o mentali, e, a volte, il sesso, l'età, lo stato di salute della vittima ecc.». Viene utilizzato il criterio dell'*intensità della sofferenza* unitamente al criterio che fa leva sull'esistenza di «una volontà deliberata»⁵⁹. Rispetto al caso di specie, l'esistenza di una «volontà deliberata» viene desunta da una serie di circostanze: le percosse sono state inflitte «in modo totalmente gratuito»; non vi è stato un qualsiasi nesso causale tra la condotta di Cestaro - che se ne stava inerme, seduto a terra, a braccia alzate - e l'uso della forza e oltretutto, come ampiamente dimostrato nel corso dei processi interni, l'operazione era stata concepita fin dall'inizio come una spedizione punitiva contro i manifestanti, come una vera e propria rappresaglia, «tesa semplicemente a provocare l'umiliazione e la sofferenza fisica e morale delle vittime»⁶⁰. Sul piano delle misure generali, sono stati previsti obblighi positivi di tutela penale: secondo i giudici di Strasburgo, infatti, il diritto fondamentale sancito dall'art 3 CEDU sarebbe privo di una tutela piena ed effettiva a causa dell'assenza di una puntuale criminalizzazione del reato di tortura. L'Italia ha ratificato la Convenzione contro la tortura adottata in seno alle Nazioni Unite nel 1984, tuttavia non ha mai trasposto l'obbligo specifico di incriminazione previsto dall'art 4 e l'assenza drammatica del delitto di tortura nell'ordinamento italiano è stata stigmatizzata, da tempo, da molte voci autorevoli della dottrina italiana⁶¹. Si tratta di un *deficit* strutturale che nel caso di specie non ha permesso di sanzionare gli atti di tortura subito dal ricorrente, e che farebbe venir meno ogni «effetto deterrente necessario per prevenire altre simili violazioni dell'art 3 in futuro» (§ 242).

E' proprio in questa prospettiva che, ai fini della violazione procedurale dell'art 3, la prescrizione si è rivelata decisiva. Essa, operando contestualmente ai benefici concessi dal provvedimento di indulto previsto dalla legge 241 del 2006, ha paralizzato qualsiasi tipo di risposta penale, in quanto ai reati contestati agli imputati – lesioni, percosse, violenza privata, abuso d'ufficio, ecc. – sono stati applicati termini di prescrizione brevi.

A dimostrazione di tutti gli sforzi compiuti dalle autorità giudiziarie interne, durante i diversi gradi di giudizio relativi alle violenze subite dai manifestanti durante il G8, è interessante osservare come, a conclusione del giudizio d'appello relativo ai fatti

⁵⁸ In argomento, F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2015.

⁵⁹ La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti, attribuisce valore determinante al criterio della «volontà deliberata». Si definisce tortura, infatti, qualsiasi atto mediante il quale venga inflitto «intenzionalmente» dolore ad una persona, al fine di ottenere da esse informazioni oppure per punirla o intimidirla (§171).

⁶⁰ Sono le parole del Procuratore Generale, cfr. Sentenza *Cestaro c. Italia*, § 77.

⁶¹ Cfr., per tutti, A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2014.

della caserma Bolzaneto⁶², il Procuratore generale di Genova avesse eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art 157 c.p. per contrasto con l'art 117, 1° comma, Cost., in relazione all'art 3 CEDU.

La Suprema Corte, nella sentenza Diaz, aveva già riconosciuto che i fatti emersi nel corso dei giudizi di merito rientrassero nel concetto di tortura e che «la gravità e gratuità dell'uso della forza fosse stata provata nel processo al di là di ogni ragionevole dubbio»⁶³. Forte di quest'affermazione di principio, la Procura di Genova osservava come dall'art 117, 1° comma, discendesse in capo al legislatore il dovere di conformarsi ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Di conseguenza l'art 157 c.p. si poneva in contrasto con la norma convenzionale, nella parte in cui non escludeva dal suo ambito di operatività i delitti integranti condotte poste in essere in violazione del divieto di tortura previsto dall'art 3 CEDU⁶⁴.

I giudici di legittimità, tuttavia, hanno ritenuto manifestamente infondata la questione, asserendo che, ai sensi dell'art 25 Cost., non sia ammissibile una pronuncia capace di incidere *in malam partem* sulla risposta punitiva dell'ordinamento e sugli aspetti inerenti alla punibilità⁶⁵.

7. Gli orientamenti della Corte europea dei diritti umani in materia di condotte che non abbiano natura dolosa

Anche nel caso Calvelli e Ciglio, la Corte europea era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del modello italiano della prescrizione con gli standard di tutela dei diritti fondamentali, ma questa decisione presenta profili del tutto peculiari rispetto a quelle fino ad ora esaminate.

Il dato che emerge è l'assenza di automatismo: non tutte le volte in cui vi sia stata violazione di un diritto fondamentale sussiste l'obbligo di sanzionare penalmente il responsabile. Occorre, di volta in volta, valutare tutta una serie di circostanze, tra le quali la qualifica del soggetto che pone in essere la condotta lesiva, l'intensità della violazione e il particolare disvalore soggettivo di azione⁶⁶.

⁶² In questo caso la prescrizione intervenne per 32 dei 33 imputati. La Cassazione si è pronunciata sui fatti di Bolzaneto nel giugno 2013. Cfr. Cass., Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3708813, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2013, con nota di A. COLELLA, *La sentenza della Cassazione su Bolzaneto chiude il sipario sulle vicende del G8 (in attesa del giudizio della Corte di Strasburgo)*.

⁶³ Cass. Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, in *DeJure/ Juris Data*, così in motivazione, punto 1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴ Cfr. E. D'IPPOLITO, *La sentenza "Diaz" tra pulsioni in malam partem e tipi d'autore "simpatichi" e "antipatici": qualche riflessione sulla percezione mediatica del reato*, in *Cass. Pen.*, fasc. 6, Giuffrè, 2013, p. 2245 ss.; V. ZANETTI, *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz*, in *Studium Iuris*, fasc. 4, Cedam, 2012, 432 ss.

⁶⁵ Cass. Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, cit., in motivazione, punto 1 del *Considerato in diritto*, in cui si richiama C. Cost., 1° agosto 2008, n. 324, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 3459 ss. punto 5 del *Considerato in diritto*. Va anche osservato che, secondo la giurisprudenza costituzionale, la prescrizione attiene al «trattamento complessivo del reo» configurando un istituto di natura sostanziale (Corte Cost., ord. n. 34 del 2009). In dottrina è stato auspicato, per il futuro, un ripensamento della Corte Costituzionale sulle proprie posizioni in tema di sindacato in *malam partem* sui termini prescrizionali. In questo senso, cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Giuffrè, 2011, 2681 ss.

⁶⁶ In argomento, cfr. S. MANACORDA, *"Dovere di Punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, Giuffrè, 2012, p. 1385 ss; G. DE VERO, G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 31 ss.

La sentenza *Calvelli e Ciglio c. Italia* è stata pronunciata nel 2002⁶⁷ e il ricorso aveva ad oggetto un'ipotesi di responsabilità penale di un medico, relativa al decesso di un neonato sottoposto alle sue cure. Il medico, in primo grado, era stato riconosciuto penalmente responsabile. Durante il giudizio d'appello, tuttavia, maturano i termini di prescrizione e viene pronunciata sentenza di non luogo a procedere. I genitori del bimbo avevano ritenuto che l'intervenuta prescrizione avesse violato il diritto alla vita del nascituro. La Corte, pur rilevando che carenze procedurali avessero effettivamente ritardato le indagini, favorendo così il maturare dei termini prescrizionali, escluse le responsabilità dello Stato Italiano e ritenne ammissibile l'operatività della prescrizione.

I giudici di Strasburgo evidenziarono come, nel caso di specie, il sistema italiano offriva alle vittime un rimedio alternativo alla sanzione penale, ovvero la possibilità di ottenere il risarcimento del danno in sede civile; possibilità alla quale i genitori del bambino rinunciarono, accettando una transazione stragiudiziale.

Una delle circostanze a cui la Corte europea attribuisce valore significativo ai fini della decisione è il carattere non intenzionale della condotta lesiva del diritto alla vita: il decesso era stato causato da una negligenza del medico e, una volta intervenuta la prescrizione, la via dell'azione civile risultava essere la più naturale per soddisfare le esigenze di tutela imposte dall'art 2.

Rispetto ad alcuni atti di natura colposa, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, i meccanismi attraverso cui vengono ricostruiti i fatti da cui ha origine la morte di un individuo « possono essere limitati alla sola predisposizione di rimedi giurisdizionali di carattere civile, purché ovviamente efficaci e accessibili in concreto »⁶⁸.

La Corte ha affrontato la questione delle condotte colpose lesive del diritto alla vita anche valutando il modo con cui operano gli obblighi di protezione dello stesso nella materia ambientale. A tal riguardo, occorre accennare al caso *Öneryildiz c. Turchia*⁶⁹ relativo alla morte di numerose persone avvenuta in seguito ad un'esplosione di gas metano, prodotto da cumuli di rifiuti in decomposizione, abbandonati in una discarica.

In questa ipotesi, la condotta omicida colposa si era verificata in circostanze che avevano coinvolto le autorità statali. Nonostante la gravità della situazione e i rischi di una possibile esplosione fossero stati puntualmente denunciati da un *report* stilato da tecnici, le autorità amministrative rimasero inermi, senza provvedere ad informare gli abitanti del quartiere e senza adottare misure finalizzate ad evitare i rischi connessi al cattivo funzionamento della discarica.

La Corte ritenne che il diritto alla vita fosse stato violato sotto il profilo materiale e sotto quello procedurale.

Il procedimento penale instauratosi aveva accertato in generale le responsabilità di tipo omissivo delle autorità locali, ma non venne portata avanti alcuna indagine allo scopo di individuare il preciso nesso di causalità sussistente tra queste omissioni e l'evento lesivo, e non furono individuati personalmente i soggetti responsabili delle violazioni. I giudici si soffermano con attenzione su questo aspetto evidenziando come lo Stato abbia, invece, l'obbligo di proteggere il diritto alla vita degli individui attraverso un'applicazione rigorosa dei meccanismi repressivi previsti dal diritto interno. Ciò implica innanzi tutto che debba essere portata avanti una procedura finalizzata a

⁶⁷ Corte EDU, 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia*.

⁶⁸ F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, ASERI, 2003, p. 207.

⁶⁹ Corte EDU, 18 giugno 2002, *Öneryildiz c. Turchia*.

sanzionare effettivamente i responsabili anche allo scopo di dissuadere gli altri dal porre in essere simili condotte lesive dei diritti fondamentali. (§ 109)

Quest'ultimo caso permette di evidenziare come, secondo la Corte europea, anche rispetto a violazioni dei diritti fondamentali integrate da condotte colpose, la sanzione penale possa svolgere una funzione preventiva molto rilevante e pertanto sussiste in capo allo Stato l'obbligo di garantire il diritto alla vita con un'adeguata risposta penale⁷⁰.

Rimane comunque ferma l'idea secondo cui il diritto penale si configuri come uno strumento dal carattere sussidiario, a cui accedere nei casi di *extrema ratio*.

Dalla giurisprudenza della Corte emergono, tuttavia, una serie di indicatori in presenza dei quali è possibile ritenere che l'obbligo di reprimere penalmente una violazione del diritto fondamentale sia, invece, implicito agli stessi articoli 2 e 3 CEDU. In particolare, ponendo l'accento sul disvalore soggettivo di azione, nei casi di condotte colpose, lo strumento penale si presenta necessario nel caso in cui la violazione è "grave". La gravità della violazione si desume sia facendo riferimento al tipo di pregiudizio arrecato al bene della vita umana o dell'integrità fisica sia facendo riferimento ai rischi causati dalla condotta lesiva⁷¹. Quindi nel caso di condotte colpose, anche eventualmente poste in essere da autorità statali, è la gravità della violazione del diritto fondamentale che va a segnare la linea di confine tra la compatibilità o meno della prescrizione con gli standard internazionali di tutela del diritto.

8. L'incidenza della prescrizione sul diritto al ricorso effettivo ex art 13 CEDU

L'obbligo per lo Stato competente di fornire alle vittime un rimedio effettivo, ex art 13 CEDU, sorge quando la violazione del diritto alla vita o del divieto di atti di tortura e di trattamenti inumani e degradanti venga puntualmente accertata.

Da ciò deriva che l'assenza di una sanzione penale nei confronti del reo, causata dall'intervento della prescrizione, nei casi di inerzia delle autorità giudiziarie, va ad integrare potenzialmente una duplice violazione: da un lato, l'inerzia complessiva delle autorità, protrattasi intenzionalmente o per negligenza, costituisce violazione degli obblighi procedurali derivanti dall'art 2 o 3, nello specifico dell'obbligo di condurre con celerità e diligenza i procedimenti penali; dall'altro lato, l'impossibilità di applicare la sanzione penale per l'intervento della prescrizione determina, come violazione aggiuntiva, quella dell'art 13⁷². In queste ipotesi particolarmente gravi, è evidente pertanto come inevitabilmente la natura dei diritti tutelati dagli articoli 2 e 3 abbia implicazioni sull'art 13.⁷³

Ciò premesso, in considerazione di quanto analizzato fino ad ora, occorre verificare se, nel caso in cui sia stata accertata una violazione dell'art 2 o dell'art 3, il diritto al ricorso effettivo imponga doverosamente allo Stato di sanzionare penalmente il responsabile della violazione, precludendo l'operatività di qualunque causa di estinzione del reato o causa di non punibilità, oppure se questo diritto possa essere soddisfatto pienamente anche attraverso strumenti alternativi, quali, ad esempio, il risarcimento del danno in sede civile.

⁷⁰ F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, cit., p. 208

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Cfr. V. SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, cit. 1188.

⁷³ Corte EDU, 2 novembre 2004, *Abdiüsamet Yaman c. Turchia*.

Oggi è ampiamente condivisa, in dottrina e nella giurisprudenza della Corte europea, la tesi secondo cui la presenza di rimedi alternativi alla condanna penale non sia sufficiente, in talune circostanze, a soddisfare il diritto al ricorso effettivo delle vittime. Come già evidenziato, il principio opera, in particolare, nel caso di gravi violazioni dei diritti umani (*gross violation of human rights law*) posta in essere in circostanze tali da coinvolgere la responsabilità statale. «Rispetto a questi casi, la Corte ha affermato che lo Stato competente ha sempre l'obbligo di sanzionare penalmente l'autore della violazione»⁷⁴. In presenza di questi presupposti oggettivi (grave violazione) e soggettivi (violazione perpetrata da soggetti dotati di pubblica autorità) solo la sanzione penale sarà, dunque, idonea a realizzare il diritto al rimedio effettivo e di conseguenza, l'applicazione di misure escludenti la punibilità del reato, tra cui la prescrizione, diventerebbe incompatibile, di per sé, con gli obblighi convenzionali, anche nei casi in cui la vittima della violazione possa accedere al risarcimento dei danni in sede civile⁷⁵.

Questo è il principio emerso emblematicamente nei casi giurisprudenziali esaminati fino ad ora, in cui si sono registrate “gravi” violazioni di diritti fondamentali, in particolare dei diritti previsti dall'art 2 e 3 CEDU, perpetrate da soggetti dotati di autorità pubblica. In tutte queste ipotesi, la condanna penale acquista, dunque, valore “retributivo” dei diritti violati e confluisce negli elementi del diritto al ricorso effettivo disposto dall'art 13 CEDU⁷⁶, unitamente alla sanzione disciplinare prevista nei confronti del responsabile della violazione ed al risarcimento del danno in sede civile.

⁷⁴ V. SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, p. 1189.

⁷⁵ La Corte di Cassazione, in modo costante e pacifico, in materia di prescrizione del reato e di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni causati direttamente dal reato stesso ha affermato che (Cass., Sez. 3, 17 gennaio 2008, n. 872, in *De jure/Juris Data*), «qualora il fatto illecito generatore del danno sia considerato dalla legge come reato, se quest'ultimo si estingue per prescrizione, si estingue pure l'azione civile di risarcimento, data l'equiparazione tra le due prescrizioni, a meno che il danneggiato, costituendosi parte civile nel processo penale, non interrompa la prescrizione ai sensi dell'art. 2943 c.c.; tale effetto interruttivo, che si ricollega all'esercizio dell'azione civile nel processo penale, ha carattere permanente protrandosi per tutta la durata del processo; in caso di estinzione del reato per prescrizione, tale effetto cessa alla data in cui diventa irrevocabile la sentenza che dichiara l'estinzione, tranne che la parte civile abbia revocato la costituzione o non abbia, comunque, coltivato la pretesa, venendo in tal caso meno la volontà di esercitare il diritto che è alla base dell'effetto interruttivo.» Se, dunque, vi è stata costituzione di parte civile, si verifica l'interruzione con effetto permanente per tutta la durata del processo e tale termine ricomincia a decorrere dalla data in cui diviene irrevocabile la sentenza penale che ha dichiarato di non doversi procedere per essersi il reato estinto per prescrizione (Cass., Sez. 3, 19 novembre 2001, n. 14450, in *De jure/Juris Data* ; Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2014, n.17799 -caso Eternit- in *De jure/Juris Data*).

Nel caso in cui invece la prescrizione intervenga nel corso del giudizio d'appello, ai sensi dell'art 578 c.p.p. affinché il giudice d'appello, pronunciando la sentenza di non doversi procedere, statuisca sulle questioni civili è necessaria la pronuncia di una condanna in primo grado e che vi fosse stata costituzione di parte civile nel processo. La giurisprudenza di legittimità sostiene necessariamente la ricorrenza di entrambe le suindicate condizioni, dichiarando che «è illegittima la condanna dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile pronunciata in appello, come effetto della declaratoria di sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione, con la quale il giudice di secondo grado abbia riformato, su impugnazione del pm, la sentenza di assoluzione di primo grado, in quanto la decisione sulle restituzioni e sul risarcimento del danno può essere adottata solo nel caso in cui, nel precedente grado di giudizio, sia stata affermata, con sentenza di condanna, la responsabilità dell'imputato» (Cass. Sez. V, 11 marzo 2005 , n. 15640, in *De jure/Juris Data*)

⁷⁶ Corte EDU, GC, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 119; Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2669; V. SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea*

In conclusione, se si esclude l'ipotesi di "gravi violazioni" dei "diritti fondamentali" posta in essere da soggetti dotati di autorità statale, in cui la prescrizione è sicuramente inammissibile con la piena tutela dei diritti lesi, in tutte le altre ipotesi l'inammissibilità della stessa verrà accertata solo in presenza di ulteriori elementi. Assumono valore significativo, a tal proposito, due situazioni: in primo luogo, l'eventualità che l'autorità giudiziaria abbia, intenzionalmente o per negligenza, determinato la scadenza dei termini di prescrizione, lasciando impuniti i responsabili sul piano penale; e in secondo luogo, l'impossibilità per le vittime di accedere ai meccanismi di risarcimento alternativi per il danno subito⁷⁷.

9. La differenze discriminatorie del regime prescrizionale nei casi di omicidio colposo: la drammatica incidenza della prescrizione nei processi per colpa medica

Nell'analizzare il caso *Calvelli Ciglio c. Italia* è stato possibile rilevare come le posizioni dei giudici di Strasburgo siano molto più prudenti nei casi in cui la condotta lesiva del diritto alla vita sia di tipo colposo e, in particolare, si inserisca nel contesto dell'attività medico chirurgica⁷⁸.

Il carattere complessivamente meno grave del disvalore di azione porta a ritenere che il diritto al rimedio effettivo, previsto dall'art 13 CEDU, sia comunque soddisfatto, anche nei casi in cui non sia possibile pervenire ad una sentenza di condanna penale per intervenuta prescrizione, ma sia stato comunque possibile individuare il responsabile della violazione e ottenere un risarcimento dei danni in sede civile, unitamente ad un provvedimento disciplinare.

Spostando l'attenzione sulle norme del diritto interno è, tuttavia, possibile constatare come proprio rispetto al settore della colpa medica il regime prescrizionale presenti profili di grave irragionevolezza; non è un caso che l'incidenza statistica della prescrizione sui processi per colpa medica, in Italia, sia drammatica ed allarmante.

Va osservato preliminarmente come, in seguito alle modifiche apportate dalla legge ex Cirielli all'art 157 c.p., la norma prevede, al sesto comma, il raddoppio degli ordinari termini di prescrizione per «i reati di cui agli art 449 e 589, 2°, 3° e 4° comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3° bis, e 3°quater, del codice di procedura penale». Le fattispecie prese in considerazione dalla norma sono ipotesi colpose particolarmente gravi: la fattispecie di incendio e di altri disastri colposi (449 c.p.); le ipotesi di omicidi colposi posti in essere con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro; infine tutte quelle fattispecie che rientrano nell'ambito della criminalità organizzata⁷⁹.

Dai lavori preparatori, emerge come questa norma fu introdotta, in modo frettoloso, solo in occasione dell'ultimo passaggio alla Camera e risulta essere così «mal congegnata da potersi ben prendere a emblema di tutte le incoerenze intrasistematiche

dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia, cit., pag 1176 ss.; E. D'IPPOLITO, *La sentenza "Diaz"*, cit., p. 2244 ss.; A. BALSAMO, *L'art 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione*, cit., p. 3925 ss.; A. BALSAMO, L. TRIZZINO, *La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte europea: fine di un equivoco?*, in *Cass. Pen.*, fasc. 7-8, Giuffrè, 2011, p. 2804 ss.

⁷⁷ V. SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, cit., p. 1192.

⁷⁸ Cfr. S. MANACORDA, *"Dovere di Punire"?* *Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, cit., p. 1385 ss.

⁷⁹ Cfr. G. FIANDACA-V. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 832 ss.

che affliggono la disciplina prescrizione delineata dalla legge n. 251 del 2005»⁸⁰. La *ratio* della disposizione è stata quella di riconoscere, nei casi in cui si proceda per uno dei reati suelencati, un arco temporale maggiore per lo svolgimento del processo penale, nella consapevolezza che si è dinnanzi a tipologie di accertamenti che richiedono spesso l'intervento di periti e che, pertanto, comportano una dilatazione della fase processuale⁸¹.

E' opportuno concentrare l'attenzione sulle fattispecie di omicidio colposo prese in considerazione dall'art 157, 6° comma. In entrambi i casi, si è in presenza di ipotesi caratterizzate da colpa specifica. Nel caso, poi, di omicidi colposi commessi in violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, le regole cautelari violate, oltre ad essere scritte, sono, nella maggior parte dei casi, regole cautelari rigide; nel momento stesso in cui il fatto di reato si perfeziona, sarà già possibile avere contezza della regola cautelare violata attraverso la semplice ricostruzione delle circostanze di fatto. E' facilmente intuibile, quindi, come la natura scritta di queste regole cautelari e, in alcune ipotesi, la loro natura rigida, ne renda agevole l'individuazione: la maggiore determinatezza della fattispecie colposa semplifica la stessa ricostruzione processuale.

Molto più complessa è invece la fase dell'individuazione delle regole cautelari nei casi di responsabilità medica. Va osservato come nonostante il ruolo ufficiale e la valorizzazione normativa che alle linee guida⁸² il legislatore del 2012 ha riconosciuto⁸³, e nonostante i primi dubbi interpretativi che questo riconoscimento ufficiale aveva sollevato, la colpa medica non si è tramutata automaticamente in un'ipotesi di colpa

⁸⁰ Così D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, p. 247, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di F. GIUNTA, Giuffrè, 2006.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Le linee guida vengono definite «un percorso terapeutico ideale, suggerito dalla migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico da società scientifiche di prestigio internazionale», In argomento Cfr. P. PIRAS – A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. CANESTRARI- F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Edizioni ETS, 2009, p. 285; la definizione è ripresa anche da L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 2, IPSOA, 2013, p. 196. Si veda anche M. CUCCI, A. FARNETTI, S. SCARPATI, *Problemi di responsabilità sanitaria*, Giuffrè, 2007, p. 124; A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, 1999, p. 513; F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, Giuffrè, 2001, p. 879.; A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, 2012, p. 167; E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, Giuffrè, 1999, p. 195; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "Decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, Giuffrè, 2013, p. 820 ss.; ID, *Medico, (responsabilità penale del medico)*, in *Diritto Penale*, a cura di F. GIUNTA, dizionari sistematici, Il sole24ore, 2008, p. 881; G. FEDERSPIL- C. SCANDELLARI, *Le linee guida nella pratica clinica: significato e limiti*, in *Professione. Sanità pubblica e medicina pratica*, Maggioli, 1996, 4, 6.; M. CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"?* *Linee guida e Checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012.

⁸³ Per considerazioni critiche in merito alle novità introdotte dalla riforma Balduzzi cfr. P. PIRAS, In culpa sine culpa. *Commento all'art 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Dir. pen. cont.* del 26 novembre 2012; G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (La nuova disposizione del "decreto sanità")*, in www.archiviopenale.it 2013, n.1. Sono da segnalare anche le riflessioni volte a esprimere un giudizio complessivamente positivo della riforma e finalizzate a proporre una lettura costruttiva della stessa cfr. D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 4/2013, p. 73 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in www.archiviopenale.it 2014, n.1.

specifica; pertanto, rimaniamo sempre, prevalentemente, sul terreno della colpa generica, caratterizzato dalla violazione di regole cautelari di fonte sociale.

La difficoltà di standardizzare l'attività medica attraverso le linee guida discende sia dalla generica impossibilità di cristallizzare il sapere scientifico dentro la rigida cornice di regole scritte, ma anche dal carattere ambiguo delle linee guida e dal ruolo schizofrenico che le stesse possono avere, tanto che ad esse è stata riconosciuta natura solo "eventualmente" cautelare⁸⁴. A differenza, quindi, di quanto avviene nei casi di omicidi colposi commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale o in violazione delle norme finalizzate a prevenire gli infortuni sul lavoro, nei casi in cui la lesione del diritto alla vita si realizzi nel contesto medico chirurgico, sarà molto più difficile per il giudice individuare la regola cautelare che doveva essere osservata nel caso di specie. Il giudice dovrà fare riferimento alla delicata figura dell'agente modello; dovrà valutare le regole dell'arte medica, eventualmente cristallizzate in protocolli e in linee guida; valutando le linee guida dovrà selezionare, tra tutte le regole nelle stesse previste, quelle che realmente abbiano natura cautelare, discostandosi da quelle che abbiano un contenuto di tipo meramente economicistico; dovrà valutare se sussistono regole previste dalle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Siamo in presenza, oltretutto, di valutazioni molto tecniche che richiederanno, nella maggior parte dei casi, l'intervento dei periti. Tutti questi complessi momenti valutativi andranno ad incidere sulla fase processuale, appesantendola e rallentandola.

E' stato osservato come non sia ancora maturata, tra gli operatori, nei casi di responsabilità medica, la prassi volta ad individuare la regola cautelare violata nella fase delle indagini preliminari, indicando la stessa già nella richiesta di rinvio a giudizio⁸⁵, pertanto, il dibattimento diventa proprio la sede principale «in cui viene messa a punto, e talvolta riformulata anche per più volte, la stessa contestazione a titolo di colpa. Operazione questa notoriamente dispendiosa in termini temporali, stante la necessità di coinvolgere consulenti tecnici quasi mai unanimi nella ricostruzione dell'accaduto, che finisce così per essere interrotta dall'intervento del termine di prescrizione, specie dopo che la l. 251 del 2005 ha ulteriormente ridotto l'intervallo estintivo»⁸⁶.

A questi momenti valutativi necessari per individuare la regola cautelare si andranno poi ad unire tutte le ulteriori complesse valutazioni necessarie ad individuare i soggetti effettivamente responsabili: occorrerà ricostruire la causalità medica, che nella maggior parte dei casi, si presenterà in forma omissiva, e ci si troverà di fronte ad una situazione molto particolare in cui, a causa del rischio di una sovrapposizione tra obbligo giuridico di impedire l'evento e il contenuto della regola cautelare, occorrerà anche individuare i limiti del rischio consentito; occorrerà poi accertare se l'evento lesivo verificatosi sia stato effettivamente la concretizzazione di quel rischio che la regola cautelare violata si prefiggeva di evitare.

In questo panorama, già di per sé particolarmente intricato, si sono aggiunte tutte le ulteriori difficoltà probatorie imposte dai principi introdotti dalla riforma Balduzzi, sia sul terreno della misura oggettiva della colpa, e quindi in relazione al rapporto tra linee

⁸⁴ In argomento, sia consentito il rinvio a C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, Giuffrè, 2015, pag. 311 ss.

⁸⁵ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in AA. VV, *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI - F. GIUNTA - R. GUERRINI - T. PADOVANI, Edizioni ETS, 2009, p. 262 ss.

⁸⁶ *Ibidem*.

guida osservate dal medico e giusta individuazione della regola cautelare osservata, sia su quello della misura soggettiva con i problemi che la distinzione tra colpa lieve e colpa non lieve continua a porre.

Alla luce di tutto ciò è evidente il dispendio di energie processuali necessarie per l'accertamento della colpa medica e non si comprende perché il legislatore, che ha deciso di raddoppiare i termini di prescrizione nell'ambito dell'art 157, 6° comma, proprio in considerazione della complessità degli accertamenti processuali richiesti da quelle fattispecie, non abbia avvertito l'esigenza di prevedere un raddoppio dei termini prescrizionali anche nel caso di omicidi colposi maturati nel contesto dell'attività medico chirurgica ed eventualmente caratterizzati da ipotesi di colpa non lieve⁸⁷.

La previsione di un regime differenziato di prescrizione a seconda della tipologia di regola cautelare violata è di indubbia costituzionalità per violazione dell'art 3 Costituzione, in quanto non è chiaro neanche il motivo per cui «un esito infausto da colpa grave medica debba meritare un tempo di prescrizione inferiore rispetto all'evento morte frutto della violazione delle norme stradali»⁸⁸.

10. Valutazioni conclusive

La prescrizione continua a pendere come una spada di Damocle sui processi per colpa medica e sulle esigenze di tutela delle vittime e il d.d.l. recante modifiche al sistema della prescrizione, di recente approvato alla Camera⁸⁹, sembra non accorgersi della discriminatoria separazione del regime prescrizionale operante per l'omicidio colposo: la dilatazione dei termini prescrizionali è prevista, in modo diretto, solo rispetto ai reati previsti agli artt. 318, 319 e 319 *ter*. Rispetto ai processi per colpa medica, un aumento dei termini prescrizionali potrebbe aversi per l'operatività dei principi introdotti all'art 159, e in particolare attraverso il meccanismo operante ex comma 3-*quater*, relativo alla previsione di un periodo di sospensione nel caso di “*perizie che comportino pareri di particolare complessità, dalla data del provvedimento di affidamento dell'incarico, sino al giorno del deposito della perizia, comunque per un tempo non superiore a tre mesi*”.

E' stato autorevolmente evidenziato, tuttavia, come l'obiettivo di aumentare i tempi di prescrizione attraverso le nuove ipotesi di sospensione della prescrizione durante il processo, sia un'impostazione positiva, «resa però ambigua dal combinarsi con la disciplina degli atti interruttivi (non modificata nemmeno negli aspetti di dubbia legittimità costituzionale). Ne risulta un modello ibrido, che calcola due volte, in due modi diversi, i tempi del processo: sia facendo ripartire il termine di prescrizione dagli atti interruttivi (che si collocano nella fase iniziale) sia neutralizzando i tempi dei giudizi d'impugnazione. Questo effetto di raddoppiamento non è razionalmente giustificabile».⁹⁰

Nel complesso cambierà poco, dunque, e sicuramente l'art 157, 6° comma continuerà a prevedere una disciplina discriminatoria. In futuro, la norma potrebbe anche

⁸⁷ In argomento cfr. A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, fasc. 4, 2013, p. 99 ss.

⁸⁸ G. FIANDACA – V. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 883.

⁸⁹ Si tratta della proposta di legge n. 2150, recante modifiche al codice penale in materia di prescrizione al reato e delega al Governo per la revisione della disciplina dell'equa riparazione dovuta in caso di violazione del termine ragionevole del processo. Il disegno di legge è stato approvato alla Camera nel marzo del 2015.

⁹⁰ Così D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 30.

essere oggetto di una questione di costituzionalità, per violazione dell'art 3 Cost., ma molto probabilmente, così come avvenne durante il processo per i fatti del G8, l'esito sarebbe nel senso dell'inammissibilità di una questione che, se fosse accolta, andrebbe ad incidere in *malam partem* su norme favorevoli (quelle che prevedono termini brevi di prescrizione per la colpa medica) e ciò in violazione dell'art 25 Cost. La soluzione che invece si auspica è quella di riuscire ad ottenere da parte del legislatore una riforma organica dell'istituto, che da un lato sia capace di recepire i principi che emergono dalla giurisprudenza di Strasburgo e che dall'altra vada a disciplinare in modo ragionevole ed equilibrato le modalità con cui la prescrizione debba operare, soprattutto sul terreno dei delitti colposi.

I CONFINI DELLA *RESTORATIVE JUSTICE* NELLA PIÙ RECENTE NORMATIVA EUROPEA SULLA TUTELA DELLA VITTIMA: RAGIONEVOLE ATTUAZIONE DI UNA *VICTIM-CENTRED JUSTICE* O INEVITABILE CONDANNA AL DESTINO DI SISIFO?

Francesco Parisi

Sommario: 1. Modalità di applicazione della *restorative justice* nel sistema penale. – 2. La normativa sovranazionale europea. – 3. Ragionevole *Victim centred justice* o condanna al destino di Sisifo? – 3.1. La formazione del mediatore, i criteri di rinvio e le procedure del programma riparativo nella direttiva 2012/29/UE. – 3.1.2. La c.d. soddisfazione della vittima negli schemi dinamici e flessibili. – 3.2. Gli obiettivi della RJ a seconda del modello di riferimento. – 3.2.1. Tra conflitto e giustizia: una recente questione (non solo) terminologica. – 3.3. Sistema penale e RJ come paradigmi conciliabili. – 3.4. L'esigenza di una scelta chiara e non nevrotica del legislatore.

1. Modalità di applicazione della *restorative justice* nel sistema penale

Senza entrare in questa sede nei particolari profili problematici relativi ai diversi modi di intendere la nozione di “giustizia riparativa”¹, va preliminarmente rilevato che l'articolo 2, comma 1, lett. d) della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, definisce espressamente la “giustizia riparativa” (nell'espressione inglese *restorative justice*: d'ora in avanti RJ) come «*qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale*». Riguardo poi all'individuazione delle prassi che concretamente rientrano nella nozione di RJ, la direttiva menziona a titolo esemplificativo la mediazione penale (*Victim offender mediation* – VOM, e cioè il confronto autore-vittima in presenza del terzo mediatore), il *family group conferencing* (una sorta di mediazione “allargata” ai gruppi parentali ed a persone di supporto), il *circle sentencing*² (in cui l'autore di reato, la vittima, le loro famiglie e alcuni membri rappresentativi della comunità, insieme ai tecnici del diritto, cercano tutti assieme una soluzione al conflitto-reato); e cioè i principali modelli di RJ

¹ Sul punto sia consentito rinviare a F. PARISI, *La restorative justice in cerca di identità e legittimazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 dicembre 2014, 1-30. Per un'indagine critica circa la tendenza dominante (politicamente e culturalmente non neutrale) ad utilizzare indistintamente l'espressione linguistica inglese “*restorative justice*”, anziché gli equivalenti semantici esistenti presso gli specifici ordinamenti giuridici di riferimento, v. G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 137 ss.

² Sulla distinzione tra questi diversi modelli, cfr. *amplius* M. COLAMUSSI - A. MESTITZ, voce *Giustizia riparativa* (*restorative justice*), in *Dig. disc. pen.*, Utet, Agg. 2010, 423 ss.

applicati in Europa, pur se con un differente grado di diffusione: se i c.d. *circles* trovano infatti applicazione soltanto in via sperimentale in alcuni progetti *ad hoc*, le due tipologie di RJ maggiormente utilizzate in Europa sono invece il FGC o semplicemente *conferencing* (specie in Regno Unito ed in Irlanda) e, soprattutto, la mediazione penale.

Ora, pur nell'inevitabile diversità di prassi e di modelli utilizzati, è possibile sinteticamente descrivere il generale meccanismo di applicazione della RJ nel sistema penale, concentrandoci esclusivamente sugli aspetti comuni a queste pratiche (e dunque con qualche inevitabile approssimazione). Il "servizio di giustizia riparativa" (secondo l'espressione utilizzata nella recente direttiva sopracitata), che in taluni casi può essere anche semplicemente una sezione specializzata della polizia mentre in altri è costituito da un ufficio *ad hoc*, entra in contatto con l'autore del reato e con la vittima, generalmente in seguito ad una decisione dell'autorità giudiziaria che gli invia il caso³. Svolge dei colloqui preliminari per verificare se esistano le principali condizioni per potere iniziare un programma di giustizia riparativa. Acquisito il consenso informato di entrambi i soggetti e il riconoscimento dei c.d. fatti base da parte dell'autore del reato, l'ufficio cura gli incontri con le parti (nel caso del *conferencing* queste sono accompagnate da c.d. persone di supporto). La comunicazione autore-vittima, che può realizzarsi anche con vittima indiretta⁴, surrogata o aspecifica⁵, avviene attraverso la narrazione a-tecnica circa le reali motivazioni a delinquere, i danni - anche di natura psico-emotiva - concretamente subiti, il dolore effettivamente percepito in conseguenze del reato e le aspettative riparative; se possibile, si individua il contenuto degli accordi finalizzati a riparare le conseguenze del reato. In caso di interruzione o di esito negativo del percorso, l'autorità giudiziaria non deve tenerne conto nel prosieguo dell'*iter* penalistico. Qualora, secondo la valutazione del mediatore/facilitatore, si raggiunga invece un risultato riparativo positivo, questo è suscettibile di influenzare favorevolmente la risposta dell'ordinamento nei confronti del reato e del suo autore, pur con una diversità di effetti in ragione degli strumenti normativi utilizzati dai singoli ordinamenti nazionali e soprattutto a seconda che il programma riparativo intervenga in una fase pre-processuale, processuale o post-processuale. Durante la fase pre-processuale, infatti, esso potrà costituire il presupposto per un'archiviazione del procedimento o per instaurare altre forme di *diversion*; in sede di cognizione, il buon esito riparativo può essere valorizzato dal giudice o tramite la sentenza di proscioglimento, là dove ciò sia consentito (e ciò avviene generalmente nel caso di reati di non elevata gravità), oppure in sede di commisurazione della pena; durante la fase esecutiva, il programma riparativo può essere valutato come elemento utile per la concessione di benefici *lato sensu* premiali al condannato.

L'*iter* così delineato nei suoi tratti essenziali costituisce il principale *modus operandi* delle prassi di RJ come esse risultano dal percorso di affermazione del c.d. *RJ movement*: vale a dire, di quell'insieme di proposte avanzate a partire da diverse prospettive teoriche

³ In alcuni ordinamenti (come nel Regno Unito), peraltro, non è necessario che il procedimento riparativo proceda parallelamente al procedimento penale, essendo ammissibile che la RJ trovi ulteriore applicazione come alternativa alla *prosecution*, e dunque fuori dal procedimento penale (tramite un *out of court disposal* del *prosecutor*).

⁴ Tra autore di reato e coloro che subiscono indirettamente le conseguenze dell'offesa, come i genitori o i figli della vittima deceduta a causa del reato.

⁵ Tra l'autore di reato e la vittima che ha patito un'offesa di natura analoga, ma realizzata da un soggetto diverso.

che, pur avendo una specifica ed autonoma sensibilità (abolizionista⁶, vittimologica⁷, comunitaria⁸ o anche semplicemente deflativa⁹), convergono tutte nel ritenere necessaria una giustizia meno burocratica e formalizzata, più snella, più vicina all'ascolto e al soddisfacimento delle aspettative e dei reali interessi delle parti in conflitto (la vittima, l'autore di reato, la comunità). Rivendicazioni che hanno iniziato a trovare accoglimento a partire soprattutto dagli anni '70 dello scorso secolo in Nord America e che hanno poi visto una graduale diffusione in Oceania (dove ad esempio in Nuova Zelanda il sistema minorile è fortemente ispirato ai principi della RJ e più recentemente anche la fase del *sentencing* ha espressamente recepito la riparazione tra gli scopi della pena¹⁰) e nelle altre parti del globo, ivi compresa l'Europa.

Per quanto concerne le realtà a noi più vicine, molti paesi europei contemplano ormai esplicitamente forme di RJ nell'ordinamento, disciplinandone i potenziali effetti, gli strumenti tecnici o in alcune ipotesi i divieti di applicazione per particolari tipologie di illecito¹¹; in altri, invece, e com'è noto l'Italia rientra in questa seconda tipologia di casi, non esistono ancora norme specifiche. Segnatamente, il nostro ordinamento non ha ancora deciso lo spazio da attribuire alla RJ. Esiste ormai una sperimentazione ventennale di mediazione penale nel rito minorile fondata su piedistalli normativi instabili, e cioè su un'interpretazione fortemente estensiva di alcune norme che consentono di legittimare il rinvio del caso all'ufficio di mediazione (in particolare gli artt. 9 e 28 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), e di attribuirgli un valore traducibile in termini penalistici (estinzione del reato per buon esito della messa alla prova; perdono giudiziale; irrilevanza del fatto)¹². Nel caso di reati commessi da soggetti adulti: le norme sulla giurisdizione del giudice di pace penale, le uniche che contengono un riferimento alla possibilità di avvalersi di un ufficio di mediazione a fini conciliativi¹³, non hanno trovato significativa

⁶ La RJ sarebbe cioè uno strumento per contrastare la tendenza fagocitante del sistema penale di espropriare il conflitto ai soggetti realmente coinvolti nel reato; e ciò tramite l'intervento asettico e spersonalizzante dei tecnici del diritto nominati dallo Stato: cfr. N. CHRISTIE, *Conflict as property*, in *British Journal of Criminology*, 1977, 1-15.

⁷ Cfr., per tutti, J. JOHNSTONE, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Routledge, 2002, 62 ss.

⁸ E ciò in particolare nelle forme "allargate" di confronto all'interno della comunità: cfr. per tutti L. WALGRAVE, *The need for clarity about restorative justice conferences*, in E. ZINSSTAG – I. VANFRAECHEN (a cura di), *Conferencing and restorative justice: international practices and perspectives*, Oxford University Press, 33-45.

⁹ Sull'utilizzo della RJ secondo una prospettiva *problem solving* prevalentemente negoziale, cfr. F. PARISI, *La restorative justice in cerca di identità*, cit., 10. Sulla *ratio* deflativo-efficientista della disciplina normativa della mediazione penale per adulti introdotta nel 2007 nell'ordinamento portoghese, v. C. VISCONTI, *Mediazione penale e giustizia minorile. Appunti critici a margine dell'esperienza palermitana*, in *Sotto Traccia, Saperi e percorsi sociali*, vol. 6, 2011, 38-47.

¹⁰ Cfr. G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1219 ss.

¹¹ L'ordinamento spagnolo, com'è noto, esclude l'ammissibilità della mediazione penale nell'ambito delle violenze domestiche: cfr., anche in una prospettiva critica, M.E. TORRES FERNANDEZ, *La mediazione è ammissibile in caso di violenza nella coppia? Limiti giuridici e possibilità concrete in un confronto fra diritto spagnolo e italiano*, in *Le ragioni degli altri. Mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo: una prospettiva comparatistica ed interdisciplinare*, a cura di E. URSO, Firenze University Press, 2013, 305 ss.

¹² Per tutti, cfr. G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1321ss.

¹³ Com'è noto, infatti, l'art. 29, comma 4, del D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 prevede che "il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e,

applicazione; sostanzialmente inesistente è l'applicazione della mediazione penale presso il tribunale ordinario (sebbene anche qui esisterebbero spazi interpretativi per instaurare un procedimento di mediazione penale, ad es. in base all'art. 555, comma 3, c.p.p.¹⁴); talune applicazioni, anche per reati gravi, emergono invece durante la fase dell'esecuzione della pena, tramite una lettura in chiave riparativa di alcune norme (ad esempio, l'art. 47, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354) che riguardano istituti premiali.

Ad ogni modo, è bene precisare che anche nei paesi in cui la RJ ha trovato uno specifico riconoscimento normativo la sua concreta diffusione resta comunque piuttosto marginale, sia dal punto di vista numerico sia da quello tipologico: sotto il primo profilo, la percentuale di applicazione dei procedimenti di RJ è comparativamente assai inferiore rispetto al numero totale dei procedimenti penali¹⁵; quanto al versante tipologico, in alcuni paesi (come in Spagna e per certi versi in Italia) la mediazione è sostanzialmente limitata ad applicazioni nella giustizia minorile, e nei casi in cui essa sia estesa agli adulti essa opera generalmente in reati di basso e medio disvalore penale. Inoltre, in Europa la presenza o meno di servizi di RJ, e dunque la concreta possibilità di effettuare un programma riparativo, spesso non è assicurata in tutto il territorio e dipende da politiche finanziarie regionali e da sensibilità locali.

Questi ultimi dati sono utili a comprendere come la diffusione di questa forma di giustizia sia ancora piuttosto contenuta, sebbene ciò non implichi che la si possa considerare un fenomeno tutto sommato trascurabile nelle attuali politiche penali¹⁶. Intanto perché, come già menzionato, esistono modelli di riferimento comparativo importanti in altri paesi extraeuropei in cui la RJ è senza alcun timore reverenziale perfettamente integrata nel sistema penale, sia in ambito minorile sia nella giustizia tra adulti¹⁷; il tema ha inoltre un significativo valore teorico, se non altro dimostrato dall'ormai vastissima letteratura internazionale sull'argomento, che continua ad interrogarsi sulle legittimità, sulla natura e sui possibili intrecci tra RJ e sistema penale (tanto da fungere da stimolo per la creazione di un network autonomo¹⁸, particolarmente attivo nella diffusione della cultura riparativa in ambito europeo, anche grazie alla recente creazione di una rivista di approfondimento sui temi specifici della RJ¹⁹); in diversi paesi europei, poi, vi è comunque una sempre crescente considerazione per l'argomento, sia sul piano normativo sia sul piano mediatico-culturale (ad esempio in Regno Unito recenti interventi normativi hanno esplicitamente inserito la RJ in alcuni istituti processual-

ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio".

¹⁴ Cfr. P. GRILLO, *Gli spazi operativi della mediazione penale nel procedimento penale davanti al giudice di pace ed al tribunale i composizione monocratica*, in *Giur. mer.*, 2013, 10 ss.

¹⁵ V. I. AERTSEN – S. PARMENTIER – I. VANFRAECHEM – L. WALGRAVE – E. ZINSSTAG, *An adventure is taking off. Why Restorative Justice: An International Journal?* In *Restorative Justice: an international journal*, vol. 1, 2013, 8.

¹⁶ Sull'opportunità di introdurre specifici corsi universitari sui temi della RJ, v. G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 133 ss.

¹⁷ Per approfondimenti, cfr. G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale*, cit., 1251.

¹⁸ Ci si intende con ciò riferire alle attività di ricerca dell'*European forum of restorative justice*, le cui attività sono presentate al seguente link: <http://www.euforumrj.org/>.

¹⁹ Si tratta della già citata rivista "*Restorative Justice. An international Journal*", Hart publishing.

penalistici²⁰ ed essa è anche oggetto di particolare attenzione nei mezzi di comunicazione di massa, nonché in alcuni libri ispirati a storie vere di *conferencing* che hanno riscosso un certo successo di vendite²¹); *last but not least*, anzi direi soprattutto, la RJ ha trovato espresso riconoscimento sul piano normativo sovranazionale europeo, e dunque i legislatori nazionali dovrebbero scegliere quale peso attribuirle all'interno del proprio sistema penale.

2. La normativa sovranazionale europea

Sul piano delle fonti normative europee, nel versante del Consiglio d'Europa, il primo importante documento è notoriamente rappresentato dalla Raccomandazione relativa alla mediazione in materia penale del Consiglio dei ministri del Consiglio n. R (99) 19 adottata il 15 settembre 1999, che ha individuato le principali regole per l'applicazione del più diffuso strumento di RJ in Europa: vale a dire, la mediazione penale. Senza entrare nei dettagli della raccomandazione²², si può sinteticamente osservare come essa individui importanti principi e regole minime di disciplina della mediazione penale, secondo una logica di bilanciamento tra le esigenze di rispetto dei diritti di garanzia dell'autore del reato da un lato e la tutela della vittima dall'altro, e si caratterizzi per una complessiva tendenza propulsiva circa l'adozione di processi di mediazione penale in ambito penale.

Un ridimensionamento delle capacità applicative della mediazione penale, pur se nello specifico ambito delle violenze di genere, sembra invece emergere nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata ad Istanbul l'11 maggio 2011 (c.d. Convenzione di Istanbul) e ratificata dall'Italia con L. 27 giugno 2013, n. 77. Secondo l'art. 48 della convenzione, infatti, le parti dovrebbero introdurre meccanismi specifici per vietare le forme alternative delle controversie (*Alternative dispute resolution*: ADR) obbligatorie, comprese la mediazione e la conciliazione, quando si tratti di violenze di genere. La convenzione sembra muoversi in un'ideale linea di continuità con il prevalente orientamento delle Nazioni Unite sulla questione: come può leggersi nell'*handbook for legislation on Violence against Women* del 2009²³, infatti, l'ONU appare incline a vietare la mediazione per queste tipologie di reati, in quanto essa finirebbe per sottovalutare gli squilibri di potere generalmente esistenti tra le parti nelle violenze di genere, specie in quelle domestiche, e ridurrebbe il senso di responsabilità dell'autore in fattispecie di reato particolarmente odiose. Vero è però che la convenzione vieta in modo esplicito soltanto le forme di risoluzione delle controversie obbligatorie (*mandatory*). Come infatti indicato nel documento esplicativo alla convenzione, l'obiettivo è di enfatizzare l'effetto negativo che si realizzerebbe là dove l'applicazione della ADR alle violenze di genere finisse per impedire il possibile ricorso al giudice e al processo *adversarial*. Ad ogni buon conto, pur

²⁰ L'allegato 16 al *Crime and Courts Act* 2013, infatti, introduce una nuova sezione 1ZA nel *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act* 2000 (*court's power to defer passing of sentence*), che rende esplicito come la corte possa usare il proprio potere di differire la sentenza per consentire un programma di RJ.

²¹ P. WOOLF, *The Damage Done. The true story of a brutal life of crime in London's dangerous underworld*, Transworld Publishers, 2008.

²² Per un commento alla raccomandazione, v. A. CERETTI – C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 762 ss.

²³ Il manuale è consultabile al seguente link: <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20violence%20against%20women.pdf>.

in mancanza di un esplicito divieto delle forme attualmente praticate di RJ, in quanto esse si caratterizzano per la volontarietà del processo riparativo e per la possibilità di interromperlo in ogni momento con contestuale ritorno ai tradizionali binari penalistici, la norma sembra voler però indicare un generale atteggiamento di contrarietà all'utilizzo della RJ nell'ambito delle violenze di genere per ragioni di protezione speciale delle vittime vulnerabili; e non è forse un caso che in alcuni paesi come nel Regno Unito, nel recente *revised Victims Code* (entrato in vigore il 10 dicembre 2013) sia per la prima volta contemplata la RJ con l'intenzione di diffonderne l'applicazione in prospettiva vittimocentrica, ma se ne escluda esplicitamente l'utilizzo nell'ambito delle violenze di genere.

Sul versante del diritto dell'Unione può riscontrarsi un analogo processo di *dimensionamento selettivo* della RJ, e anche qui in base a considerazioni di natura vittimologica. Se, infatti, nella decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI) emergeva un atteggiamento chiaramente esortativo all'introduzione della mediazione penale, in quanto l'art. 10²⁴ invitava gli Stati membri ad introdurla nei propri ordinamenti (pur lasciando agli stessi la discrezionalità circa i criteri di idoneità sui casi suscettibili di mediazione), il generale approccio seguito dalla direttiva 2012/29UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI del 2001, sembra orientarsi verso una maggiore prudenza ed indicare un tendenziale mutamento di prospettiva. La direttiva, infatti, si caratterizza per un'*apertura condizionata* nei confronti della RJ²⁵: da una parte riconosce quest'ultima come potenziale strumento di beneficio per la vittima e riconosce espressamente come prassi di RJ, oltre alla mediazione penale, anche gli altri modelli dei *circles* e dei *FGC*; nondimeno, invita gli Stati membri ad introdurre specifiche misure di salvaguardia della vittima nel sistema applicativo della RJ; e ciò in base alla considerazione che proprio durante lo svolgimento del percorso riparativo possano verificarsi episodi di vittimizzazione secondaria o ripetuta²⁶.

Più in particolare, il sistema appare orientato all'introduzione di meccanismi di protezione a monte e a valle del procedimento riparativo. A monte, per un verso, la direttiva prevede che le vittime debbano intanto poter accedere a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti, ben collegati con gli uffici di assistenza alla vittima, e i cui operatori siano selezionati sulla base di un *training* specializzato sui temi della protezione della vittima e orientato al costante aggiornamento; per altro verso, essa introduce significativi elementi di novità nell'indicare alcune cautele vittimologiche sulla decisione per il rinvio del caso, stabilendo che²⁷ gli Stati membri debbano decidere le *procedure e gli orientamenti relativi alle condizioni di tale rinvio* "tenendo conto di diversi fattori che potrebbero limitare la capacità della vittima di assumere decisione consapevoli durante il percorso riparativo, come la natura e la gravità del reato, il livello

²⁴ Secondo l'art. 10 della decisione quadro (mediazione nell'ambito del procedimento penale), "ciascuno Stato membro provvede a promuovere la mediazione nell'ambito dei procedimenti penale per i reati che esso ritiene idonei per questo tipo di misura" (comma 1). "Ciascuno stato membro provvede a garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore di reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione" (comma 2).

²⁵ In questo senso, v. già F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2012, 7.

²⁶ *Considerandum* 46, art. 12, comma 1, prima parte.

²⁷ Art. 12, comma 2.

del trauma, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima"²⁸. A valle (e cioè nello svolgimento del procedimento riparativo), si ribadisce la necessità di rispettare alcuni presupposti già contemplati dalla Raccomandazione del 1999 sulla mediazione penale e complessivamente seguiti nelle principali prassi sopra menzionate: ovverossia²⁹, il diritto della vittima di poter esprimere un consenso libero, revocabile e informato sul significato e sul possibile esito del processo riparativo, il riconoscimento dei fatti essenziali da parte dell'autore del reato, la volontarietà degli accordi riparativi, il principio di confidenzialità.

In sintesi, dunque, la direttiva non obbliga gli Stati membri ad introdurre la RJ nel proprio ordinamento, bensì ad individuare condizioni e procedure per rendere effettivo il principio secondo cui tale processo riparativo sia realizzato nell'interesse primario della vittima³⁰.

Questa deviazione di rotta rispetto alla decisione quadro del 2001, per certi versi anticipata dalla sentenza della Corte GUE, nel caso Gueye-Sanchez del 2011³¹, spinge a porsi la seguente questione: le condizioni introdotte dalla direttiva sono interpretabili come ragionevoli correttivi ai modelli di RJ, affinché questi possano armoniosamente congiungersi al sistema di giustizia penale e realizzare un'equilibrata *victim-centred justice*? O forse esse si pongono in sostanziale linea di continuità con le resistenze culturali alla diffusione della RJ e unitamente a queste comportano di fatto, alla stregua di Sisifo, un appesantimento procedurale carico di sospettosa sfiducia sulla schiena della RJ, tale da farla rotolare per azione del suo stesso peso eternamente indietro, in una nascosta nicchia del sistema di giustizia penale?

3. Ragionevole *Victim centred justice* o inevitabile condanna al destino di Sisifo?

La soluzione a questo interrogativo può essere individuata tenendo in mente una pluralità di questioni problematiche. Alcune di esse riguardano più specificamente le sopramenzionate cautele vittimologiche introdotte dalla direttiva; altre hanno in realtà a che fare con alcuni aspetti fortemente dibattuti in tema di RJ: e cioè, l'individuazione degli obiettivi che le prassi di RJ si propongono di raggiungere; i rapporti con il sistema penale e le istituzioni penalistiche, che ruotano soprattutto intorno al dibattito sulla natura sanzionatoria o meno dei programmi di RJ e sulla loro relazione con le tradizionali funzioni della pena; il ruolo del legislatore nella tipizzazione degli spazi di intervento della RJ e dei suoi effetti nel sistema penale.

²⁸ Art. 12 della direttiva e *considerandum* 46.

²⁹ Art. 12, comma 1, lett. a) b), c), d), e).

³⁰ V. il documento della Commissione Europea, *Directorate Justice*, del dicembre 2013, il quale contiene disposizioni interpretative per la trasposizione e l'attuazione della direttiva 2012/29/UE.

³¹ Corte GUE, 15 settembre 2011, procedimenti riuniti C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sanchez c. Spagna*. Per un'analisi della sentenza, v. R. CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2011.

3.1. La formazione del mediatore, i criteri di rinvio e le procedure del programma riparativo nella direttiva 2012/29/UE

In effetti, una certa preoccupazione per un'eccessiva proceduralizzazione e istituzionalizzazione della RJ sembrerebbe sussistere là dove le indicazioni della direttiva siano interpretate in senso forte: e cioè qualora si ritenga di dover disciplinare in modo rigido e aprioristico (si potrebbe dire sotto la tirannia dei protocolli³²) i criteri del rinvio dei casi all'ufficio di mediazione e il concreto modo di operare del mediatore/facilitatore. Un'eccessiva burocratizzazione tecnico-operativa, combinandosi con le richieste di istituzionalizzazione del servizio di RJ, determinerebbe forse il rischio di trasformare questa forma di giustizia de-formalizzata in un'agenzia istituzionale di controllo sociale, attenta più al rispetto delle regole del gioco che all'unicità e alle specificità delle esperienze personali dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda criminosa³³. E a ben vedere, l'idea che la possibilità per il mediatore/facilitatore di evitare i pericoli di vittimizzazione interni ai processi di RJ debba passare per una inflessibile standardizzazione degli interventi, che contenga le modalità cautelative di protezione della vittima, sembra anche scontrarsi con ciò che emerge da alcuni rilevanti studi sull'apprendimento e sul più efficace modo di operare in ambito professionale. Intendo in particolare riferirmi agli studi di Donald Schon svolti sin dagli anni '80³⁴ dello scorso secolo sui differenti approcci al *problem solving* da parte dei professionisti di diverse discipline e alla distinzione tra i diversi paradigmi della *razionalità tecnica* e della *riflessione nell'azione*. Secondo queste ricerche, infatti, sembrerebbe che i professionisti esperti (a differenza dei principianti) risolvano i problemi che gli si presentano non tanto grazie ad un modello di razionalità tecnica (e cioè in base alla rigorosa applicazione del paradigma teorico, che nel nostro esempio sarebbe rappresentato dallo schema procedurale di salvaguardia della vittima), bensì attraverso la c.d. riflessività in azione: secondo cioè una conversazione riflessiva con la situazione in cui ci si trova, tale per cui il *practitioner* sia in grado di modificare la propria comprensione dei fatti e le azioni da intraprendere in risposta al *feedback* che sopraggiunge³⁵.

Le cautele vittimologiche manifestate dalla direttiva, dunque, potrebbero tradursi in un rischioso effetto boomerang per la vittima nel percorso riparativo, qualora, in nome di rigide istanze protezionistiche, passasse l'idea di individuare in misura predeterminata e standardizzata le opportunità di intervento e le modalità operative delle procedure riparative.

In definitiva, più che l'aprioristica proceduralizzazione dei rischi di vittimizzazione (che sembrerebbe appunto in realtà determinare un appesantimento tecnico-burocratico sull'attività del mediatore/facilitatore), sarebbe invece preferibile considerare questi secondo coordinate generali di tipo orientativo, da accertare poi in concreto sulla base di

³² Sugli aspetti problematici esistenti nel processo di *formalizzazione di un giustizia nata sotto la stella dell'informalità*, sin consenta ancora il rinvio a F. PARISI, *La restorative justice in cerca di identità*, cit., 21 ss.

³³ In questo senso, già prima della direttiva, v. V. RUGGIERO, *An abolitionist view of restorative justice*, in *International Journal of Law, Crime and Justice*, 39, 2011, 109.

³⁴ D.A. SCHON, *The reflective Practitioner*, Basic Books, 1983, *passim*.

³⁵ Per un'applicazione del modello di Schon in un ambito scientifico-culturale "per natura" attento alla disamina dei traumi psichici, quale è la psicoanalisi, cfr., nella prospettiva di una visione dialogica dell'*iter* terapeutico, J. SAFRAN, *Psychoanalysis and Psychoanalytic Therapies*, American Psychological Association, 2012, trad. it., *Psicoanalisi e terapie psicodinamiche*, Raffaello Cortina Editore, 2013, 49 ss.

un principio di verificabilità da attuare *in fieri*: partendo dai criteri generali fondati sulle massime di esperienza dell'attività di mediazione, sulle c.d. *best practices*, si dovrebbe cioè poter successivamente valutare se esistano esigenze specifiche, iniziali o sopravvenute durante il percorso riparativo, che richiedano di escludere la fattibilità del procedimento riparativo o di predisporre particolare cautele affinché la vittima possa realmente ottenere benefici dalla partecipazione; e a tal fine, sarebbe viepiù necessario poter esaminare in modo attento quale sia il *feedback* dei protagonisti del percorso riparativo circa la soddisfazione delle loro aspettative. Nulla escluderebbe, dunque, che l'individuazione di orientamenti generali, purché fondati sulle buone prassi, possa costituire una cornice di riferimento per l'operatore, da contestualizzare poi secondo il paradigma della *riflessività in azione* prima menzionato: ciò non equivarrebbe a sterilizzare le capacità umane del mediatore di "sentire" il conflitto e, se possibile, di creare le condizioni affinché questo sia suscettibile di trasformarsi in qualcosa di positivo per le parti; ma, al contrario, consentirebbe di ragionare in modo dinamico su quali possano essere le soluzioni più adeguate a garantire la soddisfazione degli interessi delle parti coinvolte e, in particolare, le aspettative riparative della vittima.

3.1.2. La c.d. soddisfazione della vittima negli schemi dinamici e flessibili

D'altra parte, un modello di cautela così congegnato sembrerebbe porsi in ideale linea di continuità con i risultati delle principali ricerche empiriche sulla c.d. soddisfazione della vittima nei programmi di RJ.

Senza entrare nel dettaglio di tali indagini³⁶, e al netto dei potenziali profili problematici sui metodi utilizzati nella loro realizzazione, se ne possono sinteticamente evidenziare i risultati nel modo seguente. Il grado di appagamento delle proprie aspettative sembrerebbe nel complesso comparativamente maggiore, sia in termini materiali sia in termini psico-emozionali, per le vittime che partecipano ai programmi di RJ rispetto a quelle che non vi prendono parte e seguano, per scelta o per impossibilità di scegliere, il tradizionale *iter* penalistico.

Più specificamente, poi, si è evidenziato che elementi come la gravità del reato non siano di per sé un ostacolo al raggiungimento di vantaggi personali; semmai, essi possono incidere indirettamente, insieme ad ulteriori fattori, come ad esempio l'età della vittima³⁷ oppure uno squilibrio di potere rispetto all'autore di reato, su una particolare difficoltà a determinarsi in modo autonomo durante il procedimento riparativo. In realtà, in questa tipologia di casi problematici, può essere talvolta preferibile escludere del tutto la possibilità di instaurare un procedimento di RJ; altre volte, invece, in base ad un'attenta ponderazione del caso concreto, e attraverso la predisposizione di specifici adattamenti alle procedure di mediazione penale (che ad esempio introducano più sicure modalità di ascolto, il coinvolgimento di ulteriori soggetti durante il procedimento, una verifica attenta delle esigenze che vanno via via emergendo durante il percorso riparativo), sembrerebbe che il percorso riparativo costituisca un meccanismo di rafforzamento della vittima³⁸. Anche in casi di reati gravi che comportino traumi di particolare intensità,

³⁶ Per approfondimenti si rinvia a F. PARISI, *La restorative justice in cerca di identità*, cit., 22 ss.

³⁷ V. T. GAL – S. MOYAL, *Juvenile Victims in Restorative Justice. Findings from Reintegrative Shaming Experiments*, in *British Journal of Criminology*, 2011, vol. 51, 1014-1034.

³⁸ E' ciò che sembrerebbe emergere, ad esempio, dagli adeguamenti introdotti in alcune prassi di mediazione penale (c.d. *Gemischten Doppels*) sperimentate in Austria e in Germania nell'ambito delle

dunque, possono esistere utili spazi di confronto tra vittima e autore, allorché le caratteristiche personali dei soggetti lascino ad esempio presumere realistiche possibilità di correggere eventuali squilibri di potere; allo stesso modo, ma con opposti effetti, sebbene in astratto non vi siano particolari preoccupazioni di effettuare una mediazione tra autore minorenni e vittima adulta in reati di scarso disvalore, potrebbe però sussistere un pericolo di seconda vittimizzazione là dove la vittima divenga di fatto un mero strumento per realizzare il recupero trattamentale del reo e non confidi affatto nell'eventualità di ottenere un qualche beneficio personale durante il percorso riparativo.

Per concludere su questo punto, dunque, la predisposizione di orientamenti cautelativi nei meccanismi di rinvio, che tengano conto di possibili rischi di vittimizzazione durante il percorso di RJ e contemplino, secondo lo studio delle *best practices*, *aggravate prove di resistenza* nella verifica della condizione di fattibilità della mediazione e taluni adattamenti durante il procedimento riparativo, possono costituire un'importante risorsa per l'attuazione della RJ come *victim-centred justice*, purché esse non si traducano in una predeterminazione rigida e aprioristica delle modalità di gestione del conflitto da parte del mediatore/facilitatore.

3.2. Gli obiettivi della RJ a seconda del modello di riferimento

Un'attuazione della RJ come giustizia realmente attenta alle aspettative riparative dei soggetti coinvolti nel reato richiede anche di adottare una prospettiva critica nei confronti dei modelli operativi utilizzati.

Sul piano degli obiettivi che le prassi di RJ si propongono di raggiungere, non mancano alcuni elementi di ambiguità³⁹. Di certo, tali obiettivi dipendono in gran parte dalla prospettiva teorica di riferimento, a seconda cioè che se ne privilegi l'anima deflativo-efficientista, quella abolizionista, umanistica, trattamentale, vittimo-centrica.

Ad ogni modo, la circostanza che negli ultimi documenti normativi menzionati la RJ sia tenuta in considerazione in seno alla più ampia normativa di tutela della vittima impone di attribuire un'attenzione considerevole agli interessi della persona offesa nell'individuazione dei fini dell'attività riparativa. Beninteso, ciò non equivale a sminuire l'importanza che il percorso riparativo possa avere anche per l'autore del reato; dimostrata, se non altro, dagli studi sull'impatto che la RJ sarebbe in grado di avere sulla riduzione del tasso di reiterazione del reato⁴⁰, oltre che dalla circostanza che è ovviamente su tale soggetto che possono più apprezzarsi le ricadute della RJ nel sistema penale (potendone conseguire un'esclusione o un'attenuazione della responsabilità durante la fase procedimentale, o comunque un trattamento favorevole nella fase dell'esecuzione della pena). Serve però a rapportarsi criticamente con alcune delle prassi di mediazione attualmente applicate.

violenze di genere. Sul punto, cfr. F. VASQUEZ PORTOMEÑE, *Vorgehensweisen und Vermittlungsstandards zur Bearbeitung von TOA-Fällen bei häuslicher Gewalt in Deutschland und Österreich. Ein Modell für Europa?* In *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1/2014, 93 ss.

³⁹ A. VON HIRSCH – A. ASWORTH – C. SHEARING, *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A "Making Amends" Model?*, in A. VON HIRSCH – J. ROBERTS – A. BOTTOMS – K. ROACH – M. SCHIFF, *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, 2003.

⁴⁰ Cfr., tra gli altri, J. LATIMER – C. DOWDEN – D. MUISE, *The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis*, in *The Prison Journal*, 2005, 85, 127 ss.; L. W. SHERMAN – H. STRANG, *Restorative Justice: The Evidence*, The Smith Institute, 2007; G. ROBINSON – J. SHAPLAND, *Reducing Recidivism: A task for Restorative Justice?* in *British Journal of Criminology*, 48, 337-358.

Di certo, un'attenta valutazione degli interessi della vittima nei percorsi di RJ dovrebbe spingere a prendere le distanze dai modelli di tipo strettamente negoziale-efficientista. Il c.d. *problem solving model*, che mira ad una rapida definizione conciliativa tra le parti e alla conseguente celebrazione dei notevoli risultati deflativi raggiunti, rischierebbe di condurre al successo di breve durata dell'attività di mediazione, ponendo la vittima di fronte ad un'affrettata scelta sulle decisioni da assumere e sulla decodifica delle sue stesse emozioni ed aspettative, spesso ambivalenti⁴¹, che derivano dal reato. Un siffatto complessivo modo di operare, ovviamente, non sarebbe in alcun modo rispettoso dei parametri individuati dalla direttiva e delle cautele da essa previste.

E' vero però che, per altro verso, anche gli approcci "umanistici" (che ad esempio in Italia costituiscono il principale punto di riferimento per il lavoro dei mediatori penali sulla scia dell'impronta di Jacqueline Morineau⁴²), qualora interpretati in un'accezione forte, potrebbero forse non sempre incontrare le esigenze della vittima: in questo caso, ciò avverrebbe non per una sottovalutazione pragmatico-efficientista delle sue ansie, ma perché il *focus* sembra orientato più sull'esigenza di pacificazione e di trasformazione del conflitto che sulle aspettative personali così come esse sono direttamente rappresentate dalle parti⁴³.

Un esempio potrebbe forse chiarire il significato di quanto sto adesso dicendo. In occasione di un *workshop*⁴⁴ sulla mediazione penale a cui ho avuto modo di partecipare, un mediatore penale belga riportava un caso di mediazione su cui aveva lavorato. X, guidando ad alta velocità e palesemente ubriaco, investe ed uccide Y. In seguito ad un incontro con l'ufficio di mediazione, Z, padre di Y, non manifesta altra volontà se non quella di sfogare le proprie emozioni negative contro X. L'autore del reato accetta liberamente di incontrare, in presenza del terzo mediatore, il padre della vittima, il quale pur nella drammaticità dei fatti riesce a trovare all'esito dell'incontro un certo grado di sollievo. Di fronte alla domanda se in un caso del genere i mediatori presenti avessero scelto di iniziare un percorso di mediazione, la maggioranza rispose negativamente, in quanto non vi erano i presupposti affinché il conflitto potesse trasformarsi in qualcosa di positivo. Ora, non è detto che qualsiasi mediatore formato al c.d. modello umanistico sarebbe comunque giunto alla medesima decisione, e non vi sono di certo raccomandazioni stereotipate da poter suggerire in casi analoghi a questo. Si potrebbe anche pensare che l'ordinamento non possa prestarsi a forme *lato sensu* vendicative o esporre l'autore del reato ad una gogna stigmatizzante. Ad ogni modo, ciò che credo possa costituire uno spunto di riflessione è che l'interesse della vittima ad entrare nella c.d.

⁴¹ v. G. FIANDACA, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in F. PALAZZO – R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze University Press, 2011, 97 ss.

⁴² Cfr. J. MORINEAU, *L'esprit de la Mediation*, Erès, 1998, trad.it., *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000.

⁴³ Per alcuni rilievi critici sull'accoglimento del modello umanistico di mediazione *à la Morineau* utilizzato in Italia, v. A. MESTITZ, *Perché la mediazione penale stenta a decollare?* in *Minori Giustizia*, 3/2007, 121-143. In senso affine, Costantino Visconti rileva come la strada per far uscire la mediazione penale da una "perenne sperimentazione" passi anche per l'accoglimento di un modello di "mediazione *light*", "meno gravato o condizionato da opzioni etico-filosofiche e politico-ideologiche, e più orientato al conseguimento del risultato": C. VISCONTI, *Mediazione penale e giustizia minorile*, cit., 45 ss.

⁴⁴ In particolare, mi riferisco ad un *workshop* tenutosi presso la facoltà di scienze politiche dell'Università di Palermo, in data 29 ottobre 2011, nell'ambito di un corso di alta specializzazione per mediatori penali organizzato dal dipartimento DEMS.

stanza della mediazione possa anche prescindere da ciò che viene definita la “trasformazione del conflitto” o dal fine della pacificazione sociale. Forse, il conflitto a volte va semplicemente accettato senza poterlo trasformare, e ciò non impedisce la possibilità che, pur nella sua immanenza, si aprano spazi utili perché la vittima possa (anche solo utilitaristicamente) ottenere in un contesto sicuro per entrambe le parti una qualche forma di riparazione dal confronto con l’autore del reato.

3.2.1 Tra conflitto e giustizia: una recente questione (non solo) terminologica

In termini di sostanziale affinità con il tema dei modelli applicativi e degli obiettivi riparativi poc’anzi affrontato, mi sembra che si ponga una recente provocazione di Nils Christie sull’uso dell’espressione “*restorative justice*”; e cioè di un autore che, con i suoi precursori studi⁴⁵ di matrice abolizionistica sulla c.d. espropriazione del conflitto da parte delle istituzioni penalistiche ai soggetti in esso coinvolti, ha costituito un importante punto di riferimento per gli studi sulla RJ in Europa. Nel suo recente articolo dal titolo paradigmatico “*Words on words*”⁴⁶, non a caso in apertura dei lavori di una rivista internazionale recentemente lanciata sullo specifico tema della RJ⁴⁷, il criminologo norvegese, infatti, considera l’utilizzo del termine “*restorative justice*” (effettivamente da lui mai proposto) come un’espressione in realtà eccessivamente contigua al sistema penale: ne seguirebbe cioè le stesse logiche dicotomiche e indurrebbe gli operatori a seguire gli stessi (errati) paradigmi di riferimento delle istituzioni penalistiche; ed è forse proprio per questa sua innocua natura, che non contesta *ab origine* il modo di considerare i conflitti tra gli individui, che essa andrebbe riscuotendo un successo crescente. Per utilizzare una terminologia meno fuorviante, dunque, e per distaccarsi realmente dalla *ratio* e dagli inconvenienti sistemici della giustizia penale, sarebbe preferibile concentrarsi sul termine “*conflitto*” ed esplicitare che si “lavora con i conflitti e in organizzazioni che hanno a che fare con i conflitti”.

Nello scritto di Christie è evidente la portata provocatrice della sua proposta; ma credo che, anche in questo caso, essa stia a segnalare la necessità di effettuare una scelta di campo sulla RJ: i) ritenere che questa sia qualcosa di profondamente diverso, magari anche di meglio del sistema penale, un paradigma ad esso incompatibile ed estraneo, che ne contesti alla radice le funzioni, in quanto fondato non sulle nozioni di reato e di pena bensì di quelle di “conflitto” e di “gestione del conflitto”; ii) oppure ritenere, al contrario, che la RJ non sia in realtà inconciliabile con l’attuale sistema penale e con gli obiettivi da questo perseguiti, ma che possa invece contribuire vivacemente ad integrarne le funzioni, in una prospettiva più vicina alle esigenze dei soggetti direttamente interessati dal reato.

3.3. Sistema penale e RJ come paradigmi conciliabili

In realtà, accanto ad un approccio purista alla RJ, esiste ormai un orientamento che ritiene non incommensurabili i due paradigmi, e lo stesso Howard Zehr, che inizialmente aveva prevalentemente affrontato il tema della RJ secondo l’idea di un necessario “cambio di lenti”⁴⁸ nell’osservazione del sistema penale per invertire la rotta della

⁴⁵ N. CHRISTIE, *loc. cit.*

⁴⁶ N. CHRISTIE, *Words on words*, in *Restorative Justice: An International Journal*, 2013, 15 ss.

⁴⁷ V. *supra*, nota n. 19.

⁴⁸ H. ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, 1990.

prospettiva retributiva, in più recenti lavori⁴⁹ sembra invece propendere per una possibile visione integrata tra la dimensione retributiva e quella riparativa.

Eppure, tra le resistenze che tuttora esistono per la diffusione della RJ, oltre alle preoccupazioni vittimo-centriche sopra citate, vi è l'idea che la RJ costituisca di fatto una forma *soft* e privatizzata di giustizia penale e che, in quanto tale, non riesca a garantire non solo le esigenze di retribuzione, ma neanche le funzioni preventive della pena: servendosi della RJ, cioè, l'ordinamento rinuncerebbe all'esigenza di mandare un messaggio chiaro alla collettività sul disvalore di certe condotte, e lo stesso potrebbe dirsi in relazione all'autore del reato, in quanto la ritenuta mitezza del programma riparativo potrebbe ingenerare la convinzione che il proprio comportamento non sia poi così grave, con effetti tanto più indesiderabili quanto più si tratti di reati di medio-alto disvalore penale.

A ben vedere, siffatta prospettiva potrebbe però assumere connotazioni diverse ove invece si considerasse che il percorso di RJ non è esente da elementi di afflittività e di retribuzione, e che la sua applicazione è in realtà dotata anche di potenzialità comunicativo-preventive⁵⁰ proiettabili all'esterno, sia nei confronti della vittima sia della collettività.

Detto in altro modo, sebbene il percorso di RJ non miri direttamente ad infliggere una sofferenza, esso contempla elementi di sofferenza⁵¹, quali la necessità di doversi confrontare con la vittima, di doverne ascoltare i traumi e le aspettative riparative; e d'altra parte, l'accordo riparativo è di per sé gravoso, se si attribuisce un reale peso alle scuse e all'attività esecutiva dell'accordo. Questo tipo di sofferenza, questa forma di gravosità, costituiscono parte integrante e non un mero effetto collaterale del processo riparativo. Certo, potrebbe anche ritenersi che la natura di pena mal si concili con il suo carattere volontario, con la circostanza che l'attività riparativa è auto-imposta dall'*offender* per il suo reato e non viene inoltre direttamente irrogata da un'autorità giurisdizionale. Ma in un senso contrario sembrano spingere le seguenti considerazioni: i) si tratta comunque di una volontà fortemente condizionata dalla presenza incombente della spada di Damocle costituita dalla "pena ordinaria", tanto da indurre a chiedersi se in realtà, sotto questo profilo, non si tratti di una finzione di volontà⁵²; ii) una pena che l'autore accetti di scontare non cessa di essere per ciò solo una pena, a meno di non volersi attenere al pregiudizio penalistico secondo cui la sanzione criminale è necessariamente subita e non agita⁵³; iii) inoltre, la riparazione non è autonomamente determinata dalla vittima o dall'autore, ma è comunque "organizzata" nel suo concreto dispiegarsi da un mediatore, vale a dire da un soggetto autorizzato dalla legge.

In altri termini, se la pena è nella sua essenza "qualcosa di *doloroso* o *gravoso* imposto ad un autore di reato da parte di qualcuno che ha l'autorità per farlo ed è finalizzato a

⁴⁹ ID., *The little book of restorative justice*, Good Books, 2002.

⁵⁰ Si fa soprattutto riferimento alla teoria della pena come atto comunicativo di Antony Duff: v. A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, 2001.

⁵¹ *Ivi*, 96 ss.

⁵² V. GERAETS, *Fictions of Restorative Justice*, in *Criminal Law and Philosophy*, maggio 2014, 1 ss.

⁵³ Cr. M. DONINI, *Il delitto riparato*, in www.penalecontemporaneo.it, maggio 2015, 4. Secondo l'Autore, "appena si supera il *bias* penalistico della sanzione criminale subita e non agita, nulla impedisce di vedere nella riparazione dell'offesa e nella ricostruzione del rapporto con il soggetto passivo addirittura una premessa, una base epistemologica della pena criminale e quindi una modalità per dar corso alla sanzione penale": *ivi*, p. 12. Per più ampie argomentazioni sul punto, ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.

comunicare una censura del comportamento realizzato”⁵⁴, non vi sono motivi per escludere che il percorso di RJ possa essere inteso come un processo *doloroso* o *gravoso* sia nella sua procedura sia nel suo risultato. Attraverso il processo comunicativo, infatti, la mediazione esprime una censura per il comportamento dell’autore (pur se di carattere *reintegrativo* anziché meramente stigmatizzante, secondo la nota prospettiva di Braithwaite della c.d. “*reintegrative shaming*”⁵⁵), al quale retributivamente si cerca di imporre la sofferenza (la riparazione) che merita per il reato; e ciò con l’importante differenza che tale valutazione non viene compiuta dal giudice secondo i parametri commisurativi della pena stabiliti dal legislatore, bensì alla luce delle concrete conseguenze dannose subite dalla vittima.

Dunque, nonostante le differenze che ovviamente esistono tra pena in senso stretto e percorso di RJ, quest’ultimo, una volta emancipatosi dalle sue rappresentazioni eccessivamente mitiganti di “giustizia *soft*”, non va visto come una radicale alternativa alla pena, ma come una forma alternativa di pena⁵⁶. In quest’ottica, la RJ non si ridurrebbe ad una forma di mera privatizzazione del conflitto, mantenendo al contrario la capacità di inviare un messaggio sia deterrente sia orientativo alla collettività. Peraltro, anche sotto il profilo della prevenzione speciale, l’autore di reato è dissuaso dalla reiterazione del comportamento attraverso l’esplicito riconoscimento di quanto realizzato e il conseguente impegno che assume con il programma riparativo; vale a dire, attraverso un atto comunicativo (uno “*sprechakt*”⁵⁷) che è rivolto alla vittima e alla comunità.

3.4. L’esigenza di una scelta chiara e non nevrotica del legislatore

Abbiamo quindi immaginato l’idea di una RJ capace di rapportarsi in modo dinamico con le cautele vittimologiche richieste dalla direttiva sulla protezione della vittima, di districarsi tra i diversi modelli teorico-applicativi alla ricerca dell’effettivo soddisfacimento delle aspettative riparative delle parti coinvolte e di porsi secondo una logica integrativa, anziché sostitutiva, rispetto alla natura e alle funzioni del sistema penale. L’individuazione di questi confini non nasce da una necessità accomodante di trovarle comunque un “posto riservato”, per farla uscire da una dimensione di nicchia o di ineffettività; ma dalla convinzione circa le sue potenzialità di apportare un importante contributo per orientare il sistema penale verso una più attenta considerazione delle specifiche esigenze di chi è direttamente colpito dal reato o che di questo ne è l’autore.

A nulla ciò vale, però, in mancanza di un esplicito atto di riconoscimento della RJ da parte del legislatore, che si caratterizzi per chiarezza e decisione. Non credo⁵⁸ procedano convintamente in questa direzione i recenti interventi normativi sulla messa alla prova

⁵⁴ A. DUFF, *Op cit.*, 97,

⁵⁵ J. BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge University Press, 1989.

⁵⁶ A. DUFF, *Ibidem*.

⁵⁷ Sulle capacità della sentenza penale di fungere da atto comunicativo (*Sprechakt*) tra sistema giuridico e sistema sociale, rivolto dunque non solo alla collettività ma anche alla vittima “concreta”, cfr. R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, Duncker & Humblot, 2009, 64 ss; con particolare riferimento al “contesto comunicativo” nella mediazione penale, *ivi*, 207 ss. Per un’applicazione della teoria dello *sprechakt* nell’ambito di un’analisi sul potenziale ruolo della vittima in una prospettiva specialpreventiva, v. L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Torri del vento, 2012, 89 ss.

⁵⁸ Cfr. invece F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 64; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Cacucci Editore, 2015, 238 ss.

(art. 168 *bis* ss. c.p.)⁵⁹ e sulla tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.)⁶⁰, né tantomeno il recente disegno di legge del governo che propone di introdurre l'art. 162 *ter* c.p. (estinzione del reato per condotta riparatoria)⁶¹: pur ammettendosi nuovi spazi applicativi per eseguire percorsi di RJ in base a tali strumenti normativi, non sembra però che le intenzioni del legislatore siano in realtà quelle di introdurre sotto mentite spoglie una rivoluzione copernicana che si proponga di promuovere la giustizia riparativa o (semplicemente) di individuarne una disciplina minima. Altri e di diverso tipo appaiono gli interessi sottesi alle recenti modifiche normative⁶². Insomma, a meno di pensare che il nostro legislatore sia in preda ad una forma di nevrosi ossessiva, e cioè ad un'irrefrenabile coazione a compiere atti indesiderati, non si capisce perché esso, pur consapevole della direttiva sulla tutela della vittima che definisce cosa debba intendersi per RJ e individua le condizioni necessarie per introdurne le prassi, se davvero desidera aprire il nostro sistema a questa forma di giustizia non debba farlo espressamente, anziché menzionarla *en passant* e sempre in funzione complementare ad altre attività riparatorie, restitutive, risarcitorie e/o ai lavori di pubblica utilità⁶³.

⁵⁹ Sul punto, cfr. D. CERTOSINO, *Ivi*, 207 ss.

⁶⁰ *Ivi*, 254 ss.

⁶¹ DDL C. 2798, recante “modifiche alla normativa penale, sostanziale e processuale, e ordinamentale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena”.

L’art. 1 del DDL prevede di inserire, dopo l’articolo 162-*bis* del codice penale, il seguente articolo 162 *ter* (Estinzione del reato per condotte riparatorie): “nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l’imputato ha riparato, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al comma precedente, l’imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore ad un anno, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso, il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito, imponendo, se necessario, specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso.

Il giudice dichiara l’estinzione del reato, di cui al primo comma, all’esito delle condotte riparatorie”.

Il novero dei reati suscettibili di estinzione per condotta riparativa, peraltro, si estenderebbe anche ad alcune fattispecie procedibili d’ufficio. L’art. 2 del DDL, infatti, introduce altresì l’art. 649 *bis* c.p. (Estinzione del reato per condotte riparatorie), a tenore del quale “si osservano le disposizioni dell’articolo 162-*ter* anche per i seguenti delitti procedibili d’ufficio: a) delitto previsto dall’art. 624 aggravato da una delle circostanze di cui alle lettere 2, 4, 6 e 8-*bis* dell’art.625; b) delitto previsto dall’art. 636; c) delitto previsto dall’art. 638”.

⁶² Sulla logica prevalentemente deflativa della messa alla prova per adulti, v. G. MANNOZZI, *Il legno «storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 781 ss.

⁶³ Il timido richiamo alla mediazione penale, che compare nella lettera c) del comma 4 dell’art. 464 *bis* c.p.p. (laddove si prevede che il programma di trattamento di messa alla prova contempli tra l’altro “le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa”), sembra infatti “evaporare” nel complessivo atteggiamento reocentrico del legislatore: oltre alla circostanza che la concessione della messa alla prova è, tra l’altro, subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità (elemento questo che contribuisce peraltro a rendere la misura poco appetibile nello spazio e nelle logiche dell’intero sistema penale: v. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 670; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013,

In conclusione, un'appendice finale rispetto al richiamo al mito di Sisifo in questo intervento. L'accostamento dei temi della RJ al mito di Sisifo non è una novità. Già Lode Walgrave⁶⁴, per rispondere alla sopra menzionata critica provocatoria di Christie, vi ha infatti rinviato per descrivere come nella sua salita verso l'irraggiungibile cima della montagna, in cui si troverebbe l'ideale di una comunità costituita da cittadini che accettino i conflitti secondo il principio del mutuo rispetto, la RJ possa comunque costituire un elemento capace di avvicinarci alla cima.

Ma ciò che intendo sottolineare in questo scritto è che se il destino di Sisifo è inevitabile non lo era invece in principio la sua condanna. In altri termini, nella diversa prospettiva qui accolta si presuppone che non sia possibile comprendere cosa vi sia in realtà in cima alla montagna. Si tratta invece di scegliere, con un atto di volontà, fra le seguenti opzioni: o condannare la RJ, alla stregua di Sisifo, a perenni salite e inevitabili discese, caricandola del peso congiunto rappresentato dalle prove di resistenza vittimocentrica intese in senso tecnico-burocratico, dall'obiettivo irraggiungibile della trasformazione dei conflitti nella prospettiva di una pacificazione sociale, dalla fuorviante minimizzazione del suo carico di afflittività; oppure, al contrario, vitalizzarne le potenzialità come forma di giustizia vicina alle esigenze degli individui, e ritenere che essa possa fornire un contributo, quando possibile, per umanizzare le sembianze del sistema penale. Nell'idea di RJ qui presentata si sceglie di aderire a questa seconda opzione.

1300 ss.), è infatti significativo che la mediazione si riduca a costituire una porzione (ovviamente eventuale) del "programma di trattamento" dell'imputato redatto d'intesa con l'UEPE.

Per quanto riguarda la recente normativa sulla tenuità del fatto, il D. Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 (che introduce disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera *m*), della legge 28 aprile 2014, n. 67) non fa in alcun modo riferimento a strumenti di giustizia riparativa: non potrebbero escludersi incontri autore-vittima ai sensi del nuovo art. 411, comma 1 *bis* c.p.p., che impone al pubblico ministero di dare avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione per tenuità del fatto; ma la circostanza che il legislatore abbia ragionevolmente deciso di non estromettere la vittima e di aprire una fase interlocutoria con la stessa non può essere letta alla stregua di un'implicita volontà di instaurare in quella sede percorsi di giustizia riparativa.

Anche sul piano dell'esecuzione della pena, assume contorni piuttosto sfumati nell'ottica della giustizia riparativa l'introduzione del nuovo comma 4 *ter* dell'art. 21, L. Ord. Pen. (aggiunto dall'art. 2, comma 1, lett. *a*) del D.L. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 94): nell'ambito della modalità trattamentale del lavoro esterno, si prevede infatti, senza ulteriori riferimenti, che "i detenuti e gli internati possono essere inoltre assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi". Inoltre, sarà necessario comprendere come possa tradursi effettivamente in un'applicazione della RJ il criterio direttivo attualmente contenuto nell'art. 26 lett. *d*) del disegno di legge delega C. 2798 sopra citato, che rivolge al legislatore delegato l'invito ad apportare modifiche all'ordinamento penitenziario mediante la "previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative".

⁶⁴ L. WALGRAVE, *Words on "Words on words"*, in *Restorative Justice: An International Journal*, 1/2013, 77 ss.

VITTIMA E DECRETO PENALE

Emanuela Strina

Sommario: 1. Premessa. – 2. La sentenza 27 febbraio 2015 n. 23 della Corte Costituzionale. – 3. La prospettiva della difesa della vittima. – 4. Le scelte difensive a favore della vittima. – 5. L'illegittimità costituzionale dell'art. 459, comma 1 c.p.p. e la Direttiva 2012/29/UE.

1. Premessa

Questo intervento esprime il punto di vista dell' "avvocato", che è più "dinamico" (o "operativo") rispetto ai precedenti, in quanto proprio di chi assiste e difende la vittima nei casi concreti che si presentano nella vita professionale.

In questa prospettiva, si tratta dunque l'argomento della relazione, che prende spunto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 23 del 2015, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 459, comma 1, c.p.p., «*nella parte in cui, in caso di reati perseguibili a querela, prevede la facoltà del querelante di opporsi alla definizione del procedimento con l'emissione di decreto penale di condanna*».

2. La sentenza 27 febbraio 2015 n. 23 della Corte Costituzionale

La questione era stata posta dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Avezzano con riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione. La Corte l'ha ritenuta fondata facendo una lunga premessa sul procedimento per decreto, che è stato inteso quale «*rito premiale che risponde ad evidenti esigenze deflattive*» fin dalla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in cui esso è definito uno «*strumento privilegiato di definizione anticipata*» del procedimento, tale da consentire «*il maggior risparmio di risorse e la maggiore semplificazione*».

Nella sentenza vengono infatti ricordate quali siano le caratteristiche del procedimento per decreto e i benefici premiali ad esso connessi.

A questo proposito la Corte evidenzia che nella versione originaria, prima della modifica avvenuta nel 1999, il procedimento per decreto era riservato ai soli reati perseguibili d'ufficio, mentre l'art. 37, comma 1, della l. 16 dicembre 1999, n. 479, ha esteso il rito ai reati perseguibili a querela «*se questa è validamente presentata e se il querelante non ha nella stessa dichiarato di opporvisi*». Nella sentenza si sottolinea che, sin dal suo ingresso nell'ordinamento, questa norma è stata oggetto di forti critiche «*per i suoi tratti di assoluta eccentricità*», poiché nel disciplinare altri casi in cui è data facoltà di opposizione¹ il legislatore ha riconosciuto tale facoltà alla persona offesa, e non al querelante.

Gli argomenti richiamati nella lunga premessa introducono quello su cui si incentra la motivazione, e cioè che «*la norma censurata non trova una valida*

¹ La Corte cita l'opposizione all'archiviazione ex art. 409 c.p.p. e l'opposizione alla pronuncia di non doversi procedere per particolare tenuità del fatto ex art. 34, comma 3, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 sulla competenza penale del giudice di pace.

giustificazione né con riferimento alla posizione processuale della persona offesa, né con riguardo a quella del querelante».

Sostiene infatti la Corte che nel processo penale la persona offesa è portatrice di un duplice interesse, quello al risarcimento del danno e quello dell'affermazione della responsabilità penale.

Riferendosi al primo, nella sentenza si sottolinea che *«l'assetto generale del nuovo processo penale è ispirato all'idea di separazione dei giudizi, penale e civile, essendo prevalente, nel disegno del codice, l'esigenza di speditezza e di sollecita definizione dei processi rispetto all'interesse del soggetto danneggiato, nell'ambito del processo penale, di avvalersi del processo medesimo ai fini del riconoscimento delle sue pretese di natura civilistica».*

La Corte cita al riguardo la propria ordinanza 16 aprile 1999 n. 124 emessa in relazione al decreto penale di condanna *ante* riforma, con cui era stata ritenuta infondata la richiesta di un pronunciamento teso a escludere l'ammissibilità del ricorso allo speciale procedimento di cui al Titolo V del Libro VI del codice di procedura penale nel caso in cui la persona offesa dal reato avesse manifestato, prima dell'esercizio dell'azione penale, l'intenzione di costituirsi parte civile.

Nella citata ordinanza, la Corte ribadiva che *«l'eventuale impossibilità per il danneggiato di partecipare al processo penale non incide in modo apprezzabile sul suo diritto di difesa e, ancor prima, sul suo diritto ad agire in giudizio, poiché resta intatta la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno nella sede civile, traendone la conclusione che ogni “separazione dell'azione civile dall'ambito del processo penale non può essere considerata una menomazione o una esclusione del diritto alla tutela giurisdizionale”, essendo affidata al legislatore la scelta della configurazione della tutela medesima, in vista delle esigenze proprie del processo penale».*

Detto ciò, la Corte osserva che la possibilità di esercitare l'azione civile nel processo penale da parte del querelante mediante l'opposizione alla definizione del procedimento con il decreto penale di condanna *«è del tutto incoerente con la mancata previsione di una analoga facoltà di opposizione»* nella disciplina del “patteggiamento”. Ne consegue che la diversità di disciplina tra il procedimento per decreto e quello relativo all'applicazione della pena su richiesta delle parti *«non trova una ragionevole giustificazione nell'interesse alla costituzione di parte civile della persona offesa/querelante».*

Secondo la Corte, la possibilità di opporsi alla definizione del procedimento con decreto non trova adeguata giustificazione neppure in relazione all'interesse della persona offesa all'accertamento della responsabilità penale dell'autore del reato. E ciò perché la persona offesa può partecipare al procedimento penale, anche a prescindere dalla costituzione di parte civile, potendo presentare memorie e indicare elementi di prova in ogni stato e grado del procedimento, con esclusione del giudizio di cassazione (art. 90 c.p.p.).

In conclusione, il querelante, quale persona offesa dal reato, non ha alcun interesse meritevole di tutela che giustifichi la facoltà di opporsi a che si proceda con il rito semplificato, fermo restando che qualora l'imputato proponga opposizione, è rimesso nei pieni poteri della persona offesa per le successive fasi del giudizio.

La Corte considera poi l'ipotesi che il querelante in quanto tale abbia un interesse specifico, distinto da quello della persona offesa dal reato, a che il procedimento non si concluda con il decreto penale di condanna, essendo prevista la possibilità di rimettere

la querela. Ma anche sotto questo aspetto, l'interesse «non è idoneo a fornire una ratio adeguata alla norma censurata che rimane intrinsecamente contraddittoria rispetto alla mancata previsione di una analoga facoltà di opposizione alla definizione del processo mediante l'applicazione della pena su richiesta delle parti e reca una rilevante menomazione al principio di ragionevole durata del processo». Infatti, la «facoltà di opposizione del querelante /.../ determina un ingiustificato allungamento dei tempi del processo e, soprattutto, ostacola la realizzazione dell'effetto deflattivo legato ai riti speciali di tipo premiale che, nelle intenzioni del legislatore, assume una particolare importanza per assicurare il funzionamento del processo 'accusatorio' adottato con la riforma del codice di procedura penale.».

In definitiva, la previsione di cui all'art. 459, comma 1, c.p.p. cagiona una lesione del principio della ragionevole durata del processo, che non è giustificata dalle esigenze di tutela del querelante o della persona offesa, le quali, secondo quanto rilevato nella sentenza in esame, debbono intendersi congruamente garantite.

Secondo la Corte, la facoltà di cui all'art. 459, comma 1, c.p.p. si pone dunque in violazione del canone di ragionevolezza e del principio di ragionevole durata del processo, costituendo un bilanciamento degli interessi in gioco non giustificabile neppure alla luce dell'ampia discrezionalità che la giurisprudenza della stessa Corte ha riconosciuto al legislatore nella conformazione degli istituti processuali.

In conclusione, una volta che la legge n. 479 del 1999 ha ampliato il campo dei reati per i quali è possibile definire il procedimento con il decreto penale di condanna, comprendendo anche i reati perseguibili a querela al dichiarato scopo di favorire sempre più il ricorso ai riti alternativi di tipo premiale, «.../l'attribuzione di una mera facoltà al querelante consistente nell'opposizione alla definizione del procedimento mediante decreto penale di condanna, introduce un evidente elemento di irrazionalità.».

E questo perché:

«a) distingue irragionevolmente la posizione del querelante rispetto a quella della persona offesa dal reato per i reati perseguibili d'ufficio;
b) non corrisponde ad alcun interesse meritevole di tutela del querelante stesso;
c) reca un significativo vulnus all'esigenza di rapida definizione del processo;
d) si pone in contrasto sistematico con le esigenze di deflazione proprie dei riti alternativi premiali; e) è intrinsecamente contraddittoria rispetto alla mancata previsione di una analoga facoltà di opposizione alla definizione del processo mediante l'applicazione della pena su richiesta delle parti, in quanto tale rito speciale può essere una modalità di definizione del giudizio nonostante l'esercizio, da parte del querelante, del suo potere interdittivo.».

3. La prospettiva della difesa della vittima

Sin qui, seppure a grandi linee, si sono espone le argomentazioni sottese alla decisione della Corte, che mira innanzitutto a salvaguardare l'effetto fortemente deflattivo del ricorso ai riti alternativi di tipo premiale.

Quelle stesse argomentazioni offrono tuttavia più di uno spunto di riflessione critica nella prospettiva della difesa della vittima.

Se è vero infatti che l'attuale sistema predilige l'esigenza di sollecita definizione del processo penale rispetto all'interesse del danneggiato di avvalersi del medesimo processo ai fini del riconoscimento delle sue pretese di natura civilistica, è altrettanto

vero che secondo l'art. 75 c.p.p. la persona offesa/danneggiata dal reato può scegliere se esercitare l'azione di risarcimento del danno nel processo penale piuttosto che in quello civile. Ma se questa facoltà è data, ne deriva, o ne dovrebbe derivare, che la scelta riguardo alla sede in cui far valere la pretesa risarcitoria deve, o dovrebbe, poter essere effettuata consapevolmente, cioè dopo che la persona offesa/danneggiata dal reato è stata posta in condizione di conoscere quale sia la sorte del procedimento penale nel cui ambito sono contestate le condotte che hanno causato il danno di cui intende chiedere il ristoro, e quali siano le eventuali scelte di rito alternativo dell'imputato.

Nel procedimento per decreto, però, quanto meno *de jure condito*, non v'è possibilità di scegliere "a ragion veduta" se svolgere l'azione risarcitoria davanti al giudice penale o a quello civile. Perché il nostro ordinamento non contempla la notificazione alla persona offesa del decreto penale di condanna², di cui è previsto soltanto che sia «*data comunicazione al querelante*» (art. 459, comma 4, c.p.p.) senza tuttavia che sia stabilita alcuna verifica al riguardo e tanto meno una sanzione in caso di omissione.

Ciò significa che la «*comunicazione*» del decreto penale (che rappresenta comunque incombente non da poco per il personale di cancelleria), è rimessa all'iniziativa dei singoli magistrati, e non consta, nei fatti, che essa costituisca la prassi.

Ma ancora.

Il decreto di citazione a giudizio emesso a seguito di opposizione a decreto penale non contiene normalmente l'indicazione della persona offesa e nemmeno le viene notificato. La citazione della persona offesa è infatti generalmente rimessa al giudice che esegue il controllo della «*regolare costituzione delle parti*» (artt. 420 e 484 c.p.p. e 143 disp. att. c.p.p.) e che potrà eventualmente sopperire alla mancata notificazione alla persona offesa solo se questa risulti essere stata in precedenza identificata.

Si consideri ora l'ipotesi presa in considerazione dalla Corte Costituzionale, in cui l'imputato avanzi la richiesta di "patteggiamento" e ottenga il consenso del pubblico ministero. In questo caso, è certamente vero che il querelante/persona offesa, anche se costituito parte civile, non ha alcun potere interdittivo del rito e potrà indirizzare la pretesa risarcitoria soltanto nella sede propria; ma è altrettanto vero che lo stesso querelante è stato messo in condizioni di conoscere la scelta di rito effettuata dall'imputato, mediante la notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (art. 419 c.p.p.) o del decreto di citazione diretta a giudizio (art. 552 c.p.p.).

Riflettendo su questo punto, risulta chiaro che la previsione della facoltà per il querelante di opporsi all'emissione del decreto penale (ora censurata dalla Corte) teneva conto dell'interesse che ha la persona offesa dal reato perseguibile a querela in relazione all'esercizio dell'azione penale, in modo da operare consapevolmente la propria scelta circa la sede in cui svolgere l'azione risarcitoria. E si spiegava anche l'innovazione di cui all'art. 37, comma 1, della l. n. 479/1999, considerato che l'interesse del querelante per l'esercizio dell'azione penale è più immediatamente "tangibile" rispetto a quello della persona offesa dal reato perseguibile d'ufficio, che non è sempre (o comunque non è necessariamente) colei che ha presentato o trasmesso la notizia di reato.

La possibilità di scegliere consapevolmente la sede di esercizio dell'azione risarcitoria dava inoltre ragione dell'affermazione ripresa da Corte cost. ordinanza 16 aprile 1999 n. 124, citata nella sentenza n. 23 del 2015 della stessa Corte, secondo la

² L'art. 460, comma 3, c.p.p. non indica infatti la persona offesa fra i destinatari della notifica del decreto penale di condanna.

quale «l'eventuale impossibilità per il danneggiato di partecipare al processo penale non incide in modo apprezzabile sul suo diritto di difesa e, ancor prima, sul suo diritto ad agire in giudizio», poiché infatti «resta intatta la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno nella sede civile /.../».

L'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 23 del 2015 ha indubbiamente privilegiato l'esigenza deflattiva, ma si rivela un'occasione mancata di mettere in luce la posizione che ha nel procedimento per decreto il querelante/persona offesa dal reato perseguibile a querela, rispetto alla possibilità di venire a conoscenza dell'esercizio dell'azione penale, e quindi di scegliere "a ragion veduta" in quale sede promuovere l'azione di risarcimento del danno.

4. Le scelte difensive a favore della vittima

E' indubbio che le vittime di reato risultino penalizzate dalla pronuncia della Corte.

Chi le difende - e quindi prima di tutto l' avvocato - dovrà tenerne conto.

Molto dipenderà indubbiamente da *come* si orienteranno in concreto le procure e i giudici per le indagini preliminari, ma si consideri che poiché non ha sanzione la violazione del termine di sei mesi previsto dallo stesso art. 459, comma 1, c.p.p. per la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, è prevedibile che non saranno molte le esitazioni a utilizzare il decreto penale a fronte della possibilità di definire rapidamente un più elevato numero di procedimenti.

A mero titolo di esempio, si pensi alle vicende che coinvolgono i reati contro il patrimonio (in particolare, truffa e appropriazione indebita), per i quali il difensore della vittima inseriva sistematicamente nella querela la dichiarazione di opposizione a' sensi dell'art. 459, comma 1, c.p.p.: a seguito della pronuncia della Corte potrebbe essere più semplice definire questi procedimenti con l'emissione di un decreto penale, piuttosto che – come frequentemente avviene – con la richiesta di archiviazione «*in considerazione degli interessi meramente civilistici coinvolti*», tenuto conto della facoltà di opposizione di cui all'art. 408, comma 3, c.p.p. e degli incombenti procedurali che ne derivano (provvedimenti del GIP, udienza camerale, notifiche relative).

Non sarà in ogni caso per nulla scontato trovarsi in condizioni di poter scegliere "a ragion veduta" se promuovere l'azione risarcitoria in sede civile o in sede penale, perché sarà prima di tutto più difficile essere tempestivamente informati sull'esercizio dell'azione penale: non essendo destinatari della notifica del decreto penale, si dovrà necessariamente ricorrere alla periodica richiesta di notizie, spesso non aggiornate, sullo "stato del procedimento".

Posto che la sentenza n. 23 della Corte Costituzionale preclude la possibilità di limitarsi a dichiarare l'opposizione a' sensi dell'art. 459, comma 1, c.p.p., si dovrà evidenziare e valorizzare nella querela l'interesse del querelante/persona offesa a conoscere dell'eventuale definizione del procedimento a mezzo di decreto penale di condanna, chiedendo, se del caso, di ricevere la comunicazione di cui all'art. 459, comma 4, c.p.p., tenendo però presente (e di ciò informando il querelante-assistito) che la richiesta potrebbe non avere seguito, giacché *de jure condito* la comunicazione non è prevista come obbligatoria.

Un intervento "minimo" del legislatore sul punto potrebbe consistere nel rendere obbligatoria la notifica del decreto penale alla persona offesa che ne faccia richiesta, sulla

falsariga di quanto previsto all'art. 408, comma 2, c.p.p. in relazione alla richiesta di archiviazione.

Si rilevi poi che il difensore della vittima ha comunque necessità di sapere se il procedimento che si è aperto con la querela giunge a definizione sul piano dell'affermazione della responsabilità penale per gli immediati riflessi che questo ha sul decorso del termine prescrizione dell'azione risarcitoria.

La disposizione dell'art. 2947, comma 3, c.c., stabilisce infatti che *«se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile. Tuttavia, se è intervenuta sentenza irrevocabile nel giudizio penale, il diritto al risarcimento del danno si prescrive nei termini indicati nei primi due commi³, con decorrenza dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile.»*

In conclusione, da un punto di vista pratico-operativo, la decisione della Corte sollecita il difensore della vittima non solo a riporre particolare attenzione nella redazione delle prossime querele, ma anche, se non soprattutto, a considerare nei singoli casi l'opportunità di preferire la sede propria per l'esercizio dell'azione risarcitoria, prescindendo del tutto dalla sorte del procedimento penale conseguente alla proposizione della querela, tenuto conto delle concrete capacità economiche della vittima, degli interessi in gioco, dell'entità di questi ultimi e dell'effettiva possibilità di eseguire l'eventuale pronuncia di condanna. Valutazione, quest'ultima, che implica senza dubbio una maggiore sensibilità tecnico-giuridica e un più largo spettro di competenze per il difensore, di norma non abituato (o non adeguatamente preparato) a effettuarla, anche a causa della ineludibile specializzazione, penalistica o civilistica, dell'attività correntemente svolta.

5. L'illegittimità costituzionale dell'art. 459, comma 1 c.p.p. e la Direttiva 2012/29/UE

Rimane infine da chiedersi quanto la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 459, comma 1, c.p.p. della pronuncia della Corte Costituzionale da cui si è preso spunto, per i profili segnalati in questa relazione, sia compatibile con le previsioni della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, e il cui scopo dichiarato (art. 1, comma 1) è di *«garantire che le vittime /.../ ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali»*.

Il riferimento è, in particolare, agli artt. 6 e 16 della Direttiva.

L'art. 6 è rubricato *«Diritto di ottenere informazioni sul proprio caso»* e prevede che la vittima sia informata fra altro *«dello stato del procedimento»* (comma 2, lett. b): come si concilia tale disposizione con la *«comunicazione»* non obbligatoria del decreto penale di condanna, considerato che, prima della commentata pronuncia, il querelante aveva più possibilità di essere tempestivamente e adeguatamente informato sullo stato del procedimento, avendo facoltà di opporsi alla definizione di esso con l'emissione del decreto?

³ Il primo comma stabilisce che *«Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato.»*; mentre il secondo comma prevede che *«Per il risarcimento del danno prodotto dalla circolazione dei veicoli di ogni specie il diritto si prescrive in due anni.»*

L'art. 16 attiene al diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale: l'interrogativo riguarda in questo caso la concreta possibilità per la vittima di scegliere la sede in cui promuovere l'azione risarcitoria a'sensi dell'art. 75 c.p.p., una volta dichiarata costituzionalmente illegittima la facoltà prima riconosciuta al querelante a' sensi dell'art. 459, comma 1, c.p.p., che, pur a prescindere dal rito con il quale sarebbe poi stato definito il procedimento, garantisce - se non altro - l'informazione riguardante l'esercizio dell'azione penale e dunque la possibilità di scegliere se rivolgersi al giudice penale o a quello civile per spiegare l'azione risarcitoria.



Laboratorio Permanente di Diritto Penale
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)
C.F. 97664840150
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

Di.P.La.P. è un'associazione fondata da un gruppo di studiosi italiani di diritto e procedura penale per aggregare e rispondere alle istanze di rinnovamento e democratizzazione della ricerca e del dibattito penalistici. Valori costitutivi sono l'autonomia e l'indipendenza organizzativa e scientifica, la multidisciplinarietà, l'apertura al mondo extra-accademico e professionale, la solidarietà intergenerazionale.

Il volume raccoglie gli atti del Workshop “*Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*”, organizzato da DiPLaP – Laboratorio permanente di diritto penale e tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza ed Economia dell’Università “Mediterranea” di Reggio Calabria il 22 maggio 2015.

Molte sono le questioni sul tappeto; questioni che i relatori – scelti dal comitato scientifico attraverso una *call for papers* anonima – hanno affrontato in una stimolante prospettiva interdisciplinare, aperta anche al contributo delle indagini criminologiche.

Ne emergono numerosi e interessanti spunti di riflessione, destinati ad arricchire il dibattito in corso su una tematica “in divenire”, tuttora rivolta verso significativi sviluppi.

I curatori

Maria Francesca Cortesi, Associata di Diritto Processuale Penale – Università degli Studi di Cagliari

Emanuele La Rosa, Ricercatore di Diritto Penale – Università “Mediterranea” di Reggio Calabria

Lucia Parlato, Associata di Diritto Processuale Penale – Università degli Studi di Palermo

Nicola Selvaggi, Associato di Diritto Penale – Università “Mediterranea” di Reggio Calabria

Coordinatore

Roberto Flor, Ricercatore di Diritto Penale – Università di Verona