

La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario e Tullio Padovani

Anno xxxiv - 1-2 - 2014

Rivista trimestrale

Direzione: Giovannangelo De Francesco - Alberto Gargani
Domenico Manzione - Enrico Marzaduri - Laura Scomparin

Editoriale

Parte I - Testi sotto obiettivo

A.M. Piotto

Il nuovo delitto di «combustione illecita dei rifiuti» tra emergenze e criticità

C. Amalfitano

La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore

Parte II - Commenti articolo per articolo

D.l. 14.8.2013 n. 93 conv. con modif. dalla l. 15.10.2013 n. 119.

Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province

Commenti di: H. Belluta - A. Cabiale - S. Milone - M. Paoli - D. Perrone

Parte III - Il punto su...

Sofia Milone

In attesa della riforma della diffamazione a mezzo stampa: una riflessione sui limiti e sulle possibilità della tutela penale

La Legislazione Penale

1-2

2014



Jovene editore

LA LEGISLAZIONE PENALE

Fondata da: Mario Chiavario e Tullio Padovani

Diretta da: Giovannangelo De Francesco - Alberto Gargani
Domenico Manzione - Enrico Marzaduri - Laura Scomparin

Direttore responsabile: Serena Quattrocolo

Comitato scientifico: Chiara Amalfitano - Donato Castronuovo - Francesco Cingari
Alberto di Martino - Luciano Eusebi - Benedetta Galgani - Mitja Gialuz
Ciro Grandi - Daniele Negri - Domenico Notaro - Serena Quattrocolo
Stefano Ruggeri - Giandomenico Salcuni - Paola Spagnolo - Antonio Vallini

Redattori: Serena Quattrocolo - Paola Spagnolo

Revisori: Marta Bargis - David Brunelli - Stefano Canestrari - Giberto Lozzi
Francesco Mucciarelli - Guido Neppi Modona - Francesco Palazzo - Marco Pelissero
Domenico Pulitanò - Lucia Risicato - Metello Scaparone - Enzo Zappalà

La collaborazione alla Rivista è di volta in volta richiesta dalla Direzione. Le opinioni espresse nei singoli saggi impegnano esclusivamente la responsabilità dei rispettivi autori. Al fine di garantire ulteriormente il livello scientifico dei contributi, la Direzione di «LP» ha inoltre costituito un Comitato di Revisori, formato da qualificati esponenti della cultura giuridica italiana che, secondo le rispettive competenze, saranno chiamati a fornire in forma anonima le loro valutazioni, secondo una procedura tale da garantire trasparenza di criteri e autonomia di giudizi, sugli scritti di Autori non facenti parte della Direzione, da pubblicare nelle sezioni «Testi sotto obiettivo», «Commenti articolo per articolo», «Il punto su».

Amministrazione e pubblicità

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
website: www.jovene.it email: info@jovene.it

Condizioni di abbonamento: Italia € 182,00 - Estero: € 362,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:

- a) con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- b) a ricezione fattura; c) on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore. I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Registrazione presso il Tribunale di Torino n. 2989 del 30 ottobre 1980.

Finito di stampare nel luglio 2014 - Ink Print Service - Napoli.

INDICE

Editoriale p. 1

TESTI SOTTO OBIETTIVO

Il nuovo delitto di “combustione illecita dei rifiuti” tra emergenze e criticità (d.l. 10.12.2013 n. 136, convertito con modificazioni dalla l. 6.2.2012 n. 6)
di ALESSANDRO MARIA PIOTTO » 3

La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore
di CHIARA AMALFITANO » 21

COMMENTI ARTICOLO PER ARTICOLO

D.l. 14.8.2013 n. 93 conv. con modif. dalla l. 15.10.2013 n. 119. Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province

Art. 1, *Nuovi sviluppi nella lotta alla “violenza domestica”: ipotesi circostanziali e modulazione della pena*
Commento di DARIA PERRONE » 48

Art. 2, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*
Commento di HERVÉ BELLUTA » 68

Art. 3, *L'ammonimento in riferimento ai delitti di percosse e di lesioni lievissime nell'ambito dei fenomeni di violenza domestica*
Commento di DARIA PERRONE » 96

Art. 4, *Interferenze di natura amministrativa*
Commento redazionale » 102

Artt. 5-6, *Omissis* » 105

Art. 7, <i>L'ennesimo intervento di contrasto a forme di criminalità diffusa</i>	
Commento di ANDREA CABIALE e MARIANA PAOLI	p. 106
Art. 7-bis, <i>Verso una prospettiva di disciplina delle squadre investigative comuni?</i>	
Commento di ANDREA CABIALE	» 121
Art. 8, <i>Le nuove aggravanti del furto e della ricettazione fra automatismi punitivi e istanze garantistiche</i>	
Commento di MARIANA PAOLI	» 128
Art. 9, <i>La tutela dell'identità digitale nella nuova circostanza aggravante del delitto di frode informatica</i>	
Commento di SOFIA MILONE	» 133

IL PUNTO SU...

<i>In attesa della riforma della diffamazione a mezzo stampa: una riflessione sui limiti e sulle possibilità della tutela penale</i>	
di SOFIA MILONE	» 143
<i>Elenco collaboratori</i>	» 167

Nell'Editoriale che apriva il n. 4 del 2013, Mario Chiavario e Tullio Padovani, nell'annunciare la decisione di ritirarsi da quello che per oltre un trentennio era stato un ruolo estremamente impegnativo nella gestione di **lp**, precisavano come non intendessero così celebrare un rito di chiusura della rivista, la quale, anzi, lungi dal morire, dopo le scelte operate dalla UTET di non proseguire nella pubblicazione, era pronta a rinascere, senza apprezzabili soluzioni di continuità, presso un altro Editore. E questo è puntualmente avvenuto: grazie alla disponibilità e generosità di una storica casa editrice, in un momento estremamente difficile per le iniziative culturali che non hanno 'santi in Paradiso', **lp** continuerà ad offrire il suo onesto contributo a chi non si accontenta di un approccio sicuramente tempestivo, ma spesso inevitabilmente superficiale, ai tanti temi che affollano la legislazione penale.

La nostra rivista manterrà in buona parte immutata la sua struttura, fortemente caratterizzata sin dai primi numeri dall'attenzione alle novità normative, secondo un'impostazione la cui validità sembra aver trovata piena conferma nella scelta successivamente effettuata da non poche altre riviste giuridiche di proporre analogo prodotto ai lettori. Così pure non mancheranno gli spazi dedicati a riflessioni su problematiche legislative o giurisprudenziali che hanno assunto o sono destinate ad assumere un rilievo particolarmente significativo, riflessioni che potranno essere condotte non solo attraverso contributi di singoli studiosi, ma altresì nell'ambito di un confronto tra più voci, laddove ci si trovi dinanzi a temi che per la loro natura suggeriscono la massima apertura alle opinioni più diverse. Ed in questa prospettiva dovremo sicuramente farci carico di fornire periodici riferimenti alle vicende legislative che interessano gli ordinamenti a noi vicini, per assicurare elementi ormai indispensabili per fornire un'analisi adeguata della realtà giuridica italiana.

Obiettivi importanti sono quelli che ci proponiamo. Non mancherà il nostro impegno, un impegno, peraltro, che vedrà la Direzione assistita e consigliata da un Comitato scientifico formato da studiosi con esperienze e competenze eterogenee, in rappresentanza di diverse realtà accademiche e scientifiche; e ciò costituirà sicuramente un fattore che consentirà ad **lp** di crescere ulteriormente. Ma soprattutto non verrà meno l'apporto sempre fondamentale di Mario Chiavario e Tullio Padovani, fondatori della Rivista, nostri Maestri nel diritto e nella vita, a cui noi non possiamo non rivolgere un ringraziamento per quanto sono riusciti a darci, senza nulla chiederci.

La Direzione

**Il nuovo delitto di “*combustione illecita di rifiuti*”
tra emergenze e criticità (d.l. 10.12.2013 n. 136,
convertito con modificazioni dalla l. 6.2.2012 n. 6)**

Analisi di ALESSANDRO MARIA PIOTTO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2 (*Segue*) Breve esposizione dei punti salienti del d.l. – 3. (*Segue*) Il comma 1, primo periodo dell’art. 256-*bis* T.U.A. – 4. (*Segue*) Il comma 1, secondo periodo dell’art. 256-*bis* T.U.A. Rifiuti pericolosi: titolo autonomo di reato o circostanza aggravante? – 5. (*Segue*) Gli obblighi di ripristino dello stato dei luoghi ed il risarcimento del danno ambientale. – 6. Il comma 2 dell’art. 256-*bis* T.U.A. tra tentativo e dolo specifico. – 7. (*Segue*) L’aggravante dell’attività di impresa o dell’attività organizzata. – 8. (*Segue*) La responsabilità per omessa vigilanza e le sanzioni del d.lgs. 8. giugno 2001, n. 231. – 9. (*Segue*) L’aggravante dell’aver commesso il fatto in territori interessati dalla dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi della l. 24 febbraio 1992, n. 225. – 10. Le confische obbligatorie di cui all’art. 256-*bis*, comma 5. – 11. L’estensione della sanzione amministrativa di cui all’art. 255 T.U.A. per i rifiuti non pericolosi. – 12. Conclusioni: bene giuridico tutelato e tecnica normativa impiegata.

1. Il d.l. 10.12.2013 n. 136 («*Disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali e industriali ed a favorire lo sviluppo delle aree interessate*»), convertito – con modificazioni – dalla l. 6.2.2014 n. 6¹ è intervenuto per fronteggiare una delle più gravi emergenze ambientali italiane, vale a dire quelle della c.d. «*Terra dei Fuochi*». Si tratta di un’area, individuata tra le province di Napoli e Caserta, tristemente nota per i roghi dovuti allo sversamento illegale di rifiuti, spesso peraltro tossici e pericolosi, da parte della criminalità organizzata locale. Non è un caso che l’espressione sia stata usata per la prima volta nell’ambito del «*Rapporto Ecomafia*» di Legambiente del 2003² e che sia oggi evocativa di un luogo nel quale si susseguono drammatici problemi legati, oltre che all’inquinamento del suolo, anche alla contaminazione alimentare ed alla diffusione di tumori dovuti alle sostanze tossiche – in particolare la diossina – rilasciate dai rifiuti sversati e bruciati.

¹ Il d.l. è stato pubblicato sulla G.U. 10.12.2013, n. 289. La l. 6.2.2014, recante: «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 dicembre 2013, n. 136, recante disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali e industriali ed a favorire lo sviluppo delle aree interessate*», è stata pubblicata sulla G.U. 8.2.2014, n. 32.

² Legambiente, *Rapporto ecomafia 2003*, 2003.

2. (*Segue*). Le aree di intervento del decreto sono sostanzialmente quattro³: in primo luogo, si prevede (art. 1) una mappatura dei terreni agricoli della Campania, al fine di individuare i siti nei quali sono scaricati rifiuti tossici e quelli che necessitano di essere sottoposti a processi di bonifica ambientale, da effettuarsi di concerto tra il Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura, l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (Ispra), l'Istituto superiore di sanità e l'Agenzia regionale per la protezione ambientale in Campania (Arpa Campania), d'intesa con la Regione Campania. In tale modo si potranno auspicabilmente individuare quali terreni siano destinabili a coltivazione e quali no, così da arginare il problema della contaminazione alimentare. Di particolare interesse è la previsione che impone ai proprietari o ai titolari di diritti reali sui terreni di consentire l'accesso per lo svolgimento delle indagini, pena l'interdizione dall'accesso a finanziamenti pubblici o incentivi di qualsiasi natura per le attività condotte sui terreni per tre anni. In secondo luogo viene costituito un Comitato Interministeriale ed una Commissione (art. 2) con il compito di individuare le azioni e gli interventi di monitoraggio e tutela da realizzare nella Regione Campania. In particolare, la Commissione avrà l'obiettivo di snellire e accelerare le procedure per l'effettuazione degli interventi di bonifica sui territori, facendo ricorso anche allo strumento del Contratto Istituzionale di sviluppo di cui all'articolo 6 del d.lgs. 31 maggio 2011, n. 88, al fine di garantire la qualità della spesa pubblica. Inoltre, è prevista la possibilità di finanziare tali operazioni anche mediante l'utilizzo del Piano operativo regionale Campania 2007-2013, del Piano di Azione e Coesione, ed attraverso misure da adottare nella programmazione dei fondi europei e nazionali a valere sulla programmazione 2014-2020. In aggiunta, vengono stanziati 25 milioni per il 2014 ed altrettanti per il 2015 per effettuare uno screening sanitario gratuito, su proposta dell'Istituto Superiore di Sanità, nelle regioni Puglia e Campania. In terzo luogo, viene introdotto il delitto di «*combustione illecita di rifiuti*» (art. 3), nell'ambito delle fattispecie penali dedicate ai rifiuti nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Testo Unico dell'Ambiente, di seguito T.U.A.). In quarto luogo, viene modificato l'art. 129 NAttCpp, in materia di informazioni sull'azione penale da parte del P.M. (art. 4) prevedendo che le stesse debbano essere fornite al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ed alla regione di competenza con riferimento a fattispecie di reato i cui fatti comportino delle conseguenze pregiudizievoli sull'ambiente, sulla salute e sulla qualità dei prodotti agroalimentari, al fine di favorire un corretto raccordo tra l'Autorità giudiziaria e le amministrazioni competenti ad adottare i provvedimenti ritenuti opportuni e

³ Per un generico commento al decreto legge si vedano le riflessioni di A. Pierobon, *Il d.l. sulla Terra dei fuochi e l'ILVA*, in www.lexambiente.it, (sezione «rifiuti»), nonché il Comunicato n. 39 del Consiglio dei Ministri del 3.12.2013. Con riferimento anche alla Legge di conversione si veda il lavoro di A. Scarcella, *Campania sì, Campania no, la terra dei fuochi...: dal decreto alla legge di conversione*, in *Ambiente e Sviluppo*, 257 ss.

necessari. In quinto ed ultimo luogo, si interviene sul noto caso I.L.V.A. (art. 8), stabilendo che il commissario straordinario possa aumentare il capitale sociale per operare un adeguamento ambientale e applicare l'autorizzazione integrata ambientale, introducendo una speciale procedura di autorizzazione.

3. (*Segue*). L'art. 3 del d.l. interviene sul T.U. in materia di ambiente, introducendo l'art. 256-bis, rubricato «*combustione illecita di rifiuti*». Si tratta di una disposizione che ingloba ben tre fattispecie criminose nei primi due commi. La prima di queste recita: «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque appicca il fuoco a rifiuti abbandonati ovvero depositati in maniera incontrollata è punito con la reclusione da due a cinque anni*». Tale formulazione ha suscitato in dottrina alcune critiche⁴, dal momento che la condotta descritta rientrerebbe già nel più grave reato di incendio, punito con la reclusione da tre a sette anni, o nella l. 30 dicembre 2008, n. 210⁵ che punisce, con la reclusione fino a tre anni e sei mesi, la condotta di chi «*nei territori in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti dichiarato ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (...) incendia rifiuti pericolosi, speciali ovvero rifiuti ingombranti e non (...)*». Del resto, a parere di questi Autori, la clausola di riserva che precede la descrizione della condotta starebbe proprio a significare che il legislatore è ben conscio del fatto che l'incendio di rifiuti possa essere punito anche più gravemente rispetto a quanto previsto dall'art. 256-bis co. 1 T.U.A.

Tale tesi non pare convincente, per due ordini di ragioni: intanto, la disposizione in commento parla espressamente di «*appicare il fuoco*» e non di «*incendiare*», e la differenza è meno sottile di quel si potrebbe immaginare, soprattutto alla luce di quanto affermato in giurisprudenza, laddove si legge che il reato di incendio di cui all'art. 423 Cp è integrato «*solo quando il fuoco divampi irrefrenabilmente, in vaste proporzioni, con fiamme divoratrici che si propaghino con potenza distruttrice, così da porre in pericolo l'incolumità di un numero indeterminato di persone*»⁶. Dunque, si deve trattare di incendi di notevole entità, restando così esclusa la mera accensione del fuoco. Analoga considerazione deve essere fatta per il delitto individuato dalla citata l. 30 dicembre 2008, n. 210, nel quale si utilizza l'espressione «*incendia*»; in secondo luogo, bisogna sottolineare come l'aver scelto di incriminare condotte che non sfocino in un vero e proprio incendio, ed a prescindere dalla pericolosità dei rifiuti, configuri una concreta applicazione del principio di precau-

⁴ Su tutti G. Amendola, *Viva viva la terra dei fuochi*, in www.lexambiente.it, V. Paone, *Bruciare i rifiuti è reato, ma sulla carta!*, in www.lexambiente.it, A.L. Vergine, *Tanto tuonò...che piovve! A proposito dell'art. 3, d.l. n. 136/2013*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 1/2014, 7 ss.

⁵ L. 30 dicembre 2008, n. 210: «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 novembre 2008, n. 172, recante misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale*» pubblicata G.U. del 3.1.2009, n. 2.

⁶ Cass., 29.10.2008, n. 43126, Rv. 242459.

zione, di cui all'art. 174, par. 2 del Trattato sull'Unione Europea, finalizzato a prevenire danni anche solo potenziali che possano essere provocati da attività ritenute lesive per l'ambiente, in mancanza di conoscenze specifiche certe⁷. Si impongono, a questo punto, due brevi considerazioni: da un lato, risulta di particolare interesse il parallelismo con l'art. 424 Cp, «danneggiamento seguito da incendio» nel quale, se è vero che si utilizza la dicitura «*appicca del fuoco*» – così sottintendendo la stessa esigenza di anticipazione della soglia di rilevanza penale del fatto propria della combustione illecita – è altrettanto vero che è necessario accertare che dalla condotta scaturisca il pericolo di un incendio, ciò che manca nel delitto di cui all'art. 256-bis co. 1. T.U.A.⁸. Si tratta, dunque, di una tipica ipotesi di fattispecie di pericolo presunto, nella quale la pericolosità è ritenuta dal legislatore immanente la condotta stessa⁹; dall'altro, sarebbe stato probabilmente più coerente con il principio di offensività introdurre delle soglie quantitative di rilevanza penale del fatto, così rispettando maggiormente il canone di proporzionalità che impone di adeguare quanto più possibile la risposta sanzionatoria alla condotta posta in essere dal reo¹⁰.

Quanto al contenuto del delitto, va detto che la condotta è descritta in modo assai dettagliato imponendo così, in sede applicativa, un'indagine seria in ordine al nesso di causalità tra il comportamento dell'agente e la combustione dei rifiuti, ma anche – trattandosi di delitto esclusivamente doloso – in ordine alla volontà dell'autore di cagionare la combustione ed alla consapevolezza della illiceità della stessa, nonché del fatto che quei rifiuti fossero abbandonati o depositati in maniera incontrollata. La legge di conversione ha soppresso il riferimento alle «*aree non autorizzate*» contenuto nel decreto legge e questo al fine di consentire che la fattispecie di combustione illecita sia applicabile a qualsivoglia tipologia di rogo di rifiuti depositati in qualunque area. Come si è rilevato, questa modifica non può che suscitare delle perplessità, dal momento che non è chiaro come il rifiuto che giaccia in un'area

⁷ A. Di Tullio De Lisiis, *Il delitto di combustione illecita di rifiuti*, in www.lexambiente.it. Relativamente al principio di precauzione nel diritto penale si veda G. Forti, *Principio di precauzione e diritto penale*, in *Criminalia*, 2006, 156 ss., F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 231. Per un inquadramento del principio di precauzione dal punto di vista amministrativo si rinvia a C. Prevede, *Verso un uso più consapevole della tutela pre-cautelare?* (Nota a CDS n. 6250/2013), in *Ambiente e Sviluppo*, 3, 2014.

⁸ Per approfondimenti sul rapporto tra le due fattispecie si rinvia a A. Alberico, *Il nuovo reato di "combustione illecita di rifiuti"*, in www.penalecontemporaneo.it, 8. Si veda anche la relazione n. III/04/2013 del 18 dicembre 2013 della Suprema Corte di Cassazione - Ufficio del Massimario, nella quale si mette a confronto il nuovo delitto con l'art. 424 Cp Il testo è disponibile su www.lexambiente.it.

⁹ Per approfondimenti sui vari tipi di pericolo si rinvia a G. De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino 2008, 58 ss.

¹⁰ Insistono su questo punto sia A. Alberico, *op. cit.*, p. 10, A.L. Vergine, *Il delitto di combustione illecita di rifiuti ex art. 256-bis T.U.A., introdotto dal d.l. n. 136/2013: commento a prima lettura a vale della Legge di conversione*, in www.giuristiambientali.it, 1.

autorizzata possa essere contemporaneamente depositato in maniera incontrollata. Inoltre, ulteriori perplessità sorgono proprio in ordine al concetto di «controllo», posto che esso potrebbe essere riferito tanto al sito di deposito in sé, tanto alle modalità con le quali il deposito avviene¹¹.

Quanto al rifiuto, questo si atteggia ad elemento normativo della fattispecie. La definizione è contenuta nell'art. 183 co. 1. lett. a del T.U.A.: «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'obbligo di disfarsi». In effetti, che l'agente debba essere consapevole della qualità di rifiuto dell'oggetto che si accinge a bruciare è cosa ovvia, ma assume decisamente maggiore rilevanza per quanto concerne il successivo riferimento ai rifiuti pericolosi.

4. (*Segue*). Il secondo periodo dell'art. 256-*bis* co. 1 T.U.A. prevede un aggravamento della sanzione (reclusione da tre a sei anni) se la condotta ha ad oggetto dei rifiuti pericolosi.

In dottrina ci si è subito interrogati in ordine alla natura circostanziale o autonoma della previsione. Una parte della dottrina¹² ha sostenuto che trattasi di circostanza aggravante, dal momento che in sede di conversione del decreto legge sono stati modificati i commi terzo, quarto e quinto dell'art. 256-*bis* T.U.A. che prima contenevano formulazioni al plurale, quali «delitti», «fatti» e «reati di cui al comma 1». A seguito delle modifiche, invece, tali espressioni sono state trasformate al singolare, così lasciando intendere che il comma primo contenga un'unica fattispecie di reato e che, pertanto, la pericolosità dei rifiuti debba rilevare solamente in qualità di circostanza aggravante. Tale argomentazione, tuttavia, non pare dirimente, posto che altri sono i criteri cui fare riferimento per valutare se ci si trovi di fronte ad una circostanza aggravante o ad un titolo autonomo di reato. Com'è noto, infatti¹³, *condicio sine qua non* per distinguere le due ipotesi è quella di verificare se tra loro intercorra o meno un rapporto di specialità. Ebbene, dalla lettura dell'art. 256-*bis* co. 1, secondo periodo T.U.A., si evince chiaramente che, al di là della specificazione in ordine all'oggetto materiale del reato, manca qualsiasi riferimento alla collocazione del rifiuto come descritta dalla fattispecie analizzata in precedenza né a questa vi è una qualche forma di rinvio. Inoltre, nemmeno sono ravvisabili espressioni quali «la pena è aumentata» o simili che giustifichino il carattere aggravatore della previsione ed in più vi è una ridefinizione della cornice edittale che, sebbene da sola non sia decisiva per escludere il fatto che si tratti di circostanza, lo diviene se combinata con tutti gli altri elementi evidenziati. Depongono in tal senso due ulteriori considerazioni: in primo luogo, scorrendo i commi successivi dell'art. 256-*bis* T.U.A., si può veri-

¹¹ A. Alberico, *op. cit.*, 11.

¹² A.L. Vergine, *Il delitto di combustione*, cit., 1.

¹³ Si veda, ad esempio, il contributo di F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni Unite sui criteri di distinzione*, in RIDPP 2011, 1564 ss.

ficare come il legislatore abbia contemplato alcune circostanze aggravanti e questo emerge con chiarezza dalla lettera della legge; pertanto, anche la combustione illecita avente ad oggetto rifiuti pericolosi avrebbe potuto essere qualificata come circostanza aggravante esattamente come le previsioni che seguono; in secondo luogo, nella materia del diritto penale ambientale, vi è un consolidato orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte con riferimento agli articoli 256 e 257 del T.U.A. che ritiene sempre autonome le fattispecie che diversificano la pena in ragione della pericolosità dei rifiuti¹⁴.

Con riguardo, poi, alla specialità dell'oggetto materiale, questa è determinata a livello normativo dall'art. 184 co. 4 T.U.A. che rinvia all'allegato I ivi contenuto, a sua volta determinato dalla Decisione CE 3 maggio 2000, n. 532. Ciò che più rileva è che, non essendo prevista la forma colposa di tale delitto, l'accertamento giudiziale in ordine all'elemento del dolo dovrà estendersi, ovviamente, anche alla qualità di rifiuto pericoloso. Servirà, dunque, la prova che l'imputato fosse consapevole della pericolosità del rifiuto, se no si dovrà applicare l'ipotesi di combustione avente ad oggetto rifiuti ordinari. La difficoltà principale riguarda il fatto che, di regola, la riconoscibilità della pericolosità di un rifiuto dipende da competenze tecniche che l'autore della combustione difficilmente può possedere e, pertanto, a meno di non voler riconoscere una sorta di "*interpretatio abrogans*" della disposizione, sarà necessario che il giudice valuti in maniera scrupolosa gli elementi di fatto a sua disposizione, in base ai quali concludere che la pericolosità del rifiuto era riconoscibile e, di conseguenza, l'autore della combustione ne fosse consapevole.

5. (*Segue*). La legge di conversione, sempre nell'ambito dell'art. 256-bis co. 1 T.U.A., ha aggiunto un terzo periodo, per il quale il responsabile della combustione illecita è tenuto al ripristino dello stato dei luoghi, al risarcimento del danno ambientale ed al pagamento delle spese per la bonifica.

Si tratta di disposizioni non nuove nel panorama del diritto penale ambientale e che consentono di rendere realmente effettiva la sanzione, eliminando le conseguenze dannose o pericolose della condotta tenuta e risarcendo il danno provocato¹⁵.

Tuttavia, a differenza che in altre ipotesi (su tutte, il delitto di cui al successivo articolo 260 T.U.A., «*Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti*»), in questo caso sorgono alcune perplessità, legate alla non chiara formulazione legislativa. Al di là dell'utilizzo del termine «*respon-*

¹⁴ In dottrina, si veda A. Corbo, *Decreto "Terra dei fuochi" - Corte Suprema di cassazione - Ufficio del massimario, Relazione n. III/04/2013 del 18 dicembre 2013*, C. Ruga Riva, *op. cit.*, A. Alberico, *op. cit.*, 11 ss. In giurisprudenza, con riferimento all'ultima – citata – interpretazione, si segnalano Cass., 28.9.2011, n. 42394, rv. 251425 o Cass., 14.3.2007, n. 26479, rv. 237133.

¹⁵ Per approfondimenti C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino 2011, 23 s.

sabile» in luogo di quello di «condannato» (questione non così irrilevante, posto che un obbligo ripristinatorio non può che seguire, necessariamente, un accertamento in ordine alla responsabilità penale per la condotta tenuta), ciò che più stupisce è l'espressione «è tenuto», che sembrerebbe significare che, almeno inizialmente, il condannato debba attivarsi spontaneamente e non possa esservi un ordine del giudice contenuto nella sentenza¹⁶. Se così fosse, come si è acutamente osservato, muterebbe anche la natura di tale istituto, poiché non si dovrebbe parlare di vere e proprie sanzioni, ma solamente di obblighi di legge, eventualmente sanzionabili in caso di inadempimento¹⁷. Del resto, il fatto che il pagamento delle spese di bonifica sia prescritto «anche in via di regresso» lascia presupporre che il titolare dell'obbligo non si sia attivato e su di lui si possa rivalere in un secondo momento chi materialmente provvede alla spesa *de qua*.

Stando così le cose, sembrerebbe doversi concludere che si tratti di una disposizione senza sanzione che necessita, a tale scopo, di altre norme che intervengano laddove l'obbligato in via primaria sia risultato inadempiente. Che si tratti o meno di una svista del legislatore è difficile dirlo, ma sarebbe stato sufficiente mutuare, anche ai fini di considerare la possibilità di concedere la sospensione condizionale, la formulazione del già citato articolo 260 T.U.A., a norma del quale «*Il giudice, con la sentenza di condanna o con quella emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., ordina il ripristino dello stato dell'ambiente e può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione del danno o del pericolo per l'ambiente*».

6. Il comma 2 dell'articolo in commento prevede che: «*le stesse pene si applicano a colui che tiene le condotte di cui all'articolo 255, comma 1, e le condotte di reato di cui agli articoli 256 e 259 in funzione della successiva combustione illecita di rifiuti*». Intanto, il rinvio operato dalla disposizione è a tre fattispecie previste dal T.U.A. ed in particolare all'illecito amministrativo dell'abbandono o deposito di rifiuti (art. 255) ed alle contravvenzioni di gestione illecita di rifiuti (art. 256) e di traffico illecito di rifiuti (art. 259); queste ultime, peraltro, sono state aggiunte in sede di conversione, posto che il decreto legge prevedeva solamente il riferimento all'art. 255 T.U.A. Tutto ruota all'interpretazione dell'espressione «*in funzione della successiva combustione illecita di rifiuti*». Come rilevato in dottrina¹⁸, potrebbero darsi due diverse soluzioni: secondo una prima, bisognerebbe ritenere che le condotte descritte dai tre articoli cui è fatto rinvio tipizzano un tentativo di reato *ex art.* 56 Cp. In pratica, sulla base di un giudizio c.d. «*di prognosi postuma*», il legislatore avrebbe individuato quelle tre fattispecie come idonee *ex ante* a cagionare una combustione illecita di rifiuti. Secondo una seconda, invece, la dicitura «*in funzione*» farebbe riferimento ad un dolo specifico, ed an-

¹⁶ A. Alberico, *op. cit.*, 13, A.L. Vergine, *Il delitto di combustione illecita*, cit., 2.

¹⁷ A. Alberico, *op. cit.*, 14.

¹⁸ A. Alberico, *op. cit.*, 19 ss., A.L. Vergine, *Tanto tuonò...che piovve*, cit., 9.

drebbe letta come se dicesse «*al fine di*», cosicché diverrebbe un elemento costitutivo del reato, come tale da accertare in sede applicativa già nel momento oggettivo della tipicità dell'illecito penale. Entrambe le posizioni presentano non poche difficoltà: quanto all'interpretazione oggettivistica che fa leva sul tentativo, va sottolineato come il rinvio agli artt. 255, 256 e 259 T.U.A. sembri anticipare la soglia di rilevanza penale ancor prima del compimento di quegli «*atti idonei diretti in modo non equivoco*» descritti dall'art. 56 Cp. Del resto, già di per sé l'art. 259-*bis* co. 1 T.U.A. ammetterebbe la forma tentata ed a ciò non osterebbe il fatto che il reato sia di pericolo presunto, posto che autorevole dottrina ha chiarito che, a differenza dei reati di pericolo concreto (nei quali, facendo difetto un referente naturalistico di base, l'ammissione del tentativo comporterebbe la punibilità di atti meramente preparatori non *attualmente* pericolosi) i reati di pericolo presunto, tipizzando un determinato tipo di evento, assicurano la determinatezza dell'evento futuro verso cui orientare la verifica dell'idoneità ed univocità della condotta e questo rende configurabile anche la forma tentata¹⁹. Nel caso delle condotte individuate dagli artt. 255, 256 e 259 T.U.A., invece, la funzionalizzazione rispetto alla combustione illecita di rifiuti andrebbe individuata sulla base di un mero sintomo o segnale, o persino desiderio, ben al di fuori dell'oggettiva idoneità degli atti, con il conseguente passaggio da un diritto penale del fatto ad un diritto penale dell'intenzione.

Anche l'interpretazione che fa riferimento al dolo specifico, tuttavia, come rilevato dalla stessa dottrina²⁰ che lo ravvisa, presenta vari problemi. Infatti, come noto, il dolo specifico realizza, alternativamente, tre scopi diversi: l'attuazione di un diritto penale anticipato, la predisposizione di limiti più rigorosi alla rilevanza penale di determinate condotte, l'introduzione di un trattamento penale differenziato rispetto a fattispecie che siano prive di tale elemento soggettivo. Nel caso dell'art. 256-*bis* co. 2 T.U.A. verrebbe in considerazione la terza delle funzioni sopra elencate. Infatti, il dolo specifico finirebbe per introdurre un trattamento penale differenziato con riferimento agli artt. 255, 256 e 259 T.U.A. rispetto a chi commetta i medesimi reati senza il fine di procedere alla successiva combustione di rifiuti.

Qui si annida il vero problema: infatti, in dottrina si è sottolineato come questa forma di dolo specifico sia ammissibile solo laddove tra le varie ipotesi di reato sussista un divario sanzionatorio idoneo a rispecchiare il collegamento tra la fattispecie base e la portata e le caratteristiche dello scopo ulteriore costitutivo del dolo specifico, evitando che quest'ultimo divenga fondante della tutela predisposta dalla relativa fattispecie²¹. In effetti, nel caso qui in esame, accade esattamente questo in quanto il dolo specifico, nel caso degli artt. 256 e 259 T.U.A. muta la spe-

¹⁹ Si veda A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale*, Milano 2008, 130 ss., T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2008, 276 ss.

²⁰ A. Alberico, *op. cit.*, 20.

²¹ G. De Francesco, *op. cit.*, 414.

cie di pena, poiché dalle sanzioni contravvenzionali previste nei due citati articoli si passa alle medesime pene previste per il delitto di cui all'art. 259-*bis* co. 1, con un divario veramente eccessivo (nel caso dell'art. 256 T.U.A. si passa, per i rifiuti non pericolosi, dalla pena dell'arresto da tre mesi ad un anno e dell'ammenda da 2600 euro a 26000 euro alla pena della reclusione da due a cinque anni e nel caso dell'art. 259 T.U.A. si passa dall'arresto fino a due anni ed ammenda da 1550 euro a 26000 euro alla reclusione da due a cinque anni); nel caso, poi, dell'art. 255 T.U.A., addirittura, si assegna al dolo specifico una funzione fondante la responsabilità penale, atteso che un illecito amministrativo, punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 105 a 620 euro verrebbe, incredibilmente, punita con la reclusione da due a cinque anni. Si tratta, evidentemente, del trionfo di un diritto penale dell'atteggiamento interiore, come tale «*intriso di soggettivismo e di repressione del tipo di autore, in forte sospetto di incostituzionalità, paventandosi un contrasto con gli artt. 3 e 27, commi 1 e 3 della Costituzione*»²².

7. (*Segue*). Il comma 3 dell'art. 256-*bis* T.U.A. prevede una circostanza aggravante per il caso in cui la combustione illecita di rifiuti avvenga «*nell'ambito di una attività di impresa o comunque di un'attività organizzata*». Intanto, non può non osservarsi come la disposizione sia decisamente vaga e confermi il fatto che l'intero intervento legislativo, pur mosso da esigenze di indubbia rilevanza ed emergenza, non si segnali per la chiarezza e la determinatezza necessarie alla redazione di una fattispecie penale²³.

Quanto al contenuto, possono darsi due diverse interpretazioni: da una parte si potrebbe sostenere che l'aggravante in parola si applichi ad imprese che, al momento di smaltire i rifiuti, commettano il reato di combustione illecita; dall'altra, però, il fatto che compaia la locuzione «*nell'ambito*» può far pensare che il riferimento sia ad una vera e propria attività organizzata illecita che offra come "servizio" quello dell'illecito smaltimento dei rifiuti. Se così è, allora, come è stato sottolineato in dottrina, bisognerebbe scindere l'ipotesi in cui ci si trovi di fronte ad una impresa che ordinariamente smaltisce i rifiuti mediante combustione, da quella in cui vi sia una attività organizzata che potrebbe implicare un concorso di reati nello smaltimento illecito, nel quale la combustione sarebbe solamente la conclusione di un ciclo illecito di gestione dei rifiuti da smaltire²⁴.

Nel primo caso, pur ponendosi astrattamente la problematica del rapporto tra l'aggravante in commento e la fattispecie di cui agli artt. 256 co. 1 e 2 T.U.A. non vi sarebbero problemi a ritenere applicabile l'art. 256-*bis* co. 3 T.U.A., in quanto disposizione speciale rispetto all'art. 256 co. 1 e 2 T.U.A., che parlano genericamente di "smaltimento", stante

²² A. Alberico, *op. cit.*, 21.

²³ A.L. Vergine, *Tanto tuonò...che piove*, cit., 9.

²⁴ A. Alberico, *op. cit.*, 24.

il riferimento ad una particolare tecnica di smaltimento, quale certamente è la combustione di rifiuti.

Nel secondo caso, invece, ritenendo che sia l'intera attività organizzata ad essere illecita in quanto destinata specificamente alla combustione illecita di rifiuti, la questione diviene di notevole complessità: non si può ignorare il fatto che, sempre nel T.U.A., è previsto nell'art. 260 un altro delitto, quello di «attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti», che, al primo comma, recita: «*Chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti è punito con la reclusione da uno a sei anni*»

Si potrebbe affermare che l'art. 256-bis co. 3 T.U.A., punendo una condotta che si colloca nella fase terminale del ciclo di smaltimento dei rifiuti, assorba tutte le condotte illecite precedenti di cui all'art. 260 T.U.A. e, di conseguenza, sia destinato a prevalere, *ex art.* 15 Cp, sulla base del criterio di specialità. Tuttavia, non può non considerarsi il fatto che l'art. 260 T.U.A. contiene degli elementi costitutivi, quali l'ingiusto profitto e l'ingente quantitativo di rifiuti, che non vengono assolutamente menzionati nell'aggravante di cui all'art. 256-bis co. 3; pertanto, sembra preferibile una lettura che privilegi l'autonomia delle due fattispecie e quindi l'applicazione di un concorso di reati tra l'art. 260 T.U.A. e l'art. 256-bis co. 3 T.U.A. L'opposta soluzione interpretativa, vale a dire quella che comporterebbe l'applicazione dell'aggravante solamente all'impresa che, nell'ambito della sua attività, ponga in essere una condotta di combustione illecita, porta all'assurda conclusione di ritenere che i concetti di "impresa" e di "attività organizzata" utilizzati dal legislatore nell'aggravante in commento non siano altro che una ripetizione, in contrasto però con il fatto che la nozione di "attività organizzata" è ben nota al legislatore ambientale, come si evince dal richiamato art. 260 del T.U.A. e che, quindi, pare strano che in questo caso essa serva semplicemente a rafforzare il riferimento precedente all'attività di impresa. Non vi è dubbio, a parere di chi scrive, che la soluzione ermeneutica da privilegiare sia quella di assegnare alla combustione illecita di rifiuti un'autonoma rilevanza rispetto alle altre fattispecie penali ambientali in materia di illecita gestione dei rifiuti (artt. 256 e 260 T.U.A.) e che sia necessario ipotizzare un concorso materiale eterogeneo di reati laddove la combustione di rifiuti si ponga come ultima fase di una attività organizzata illecita di smaltimento dei rifiuti.

8. (*Segue*). La legge di conversione è intervenuta, poi, sull'art. 256-bis co. 3 aggiungendo un nuovo periodo, a norma del quale: «*Il titolare dell'impresa o il responsabile dell'attività comunque organizzata è responsabile anche sotto l'autonomo profilo dell'omessa vigilanza sull'operato degli autori materiali del delitto comunque riconducibili all'impresa o all'attività stessa; ai predetti titolari d'impresa o responsabili dell'attività si applicano altresì le sanzioni previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*». Si tratta di una delle previsioni mag-

giormente problematiche dell'intero articolo. Infatti, tutto ruota attorno alla congiunzione «anche» che sembrerebbe prospettare due autonome forme di responsabilità per il titolare dell'impresa o per il responsabile dell'attività organizzata. Infatti, da un lato quest'ultimo risponderebbe come concorrente nel reato commesso dal dipendente – sottoposto, ed a questo si aggiungerebbe una non meglio precisata responsabilità per omessa vigilanza. Il risultato sarebbe quello di punire due volte il soggetto per la medesima condotta, con l'evidente violazione del principio cardine del *ne bis in idem*. Tale ultima lettura non è, certamente, compatibile con i principi dell'ordinamento penale, anche in considerazione del fatto che finisce per introdurre una vera e propria responsabilità penale oggettiva e di posizione; tuttavia, il tenore letterale della disposizione non sembra ammettere diverse interpretazioni. L'unica soluzione potrebbe essere quella di consentire stravolgimenti in sede applicativa, fingendo che nel testo non figurino l'«anche»; operazione che, però, resta, evidentemente, preclusa al giudice penale. L'aspetto più singolare, tuttavia, riguarda l'applicazione ai titolari d'impresa o responsabili dell'attività organizzata delle sanzioni previste dall'art. 9 co. 2 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Com'è noto, tale decreto ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento una responsabilità penale a carico degli enti collettivi, superando il dogma espresso dal brocardo «*societas delinquere non potest*». L'art. 9 co. 2 prevede un catalogo di sanzioni interdittive, graduate in funzione dell'illecito commesso²⁵. Intanto, ci si chiede a quale pena principale accedano queste sanzioni interdittive, posto che nulla è specificato in proposito. Ma, ancora, risulta difficile comprendere come si possano applicare delle sanzioni pensate per un ente collettivo ad una persona fisica. Scorrendo il catalogo di cui all'art. 9 co. 2 del d.lgs. 231/01 solo l'interdizione dall'esercizio di un'attività sembra potersi prestare ad essere utilizzata anche nei confronti di un soggetto persona fisica. Infine, *quid* sulla scelta e modulazione delle sanzioni? Il decreto sulla responsabilità degli enti prevede, agli artt. 13 e 14, due disposizioni che guidano il giudice nell'applicazione delle sanzioni interdittive prevedendo dei limiti temporali e dei criteri di scelta. Allo stato, invece, l'art. 256-bis co. 3 T.U.A. prevede un rinvio semplicemente all'art. 9 co. 2 del d.lgs. 231/01 e non anche alle norme successive, cosicché il giudice dovrebbe disporre la sanzione interdittiva, ma in modo perpetuo, non essendo previsto alcuno strumento normativo di commisurazione. Insomma, come è stato sottolineato, il giudice sarebbe tenuto, in tali casi, laddove condanni il responsabile dell'impresa come autore o concorrente nel delitto di cui al comma 1, ad irrogargli la pena di cui al comma 1, l'aggravante di cui al comma 3 e tutte le sanzioni interdittive

²⁵ Art. 9, co. 2 d.lgs. 231/01: «a) interdizione dall'esercizio dell'attività; b) sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) divieto di contrattare con la Pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) divieto di pubblicizzare beni o servizi».

di cui all'art. 9 co. 2 del d.lgs. 231/01 senza alcun limite di tempo; un esito che appare, francamente, sproporzionato²⁶.

9. (*Segue*). Il comma 4 prevede un aggravamento di pena laddove la combustione illecita abbia luogo in territori interessati dalla dichiarazione di stato di emergenza nel settore dei rifiuti ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225., nel limite dei cinque anni precedenti.

L'aggravante, dunque, si applica sia se lo stato di emergenza è tutt'ora in corso, sia se lo stesso è cessato non oltre i cinque anni precedenti rispetto al momento in cui la condotta viene posta in essere. In generale, si tratta di una previsione quanto mai opportuna, che si giustifica per il fatto che la condotta illecita viene attuata su un territorio già ampiamente compromesso e, pertanto, con un rischio di deterioramento superiore agli altri. Certo è, come si è rilevato, che sarebbe stato forse più corretto prevedere una fattispecie autonoma di reato nella quale far rivestire allo stato di emergenza il ruolo di presupposto del reato, piuttosto che un'aggravante, facilmente elidibile nel giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 Cp²⁷. Desta perplessità, invece, il richiamo ai cinque anni precedenti. Infatti, se lo stato di emergenza è cessato, non si vede quale possa essere il fondamento politico criminale di un aggravamento di pena in casi nei quali il territorio non presenta più le stesse condizioni di precarietà ambientale rispetto a quando era interessato dallo stato di emergenza. Si tratta di un chiaro esempio di diritto penale simbolico, attraverso il quale si cerca di istituire una fattispecie criminale "*territorialmente vincolata*". Non vi è dubbio, però, che il vero punto dolente stia nella prova dell'elemento soggettivo a carico dell'imputato. Infatti, non sembra esigibile che l'agente sia chiamato a conoscere con esattezza quali zone del territorio e quali no siano interessate da un provvedimento di emergenza. Si tratta di una vera e propria "*ultravita*" dello stato di emergenza che, cessato ai fini amministrativi, continua a spiegare rilevanza addirittura penale, quale presupposto di applicazione di una circostanza aggravante; il che pare, oltre che inammissibile, fortemente sospettabile di illegittimità costituzionale²⁸.

10. L'art. 256-*bis* co. 5 T.U.A. si occupa delle confische obbligatorie. Anche tale norma ha subito rilevanti modifiche in sede di conversione del decreto legge e, almeno in tale caso, in senso sicuramente migliorativo. Infatti, nella versione originaria del decreto si prevedeva la confisca obbligatoria dei mezzi di trasporto utilizzati per la commissione dei reati, salvo che il mezzo appartenesse a persona estranea al reato, previa prova che quest'ultima non fosse a conoscenza dell'utilizzo del mezzo. Era evidente, però, l'assurdità di una simile previsione posto che la condotta di combustione illecita di rifiuti non può essere realizzate mediante un mezzo di trasporto che, tutt'al più, potrà servire per raggiun-

²⁶ A.L. Vergine, *Il nuovo delitto di combustione illecita*, cit., 4.

²⁷ A.L. Vergine, *Tanto tuonò...che piovve*, cit., 10.

²⁸ A. Alberico, *op. cit.*, 25 ss.

gere il luogo nel quale avverrà il rogo. La vigente formulazione, invece, fa riferimento ai «*mezzi utilizzati per il trasporto di rifiuti oggetto del reato di cui al comma 1 del presente articolo, inceneriti in aree o impianti non autorizzati*». Si deve trattare, dunque, da una parte di rifiuti già inceneriti e non destinati ad essere bruciati e, dall'altra, la combustione deve aver avuto luogo in aree o impianti non autorizzati. Proprio quest'ultimo inciso suscita forti perplessità, dal momento che il richiamo alle aree non autorizzate, presente nel comma 1 del decreto legge, è stato eliminato in sede di conversione, proprio per la difficoltà di contemperare da un punto di vista logico il deposito incontrollato proprio della condotta combustiva descritta al comma 1 con un'area che fosse autorizzata allo smaltimento dei rifiuti; per questo, si fatica a cogliere la *ratio* del comma 5, che potrebbe portare all'assurda conseguenza di ritenere contemporaneamente illecita la combustione, pur avvenuta in un'area autorizzata perché i rifiuti giacciono abbandonati o depositati in maniera incontrollata, ma senza la possibilità di disporre la confisca del mezzo utilizzato per il trasporto dei rifiuti oggetto di combustione. L'altra ipotesi di confisca è descritta dal secondo periodo dell'art. 256-bis co. 5 T.U.A., a norma del quale: «*Alla sentenza di condanna o alla sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p. consegue la confisca dell'area sulla quale è commesso il reato, se di proprietà dell'autore o del concorrente nel reato, fatti salvi gli obblighi di bonifica e ripristino dello stato dei luoghi*». Con riferimento alla natura giuridica di questi due istituti, si potrebbe richiamare la copiosa letteratura in tema di confisca, identificata di volta in volta come misura di sicurezza, pena o sanzione amministrativa²⁹.

In tal caso, gli indici testuali sembrano far propendere per la qualificazione delle confische previste dal comma 5 come vere e proprie pene. Infatti, sia la confisca del mezzo (tramite il rinvio operato dalla norma all'art. 259 co. 2 T.U.A.), sia – espressamente – la confisca dell'area fanno riferimento ad una previa sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti (il c.d. "*patteggiamento*"). In effetti, in tali casi, lungi dall'essere richiesta un'indagine intorno alla pericolosità dell'oggetto confiscando, l'ablazione patrimoniale segue una dichiarazione di responsabilità penale del reo e, pertanto, si apprezza in termini chiaramente sanzionatori³⁰. Tale argomentazione è, inoltre, coerente con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, anche in arresti recenti³¹, ha ribadito come l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel sancire il principio del «*nulla poena sine lege*» richiede non soltanto che l'applicazione di

²⁹ Per un inquadramento generale del tema della confisca si veda A. Alessandri, "*Confisca nel diritto penale*", in *DigDpen*, III, Torino 1989, 52 ss., E. Nicosia, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino 2012. Con riferimento al diritto penale ambientale si veda A.L. Vergine, *Brevi note sulla confisca nei reati ambientali*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli 2010, 1048.

³⁰ A. Aberico, *op. cit.*, 27 ss.

³¹ C. eur., 29.10.2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09.

sanzioni penali abbia una base legale, ma anche che segua un riconoscimento di colpevolezza del reo, col che una confisca ordinata senza un previo giudizio di colpevolezza dell'imputato è in contrasto con l'art. 7 della Cedu. Il dibattito intorno a tale questione è, peraltro, oggetto di un vivace dialogo tra Corti interne e Corte EDU, dal momento che la Corte costituzionale italiana aveva sostenuto³² che la confisca potesse essere ordinata anche nel caso di determinate pronunce di proscioglimento per estinzione del reato; tesi respinta con forza dalla Corte EDU. A questa lettura, in definitiva, sembra essersi adeguata anche la Corte di Cassazione che, in una recente pronuncia, ha affermato che la confisca di cui agli artt. 256 e 259 T.U.A. ha una funzione sanzionatoria ed è una forma di rappresaglia legale che mira a colpire il reo con una sanzione aggiuntiva molto più pesante della sanzione principale³³. Bisogna tuttavia sottolineare come i due reati in questione siano contravvenzioni e, dunque, presentino un trattamento sanzionatorio assai più ridotto rispetto all'art. 260 T.U.A. (rispetto al quale l'applicazione della confisca è controversa) e al nuovo delitto di combustione illecita di rifiuti. La perplessità è ancora maggiore se si considera che, stando alla disciplina generale dell'art. 240 Cp tali forme di confisca sarebbero facoltative, in quanto « *cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto*» e che, per il tramite della disciplina ambientale speciale, divengono obbligatorie. Quanto alla posizione del terzo estraneo, la formulazione della legge richiama quanto già sostenuto anche dalla Suprema Corte e dalla Corte EDU e, cioè, che: «*il terzo proprietario del mezzo estraneo al reato può evitare la confisca se prova la sua buona fede, ossia, che l'uso illecito del mezzo gli sia stato ignoto e non collegabile ad un suo comportamento negligente*»³⁴.

11. Infine, l'ultimo comma dell'art. 256-bis stabilisce che: «*Si applicano le sanzioni di cui all'articolo 255 se le condotte di cui al comma 1 hanno a oggetto i rifiuti di cui all'articolo 184, comma 2, lettera e)*». Il legislatore ha qui esteso la sanzione amministrativa prevista per l'abbandono di rifiuti di cui all'art. 255 del T.U.A. Tale previsione risponde ad una logica di graduazione della portata offensiva della condotta combustiva, atteso che commina una sanzione esclusivamente amministrativa, laddove il rifiuto bruciato rientri nella categoria di cui all'art. 184 co. 2, lettera e), ovvero «*i rifiuti vegetali provenienti da aree verdi, quali giardini, parchi e aree cimiteriali*». Si tratta di rifiuti certamente meno inquinanti e che non presentano un'elevata pericolosità per la salute della collettività. Appare, dunque, apprezzabile il ripudio della sanzione penale in tali casi, anche se va sottolineato che la legge avrebbe potuto introdurre, in generale, delle soglie quantitative in funzione dell'offensività delle varie condotte descritte, il che avrebbe consentito di aumentare l'effettività

³² C. Cost., sent. n. 239/2009.

³³ Cass. 16.5.2012, n. 18774 in CP 2013, 1196.

³⁴ Si veda A. Merlin, *Mezzi per il trasporto dei rifiuti: quali sono i profili di responsabilità per il proprietario estraneo al reato*, in *Ambiente e sicurezza* 2013 (19), 64 ss.

e l'efficacia dell'intera disposizione, al di là dell'intervento emergenziale finalizzato a placare l'allarme sociale³⁵.

12. In conclusione, vanno svolte alcune considerazioni sul bene giuridico protetto e sulla tecnica di incriminazione utilizzata. Per quanto concerne il primo aspetto, in dottrina si è sottolineato come il delitto di combustione illecita di rifiuti miri a proteggere l'ambiente ed i luoghi sui quali la condotta illecita viene posta in essere³⁶. Integrità del suolo e salubrità dell'ambiente sembrerebbero essere i due poli attorno ai quali ruota l'ambito di tutela dell'art. 256-*bis* T.U.A. Del resto, anche instaurando un parallelismo con l'art. 423-*bis* Cp, e cioè con il delitto di «incendio boschivo», si potrebbero fare proprie le parole utilizzate dalla Suprema Corte che, proprio con riferimento a quest'ultimo delitto ha rilevato come «l'intento del legislatore è quello di dare tutela a entità naturalistiche la cui distruzione incide su un bene primario e insostituibile della vita»³⁷. Così, anche in tema di combustione illecita di rifiuti si dovrebbe dire che la valutazione legislativa sul parametro dell'offesa non sarebbe compiuta rispetto all'incolumità pubblica, ma in ragione del pregiudizio che la combustione dei rifiuti genera nei suoli sui quali il rifiuto stesso insiste³⁸.

Tuttavia, la riconduzione del delitto di cui all'art. 256-*bis* T.U.A. all'oggetto di tutela proprio della pubblica incolumità appare più corretto. Del resto, anche con riferimento alla fattispecie citata di «incendio boschivo», dottrina qualificata ha rilevato che la nozione di «incendio» non possa intendersi in senso meramente naturalistico, ma vada considerata come un concetto tecnico – giuridico unitario, teleologicamente orientato secondo una direttrice di tutela inscindibile dalla considerazione dei beni primari di pluralità indeterminate di individui. Bisogna, dunque, tenere conto anche della prospettiva di tutela della vita e della integrità fisica di una pluralità di individui, riconoscendo la natura pluri-offensiva della fattispecie. Trattasi di prospettiva di tutela “progressiva” che mira, tramite la salvaguardia del patrimonio boschivo, ad evitare che possa verificarsi un macro danno ambientale, purché siano sempre ravvisabili gli estremi del pericolo comune³⁹. Analoghe considerazioni si possono svolgere per la combustione illecita di rifiuti. Non vi è dubbio, infatti, che la condotta posta in essere incida pesantemente e negativamente sul territorio, ma, in via mediata, in particolare laddove i rifiuti bruciati siano pericolosi, abbia ripercussioni enormi sulla salubrità dell'aria e, di conseguenza, sulla salute e sulla vita della collettività, senza dimenticare la contaminazione dei prodotti alimentari; bisogni, peral-

³⁵ Si veda, per approfondimenti, il recentissimo contributo di G. Amandola, *Il decreto “terra dei fuochi”: il comma 6 del nuovo art. 256-bis d.lgs. 152/06* in www.lexambiente.it.

³⁶ A. Alberico, *op. cit.*, 15.

³⁷ Cass. 30.4.2001, n. 25935, rv. 219589.

³⁸ In dottrina S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, I, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, Padova 2003, 194 s.

³⁹ A. Gargani, *op. cit.*, 254 ss.

tro, considerati costituzionalmente dall'art. 32 come diritti fondamentali. In definitiva, la combustione illecita di rifiuti è fattispecie plurioffensiva, che offende tanto l'ambiente, quanto la salute e la sicurezza pubblica e, pertanto, appare – come detto – più coerente considerare l'art. 256-*bis* T.U.A. come un vero e proprio delitto contro l'incolumità pubblica.

Quanto alla tecnica di incriminazione, si è già sottolineato come il legislatore abbia previsto una fattispecie di pericolo presunto, nella quale la condotta descritta viene ritenuta *ipso iure* idonea a provocare un danno all'ambiente. Meritano di essere evidenziati due aspetti: in primo luogo non si può che giudicare positivo l'abbandono del modello contravvenzionale, assolutamente dominante sino ad oggi nel diritto penale ambientale. Infatti, prima del d.l. 10.12.2013 n. 136, l'unico delitto previsto dal T.U.A. era quello di cui all'art. 260, ovvero l'attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti. Se a questo si aggiunge la recente presentazione in Parlamento di una serie di progetti di legge volti ad introdurre i reati ambientali⁴⁰ all'interno del codice penale, si comprende come la tutela penale dell'ambiente stia progressivamente andando nella direzione auspicata anche dal legislatore europeo che, in più occasioni, ha sollecitato gli Stati membri ad introdurre sanzioni realmente efficaci, proporzionali e dissuasive. Le ragioni dell'esistenza di una pluralità di contravvenzioni, ovviamente, sono tutt'ora da individuare nella necessità di predisporre illeciti di carattere preventivo-cautelare, nonché nella maggiore agilità nell'accertamento dell'elemento soggettivo (cfr. art. 42 co. 4 Cp); ma, per converso, appare evidente come la modestia sanzionatoria, unita alla presenza (quasi esaustiva) di reati di pericolo il rischio di una monetizzazione del diritto penale ambientale e la conseguente svalutazione, più in generale, della tutela offerta dal diritto penale.

In secondo luogo questo modello, ricorrente nel diritto penale ambientale, di una così significativa anticipazione della tutela, benché legittima, non senza qualche perplessità, all'interno dell'ordinamento italiano, rischia di creare non pochi problemi in sede comunitaria. Infatti, la direttiva 2008/99 ha chiaramente invitato gli Stati membri ad adottare una disciplina sanzionatoria, di carattere penale, incentrata sul modello di danno o, al più, di pericolo concreto, evitando di sganciare eccessivamente la sanzione penale dall'offensività della condotta perpetrata ai danni dell'ambiente. Invece, le scelte del legislatore italiano continuano a caratterizzarsi per un diritto penale simbolico, più orientato a dare una risposta mediatica all'allarme sociale creato, che a rispettare le indicazioni provenienti dall'Unione Europea. Del resto, il d.lgs. n. 121/2011, attuativo della citata direttiva, si segnala per essere quasi del tutto inadempiente rispetto agli obblighi di risultato imposti dalla normativa

⁴⁰ Si tratta dei progetti di legge C. 957 Micillo, C. 342 Realacci, C. 1814 Pellegrino. Per un commento si veda C. Ruga Riva, *Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera* in www.penalecontemporaneo.it.

europea, soprattutto per quanto concerne l'introduzione di sanzioni efficaci, proporzionali e dissuasive⁴¹.

Non si può che concludere auspicando che, in futuro, il legislatore metta mano alla materia del diritto penale ambientale per il tramite di una legge, che consenta di affrontare – al di fuori di un approccio simbolico/emergenziale – un tema così delicato, sia per gli interessi coinvolti, sia per la necessità di dare una risposta realmente efficace ed effettiva ad uno dei problemi più attuali e drammatici del sistema ambientale italiano.

⁴¹ Si vedano G. De Sanctis, *La tutela penale dell'ambiente dopo il d.lgs. n. 121/2011 di attuazione della direttiva 2008/99/CE in Responsabilità civile e previdenza*, n. 2/2012, 668 ss., B. Romano (a cura di), *I reati ambientali alla luce del diritto dell'Unione Europea*, Padova 2013, C. Ruga Riva, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in www.penalecontemporaneo.it, M. Scoletta, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli Enti per i reati ambientali (note a margine del d.lgs. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2012, 17 ss., L. Siracusa, *L'attuazione della Direttive europea sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

**La terza tappa della tabella di marcia
per il rafforzamento dei diritti processuali
di indagati o imputati in procedimenti penali:
la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore**

Analisi di CHIARA AMALFITANO

SOMMARIO: 1. Un nuovo tassello nel ravvicinamento delle legislazioni processuali penali degli Stati membri. – 2. Il contenuto composito della direttiva 2013/48/UE e la sua sfera di operatività *ratione materiae* e *personarum*. – 3. Il diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale ... – 4. (*Segue*) ... e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo. – 5. Il «diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale» e il «diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari». – 6. Riflessioni conclusive.

1. Il 22.10.2013 è stata adottata la direttiva 2013/48/UE (sinteticamente definita “direttiva sul diritto al difensore nel procedimento penale”)¹ in attuazione della «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali», presentata dal Consiglio dell'Unione europea nel novembre 2009² ed inte-

¹ Come si vedrà, infatti, la direttiva (in *GUUE* 6.11.2013 n. L 294/1) disciplina non solo il diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo (MAE), ma anche il diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e il diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. Per i primi commenti cfr. F.A. Bubula, *La direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, 29.11.2013; I. Anagnostopoulos, *The Right of Access to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead?*, in *European Criminal Law Review* 2014, 3 ss.; L. Bachmaier Winter, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in S. Ruggeri (ed.), *Human rights in European criminal law after the Lisbon Treaty*, in corso di pubblicazione per Springer Verlag; S. Cras, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings and in European Arrest Warrant Proceedings*, in *EuCrIm* 2014, n. 1, 32 ss. Sulla proposta di direttiva, cfr. C. Heard, R. Shaeffer, *Making Defence Rights Practical and Effective: Towards an EU Directive on the Right to Legal Advice*, in *New Journal of European Criminal Law* 2011, 270 ss.; il documento dell'Unione delle Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore nel procedimento penale e diritto di comunicare al momento dell'arresto*, 9.8.2013.

² La risoluzione del Consiglio (in *GUUE* 4.12.2009 n. C 295/1), accogliendo l'idea della Commissione di procedere con un approccio settoriale e non più omnicomprensivo (seguito, invece, nella originaria proposta di decisione quadro relativa a

grata nel programma di Stoccolma³. Essa rappresenta la terza tessera del mosaico finalizzato all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri quanto ai «diritti della persona nella procedura penale»⁴, secondo quanto stabilito nell'art. 82 par. 2, lett. b), TFUE⁵, completando e, come si vedrà, avendo quale presupposto logico-giuridico, la disciplina di cui alla direttiva 2010/64/UE del 20.10.2010, sul diritto all'in-

determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'UE – COM (2004) 328 def., del 28.4.2004 – naufragata nel 2007, per impossibilità di raggiungere il consenso unanime degli Stati membri dell'Unione, richiesto dall'art. 34 TUE pre-Lisbona per l'adozione degli atti “terzo pilastro”), prevede che, avanzando per tappe, dovranno essere adottate misure concernenti il diritto alla traduzione e all'interpretazione (misura A), il diritto a informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B), il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale gratuita (misura C), il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D), nonché le garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (misura E). A tali misure si aggiunge una misura F, rappresentata dal Libro verde della Commissione sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, COM (2011) 327 def., del 14.6.2011.

³ Cfr. programma di Stoccolma: un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini (che, alla luce dei risultati raggiunti in base ai programmi di Tampere e de L'Aja, «delinea orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia [SLSG], in conformità dell'articolo 68 del TFUE»), in *GUUE* 4.5.2010 n. C 115/1, spec. punto 1, dove il Consiglio europeo invita la Commissione a «– presentare le proposte previste nella tabella di marcia per una rapida attuazione della stessa, alle condizioni ivi stabilite, – esaminare ulteriori aspetti dei diritti procedurali minimi di indagati e imputati e valutare se sia necessario affrontare altre questioni, ad esempio la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore». Il nuovo programma quinquennale sullo SLSG è stato presentato dal Consiglio europeo del 26-27.6.2014.

⁴ Si noti, peraltro, che la direttiva in esame, anziché regolare contestualmente consulenza legale e assistenza legale gratuita come previsto nella misura C della citata tabella di marcia, si concentra solo sulla prima, disciplinandola insieme con il diritto di comunicare al momento dell'arresto con un terzo, oggetto della misura D. La scelta di regolamentare separatamente i due diritti di cui alla misura C (l'assistenza legale gratuita è oggetto di una recente proposta della Commissione, su cui *infra*, in questo par.) è giustificata dalla necessità di assicurare, almeno per il primo, un intervento normativo in tempi (più) rapidi, anche al fine di chiarire la giurisprudenza *Saldutz c. Turchia* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 27.11.2008) e i vari interrogativi che essa ha lasciato aperti (cfr. S. Cras, *op. cit.*, 33).

⁵ Sulla base di tale previsione pattizia, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali sul piano processuale può avere ad oggetto anche l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri (lett. a), i diritti delle vittime della criminalità (lett. c) e ulteriori elementi della procedura penale, individuati dal Consiglio con decisione unanime e approvazione del Parlamento europeo (lett. d). Si ricordi che, in attuazione della lett. c), è stata adottata la direttiva 2012/29/UE, del 25.10.2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (in *GUUE* 14.11.2012 n. L 315/57) e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15.3.2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (in *GUCE* 22.3.2001 n. L 82/1). Sulla tutela della vittima di reato nell'Unione europea cfr., *inter alia*, AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino 2012; M. Venturoli, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.* 2012, n. 3-4, 86 ss.; nonché C. Amalfitano, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. Un. eur.* 2011, 643 ss.

interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali⁶ e alla direttiva 2012/13/UE del 22.5.2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali⁷.

Il testo definitivamente approvato da Consiglio e Parlamento europeo, frutto di numerosi emendamenti rispetto alla proposta originaria della Commissione⁸, è entrato in vigore il 26.11.2013 e dovrà essere trasposto negli Stati membri entro il 27.11.2016⁹.

⁶ In *GUUE* 26.10.2010 n. L 280/1, e su cui cfr. V. Bazzocchi, *L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Dir. Un. eur.* 2010, 1042 ss.; S. Cras - L. De Matteis, *The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings*, in *Eu crim* 2010, 153 ss.; G. Biondi, *La tutela processuale dell'imputato all'oggettività alla luce della direttiva 2010/64/UE: prime osservazioni*, in *CP* 2011, 24 ss.; S. Monjean-Decaudin, *L'Union européenne consacre le droit à l'assistance linguistique dans les procédures pénales*, in *Rev. trim. droit eur.* 2011, 763 ss.; T. Rafaraci, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, Milano 2011, 119 ss.; M. Gialuz, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *RDP* 2012, 1195 ss.; L. Kalb, *La nuova sfida della direttiva 2010/64: un'assistenza linguistica di "qualità" per lo svolgimento di un procedimento effettivamente "equo"*. - Sez. II: *Il rafforzamento del diritto e gli effetti nell'ordinamento italiano*, in L. Kalb (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano*, Torino 2012, 344 ss.; M. Gialuz, *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, 4.11.2013. Sul recente d.lgs. 4.3.2014 n. 32 di trasposizione della direttiva in Italia (GU 18.3.2014 n. 64) cfr. M. Gialuz, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, 10.4.2014.

⁷ In *GUUE* 1.6.2014 n. L 142/1, il cui termine di trasposizione è scaduto il 2.6.2014 (v. *infra*, par. 6), e su cui cfr. S. Ciampi, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, 27.6.2012; Id., *Letter of Rights e Full Disclosure nella direttiva europea sul diritto all'informazione*, in *DPP* 2013, 21 ss.; F. Romoli, *Osservazioni a prima lettura della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Archivio penale* 2012, n. 2, p. 1 ss.; S. Quattrocchio, *The right to information in EU legislation*, in S. Ruggeri (ed.), *Human rights*, cit. Su tale direttiva e la citata direttiva 2010/64/UE sia consentito rinviare anche a C. Amalfitano, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in R. Del Coco, E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale: problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari 2014, 1 ss.

⁸ Cfr. COM (2011) 326 def., dell'8.6.2011. Si segnala, in particolare, la riformulazione "al ribasso" della previsione dedicata ai rimedi applicabili in caso di assunzione di prove in violazione del diritto di accesso al difensore (su cui *infra*, par. 3), essendo esplicitato nella proposta (all'art. 13), in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che (i) i ricorsi proposti avverso la violazione del diritto di accesso al difensore producono «l'effetto di porre l'indagato o l'imputato nella condizione in cui si sarebbe trovato se i suoi diritti non fossero stati violati» e che (ii) «dichiarazioni rese dall'indagato o imputato, o le prove raccolte in violazione del diritto di accesso a un difensore o in casi in cui è stata autorizzata una deroga a tale diritto [...], non possono essere utilizzate in nessuna fase della procedura come prove a suo carico, salvo che l'utilizzo di tali prove non arrechi alcun pregiudizio ai diritti della difesa».

⁹ Cfr., rispettivamente, art. 17 e art. 15.

Diversamente dalle due direttive appena richiamate la nuova normativa non vincola, oltre alla Danimarca, neppure il Regno Unito e l'Irlanda, che non hanno esercitato la facoltà di *opt-in* loro concessa dal protocollo n. 21 relativo alla loro posizione rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), elaborato a Lisbona ed allegato al TUE e al TFUE¹⁰. Pur trattandosi, dunque, di scelta legittima in base alle norme pattizie¹¹, essa rischia di, se non pregiudicare, certamente ridurre il processo di integrazione e il rafforzamento dello SLSG, attenuando il motore di funzionamento di tale spazio, ovvero la fiducia reciproca nei rapporti tra Stati membri e, conseguentemente, non agevolando – in quella prospettiva, invece, di “circolo virtuoso” che lega tale fiducia e la cooperazione tra autorità giudiziarie nazionali¹² – il riconoscimento delle decisioni provenienti da tali Stati che non applicano la direttiva. Indubbiamente, essi restano assoggettati alle norme della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) – come interpretate dalla Corte di Strasburgo – che assicurano il giusto processo e il diritto di difesa (spec. art. 6), nonché ai corrispondenti principi generali di diritto dell'Unione e previsioni della Carta dei diritti fondamentali (spec. artt. 47 e 48) che nella direttiva 2013/48 trovano specificazione. Ciò non toglie che, per garantire un miglior funzionamento dello SLSG, evitare discriminazioni a danno di indagati e imputati nei Paesi in regime di *opt-out*¹³, ed impedire che sia invocata – quale motivo ostativo al riconoscimento ed esecuzione di decisioni adottate in tali Stati – la violazione dei diritti essenziali di difesa, sarebbe auspicabile la futura adesione di questi Paesi (almeno di Regno Unito e Irlanda, essendo più complessa la partecipazione della Danimarca, a norma del protocollo n.

¹⁰ Cfr. “considerando” n. 58 (e n. 59 per l'esclusione dell'Irlanda, in base al protocollo n. 22 allegato ai trattati).

¹¹ Perplessità sulla scelta di Regno Unito e Irlanda è F.A. Bubula, *op. cit.* Analizzando nel dettaglio le negoziazioni che hanno condotto all'adozione del testo finale, S. Cras, *op. cit.*, 34, spiega le ragioni di tale scelta, essenzialmente consistenti nel fatto che – secondo tali Stati – la direttiva non assicura una tutela sufficiente degli interessi – contrapposti a quelli di indagati e imputati – dello Stato del foro, interessi spesso coincidenti con quelli della vittima di reato, occorrendo trovare un miglior bilanciamento tra di essi.

¹² Su tale circolo cfr. B. Nascimbene, *Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et reconnaissance mutuelle*, in *Revue des Affaires Européennes* 2011, 787 ss., spec. 790. Sulla fiducia reciproca nei rapporti tra Stati membri cfr., per tutti, G. Stessens, *The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in G. de Kerchove, A. Weyembergh (éd.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles 2002, 93 ss.; D. Flore, *La notion de confiance mutuelle: l'“alpha” ou l'“omega” d'une justice pénale européenne*, in G. De Kerchove, A. Weyembergh (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/ Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles 2005, 17 ss. Sul tema cfr. anche la comunicazione della Commissione, Il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri, COM (2005) 195 def., del 19.5.2005.

¹³ Evidenzia tale rischio S. Cras, *op. cit.*, 43, ricordando in particolare che i cittadini dei tre Stati in parola, se sottoposti a procedimento penale in uno dei venticinque Stati membri vincolati dalla direttiva, hanno diritto a beneficiare delle garanzie da essa previste.

22 allegato ai trattati, che ne disciplina la posizione rispetto allo SLSG¹⁴) alla normativa in questione¹⁵.

Analogo auspicio si formula rispetto alle tre proposte di direttiva presentate dalla Commissione, insieme con due raccomandazioni, nel novembre 2013, volte ad ulteriormente rafforzare le garanzie processuali di indagati e imputati dinanzi alle autorità giudiziarie degli Stati membri¹⁶, a completamento della tabella di marcia del 2009. Tra tali iniziative si segnalano, in particolare, la proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo (MAE) e la raccomandazione sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali¹⁷. Esse costi-

¹⁴ Tale Stato membro, infatti, non può – diversamente da Regno Unito e Irlanda – effettuare un *opt-in* in relazione ai singoli atti adottati nello SLSG post Lisbona, la sua adesione potendo verificarsi solo “in blocco”, rispetto a tutta o una parte delle misure pertinenti elaborate in tale spazio, secondo quanto stabilito nell'art. 7 del citato protocollo n. 22. Si ricordi che, per le misure elaborate nello SLSG che costituiscano uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen, l'eventuale decisione della Danimarca di parteciparvi (notificata entro sei mesi dalla decisione del Consiglio su una proposta o iniziativa a ciò finalizzata) implica – *ex art.* 4 del protocollo in parola – l'elaborazione di norme di diritto internazionale che vincolano la Danimarca e gli altri Stati membri in merito a tali misure.

¹⁵ Si ricordi che, a norma dell'art. 82, par. 2, lett. *b*), TFUE il ravvicinamento delle legislazioni processuali nazionali è previsto in funzione del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, stabilendosi cioè che esso debba essere perseguito nella misura necessaria a facilitare l'operatività del menzionato principio. Potrebbe, tuttavia, apparire auspicabile un intervento “autonomo” del legislatore dell'Unione, ovvero non (necessariamente) funzionale all'indicata finalità, come accade per l'armonizzazione sostanziale delle legislazioni *ex art.* 83 TFUE. Sembra però potersi sostenere che la necessaria correlazione tra reciproco riconoscimento e ravvicinamento processuale, e la sua codificazione a livello pattizio, dipenda dall'assenza di competenza dell'Unione in tema di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, tutela che è comunque assicurata – seppur “indirettamente” – per il tramite della previsione in parola.

¹⁶ Cfr. la proposta di direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, COM (2013) 821 def.; la proposta di direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali, COM (2013) 822 def. e la raccomandazione della Commissione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali, in *GUUE* 24.12.2013 n. C 378/8; la proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, COM (2013) 824 def. e la raccomandazione della Commissione sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali, in *GUUE* 24.12.2013 n. C 378/11. Un inquadramento generale della posizione della Commissione e una presentazione sintetica di tali documenti, tutti del 27.11.2013, è contenuta nella comunicazione Progredire nell'attuazione dell'agenda dell'Unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati – Rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia penale, COM (2013) 820 def.

¹⁷ Cfr. COM (2013) 824 e la raccomandazione sullo stesso tema, citate alla nota precedente. La proposta di direttiva, in attuazione dell'art. 47, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali (che riproduce l'art. 6, par. 3, lett. *c*) CEDU), prevede l'obbligo di assicurare almeno provvisoriamente l'ammissione al gratuito patrocinio, non appena

tuiscono, infatti, un corollario della direttiva 2013/48¹⁸, benché in larga misura non siano vincolanti per gli Stati membri, data l'impossibilità – evidenziata dalla stessa Commissione – di ottenere il consenso dei governi nazionali su temi avvertiti ancora come “delicati”, nonché finanziariamente molto onerosi¹⁹. Rispetto a tali temi la strada della raccomandazione – meno invasiva delle competenze nazionali (e, dunque, anche più rispettosa del principio di sussidiarietà) – potrà consentire alla Commissione di verificare, trascorsi 36 mesi dalla sua presentazione (cioè nel novembre 2016²⁰), i risultati raggiunti dagli Stati membri nel contesto in parola e di eventualmente elaborare misure legislative più stringenti (ovvero, di fatto, presentare una proposta di direttiva di armonizzazione di tutti o anche solo di alcuni profili oggi oggetto della raccomandazione)²¹.

2. Come accennato, la direttiva 2013/48 si caratterizza per il suo contenuto eterogeneo, regolamentando tre differenti diritti, secondo le indicazioni di cui alla misura D e, solo in parte, alla misura C della più volte citata tabella di marcia del 2009. Infatti, essa disciplina, insieme con il diritto al difensore nel procedimento penale e nei procedimenti di esecuzione del MAE (*infra*, parr. 3-4), il diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e il diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari (*infra*, par. 5), tralasciando i profili inerenti all'assistenza legale gratuita, anch'essi ricompresi nella misura C, ma oggetto, come

ne sia fatta richiesta, così da assicurare, sin dalle prime fasi del procedimento penale, l'effettivo esercizio del diritto di difesa, in particolare evitando che l'indagato rischi di autoincriminarsi. Il beneficio provvisorio dovrebbe perdurare sino alla decisione definitiva, da parte dell'autorità competente, sull'ammissibilità della domanda sul patrocinio a spese dello Stato, secondo i parametri fissati dalle legislazioni dei vari ordinamenti nazionali, che la menzionata raccomandazione della Commissione cerca di ravvicinare.

¹⁸ Tanto che, come detto (*supra*, nota 2), tale diritto avrebbe dovuto essere disciplinato in uno con il diritto di accesso al difensore secondo le previsioni contenute nella misura C della citata tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali.

¹⁹ Cfr. COM (2013) 820 cit., 6, dove la Commissione dichiara che, sostanzialmente per le ragioni indicate nel testo, «per quanto riguarda il patrocinio a spese dello Stato, [essa] non ha proposto in una direttiva parametri giuridicamente vincolanti per l'esame [tra l'altro] delle condizioni di ammissibilità».

²⁰ Analoga verifica sarà effettuata dalla Commissione con riguardo all'attività svolta dagli Stati membri in merito alle sollecitazioni contenute nella citata (*supra*, nota 16) raccomandazione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali.

²¹ M. Poelemans, *Une législation sur les garanties procédurales des suspects dans les procédures pénales: prudence est-elle bien toujours mère de sûreté?*, in <http://www.gdr-elsj.eu/>, 17.1.2014, evidenzia le lacune dell'intervento della Commissione del novembre 2013, specie quella relativa all'assenza di qualsiasi indicazione circa i rimedi che gli Stati membri dovrebbero predisporre per efficacemente reagire alla violazione dei diritti di difesa previsti dalle nuove proposte di direttiva. Come accennato (*supra*, nota 8) e come meglio si vedrà, tale lacuna è propria anche della direttiva 2013/48, e già delle due direttive adottate nel 2010 e nel 2012 in attuazione delle prime due misure della citata tabella di marcia.

appena visto, soltanto della proposta di direttiva e della raccomandazione della Commissione del novembre 2013.

I menzionati diritti dovranno essere garantiti, quanto alla loro operatività *ratione temporis*, in momenti diversi del procedimento penale (da intendersi in senso ampio, secondo la definizione contenuta, come si vedrà, nell'art. 2 della direttiva), solo il primo dei tre anche a prescindere (almeno in alcune sue declinazioni) dalla privazione della libertà personale, che se richiede – per certi aspetti – un'assistenza difensiva “rafforzata”, non necessariamente fa sorgere il diritto alla stessa²², potendo questo talvolta concretizzarsi in precedenza.

Presupposto logico-giuridico per l'effettivo esercizio dei diritti in parola è, quindi, come anticipato, il fatto che il beneficiario sia tempestivamente informato della possibilità di avvalersene, sulla base delle garanzie disposte dalla direttiva 2013/12, specie laddove prevede il diritto all'informazione sul diritto ad un avvocato, sul diritto al silenzio e sul diritto di informare le autorità consolari e un'altra persona della privazione della libertà personale; informazione che deve essere assicurata in un linguaggio «semplice e comprensibile», sia sotto il profilo giuridico (dovendosi, dunque, trattare di linguaggio non tecnico) sia sotto il profilo della lingua utilizzata, che il destinatario della comunicazione deve essere in grado, appunto, di comprendere. A tal fine, l'informazione dei menzionati diritti, così come quella relativa al diritto all'interpretazione e alla traduzione, deve avvenire secondo le regole di cui alla direttiva 2010/64 (elaborata per prima proprio perché solo la comprensione piena della lingua in cui si svolge il procedimento – e la possibilità di “esprimersi” in tale lingua – assicura all'indagato/imputato l'effettivo rispetto del diritto di difesa e il concreto esercizio dei diritti processuali ad esso riconosciuti dalle legislazioni nazionali, anche sulla base delle previsioni “europee”). Tale correlazione – indispensabile – tra la disciplina di cui alla direttiva in esame e le due normative già elaborate in attuazione della tabella di marcia del 2009 non è, tuttavia, evidenziata chiaramente nel testo in commento, che si limita a richiamare al “considerando” n. 14 la sola direttiva del 2012, ricordando come, in base ad essa, occorra informare indagati ed imputati del diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale. Tale scarsa, per non dire quasi nulla, espressa connessione con le due direttive su cui la normativa in commento “si innesta”, è stata correttamente criticata²³ e l'auspicio è che innanzitutto gli Stati membri, in sede di trasposizione, assicurino il dovuto collegamento tra le varie discipline rilevanti ed eventualmente poi la Commissione – quando eserciterà il potere conferitole dall'art. 16 della direttiva, valutando (con relazione *ad hoc*, entro il 28.11.2019) le misure adottate

²² Nel senso che la restrizione della libertà personale aumenta l'esigenza di assistenza del difensore, ma non la fa sorgere, il diritto di difesa dell'indagato/imputato sussistendo a prescindere dalla condizione di coercizione in cui egli si trovi cfr., *inter alia*, S. Quattrocchio, *Uno sguardo oltralpe: profili generali della recente riforma francese della garde à vue*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano 2013, 295 ss., spec. 316.

²³ Cfr. F.A. Bubula, *op. cit.*

dai legislatori nazionali per conformarvisi – formuli proposte legislative anche, se del caso, sotto il profilo in parola, garantendo un più immediato ed esplicito coordinamento tra le tre normative di cui si discute.

L'ambito di applicazione della direttiva è definito, come accennato, nel suo art. 2, da interpretarsi alla luce delle specificazioni contenute in diversi “considerando” che, in virtù della loro tipica efficacia servente rispetto all'articolato cogente²⁴, aiutano a meglio comprendere le esclusioni di alcune tipologie di procedimenti dalla sua sfera di operatività; esclusioni, tuttavia, non pienamente condivisibili perché rischiano di pregiudicare la portata essenziale del diritto di difesa, così come accade – lo si vedrà (*infra*, par. 3) – anche nelle ipotesi in cui sono ammissibili deroghe, seppur temporanee, ad alcune garanzie fissate dalla direttiva o, addirittura, la rinuncia ad esse.

Sostanzialmente ricalcando le corrispondenti previsioni delle direttive del 2010 e del 2012²⁵, l'articolo in esame dispone, innanzitutto, che la direttiva si applica (par. 1) agli indagati e imputati in procedimenti penali a partire «dal momento in cui sono informati dalle autorità competenti di uno Stato membro, mediante notifica ufficiale o in altro modo, di essere [appunto] indagati o imputati per un reato, indipendentemente dal fatto che siano privati della libertà personale» e sino «alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che stabilisce se l'indagato o imputato abbia commesso il reato, inclusi, se del caso, l'irrogazione della pena e l'esaurimento delle procedure d'impugnazione». Essa si applica, altresì, (par. 2) «alle persone oggetto di un procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo («persone ricercate») a partire dal momento del loro arresto nello Stato membro di esecuzione conformemente all'articolo 10» (v. *infra*, par. 4).

La formulazione del par. 1 – che poco si addice al nostro ordinamento processuale (e meglio, invece, a quelli – come ad esempio il Regno Unito – dove la decisione sul merito si distingue formalmente da quella di irrogazione della pena) – è chiara nell'escludere dalla sfera di operatività della direttiva la fase esecutiva della sanzione irrogata²⁶; in sede di “aggiornamento” della direttiva ai sensi del citato art. 16 o, ancor prima, di sua trasposizione negli Stati membri, parrebbe tuttavia auspicabile un'estensione (di almeno alcune) delle garanzie da essa fornite

²⁴ Si noti che tale lettura “combinata” non sempre, comunque, riesce ad assicurare un'interpretazione pacifica delle disposizioni della direttiva (come già delle direttive del 2010 e del 2012, anche in questo caso) in considerazione dell'uso assai frequente di termini molto (troppo) flessibili e vaghi, spesso probabilmente imposti dall'impossibilità di trovare accordi politici tra gli Stati membri su formulazioni più stringenti e vincolanti. Un ruolo interpretativo essenziale spetterà alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, o eventualmente, di procedure di infrazione avviate dalla Commissione avverso quegli Stati membri che ritardino nella trasposizione o non vi procedano correttamente.

²⁵ Cfr., analogamente, art. 1, par. 1 e 2, della direttiva 2010/64 e art. 1 e art. 2, par. 1, della direttiva 2012/13.

²⁶ Con riguardo alla direttiva 2010/64, nel senso che la nozione di “procedimento” non parrebbe ricomprendere la fase esecutiva cfr. S. Cras - L. De Matteis, *op. cit.*, 158.

anche a tale fase, accogliendo una nozione aformalistica di “procedimento penale”, inclusiva anche del trattamento penitenziario²⁷.

Il par. 3 dell'art. 2 riproduce, quindi, coerentemente con la giurisprudenza di Strasburgo²⁸, ciò che era previsto in una disposizione autonoma dell'originaria proposta di direttiva²⁹, stabilendo che essa trova applicazione, alle stesse condizioni di cui al par. 1, anche rispetto «alle persone diverse da indagati o imputati [quali, ad esempio, i testimoni] che, nel corso di un interrogatorio da parte della polizia o di altre autorità di contrasto, diventano indagati o imputati», occorrendo che anche esse, dunque, siano garantite dall'autoincriminazione e abbiano la facoltà di non rispondere, come chiarito dal “considerando” n. 21; “considerando” che prosegue disponendo che, in siffatte ipotesi, «è opportuno sospendere immediatamente l'interrogatorio [che] può proseguire qualora l'interessato sia stato informato di essere indagato o imputato e sia in grado di esercitare pienamente i diritti previsti dalla [...] direttiva»³⁰.

Sebbene facendo salvo – in modo peraltro assai generico – il diritto ad un processo equo, si escludono, invece, dall'ambito di applicazione della direttiva i “reati minori”, che rientrino nella giurisdizione di un'autorità (amministrativa) le cui decisioni sono impugnabili in sede penale o che non possano essere puniti con la privazione della libertà personale, la direttiva operando solo rispetto ai procedimenti dinanzi alla giurisdizione penale, a meno che anche quella non penale possa imporre la privazione della libertà personale (art. 2, par. 4). Si tratta di esclusione non prevista nella proposta di direttiva della Commissione ed introdotta solo in sede di emendamenti³¹, così allineando il testo definitivo a quello

²⁷ Con riguardo alla direttiva 2010/64, a favore di un'interpretazione siffatta cfr. L. Kalb, *op. cit.*, 348 s., che evidenzia il carattere irragionevole di un'applicazione restrittiva dei diritti da essa previsti, confermata anche dal fatto che essi devono essere garantiti anche nell'esecuzione di un mandato d'arresto che può avere come destinatario un soggetto già condannato, e quindi concernere fasi del procedimento successive e diverse da quella “cognitiva”.

²⁸ Cfr., ad esempio, sent. 14.10.2010, *Brusco c. France*, punti 47 ss.

²⁹ Cfr. art. 10 della citata COM (2011) 326.

³⁰ S. Cras, *op. cit.*, 39 evidenzia come l'inserimento di tali specificazioni nel “considerando” anziché nell'articolato cogente della direttiva sia frutto del compromesso finale tra Consiglio e Parlamento europeo. L'A. correttamente ricorda anche che (purtroppo, si aggiunge) la collocazione di tali specificazioni nella parte “non operativa” della direttiva è tale da escluderne l'effetto diretto.

³¹ L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 3, evidenzia come, nel corso del processo decisionale che ha portato all'adozione della direttiva in esame, ad un certo punto fossero esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva tutti i procedimenti relativi ai reati minori, dichiarando inaccettabile tale soluzione, «*first because there is no uniform concept of minor offence at the European level, and thus it would be uncertain to which proceedings finally would the Directive be applicable; and second, because criminal proceedings for minor offences can entail severe economic consequences and therefore excluding the right to legal assistance in such proceedings*». Più ragionevole la soluzione definitivamente accolta, per cui si escludono dalla sfera di operatività della direttiva i reati minori rispetto ai quali non sia competente una giurisdizione penale, ma non rispetto ai quali si pronuncino un'autorità amministrativa che abbia il potere di disporre la privazione della libertà personale. Per un'ampia disamina dei negoziati relativi alla disciplina relativa ai “reati minori” cfr. S. Cras, *op. cit.*, 36 s.

delle direttive del 2010 e del 2012³². Ci si potrebbe interrogare sulla opportunità di integrare la direttiva, o comunque di trasporla, nel senso di escludere la sua applicazione rispetto ai reati minori che rispondano alle caratteristiche di cui sopra solo nella misura in cui le autorità amministrative competenti applichino una sanzione non eccessivamente onerosa: altrimenti, la sanzione, seppur inflitta da una giurisdizione non penale, potrebbe essere sostanzialmente assimilabile ad una sanzione di natura penale, come confermato dalla più recente giurisprudenza di Strasburgo nel caso *Grande Stevens c. Italia*³³, e apparendo forse più appropriato, in siffatte circostanze, assicurare, nel procedimento che porta a comminarla, tutte le garanzie di cui alla direttiva 2013/48³⁴.

“Incomprensibile” ed “intollerabile” è stata ritenuta, infine, l’esclusione dalla sfera di operatività della direttiva, ai sensi del “considerando” n. 13 – seppur sempre facendo salvi gli obblighi degli Stati membri a norma della CEDU di garantire il diritto a un processo equo – dei «procedimenti relativi a reati minori commessi all’interno di un carcere e [de]i procedimenti relativi a reati commessi in un contesto militare che sono trattati da un ufficiale di comando»: ciò sia che tale previsione sia interpretata nel senso di escludere l’applicazione della direttiva per i soli reati commessi da militari, sia (e a maggior ragione) che sia intesa come tale da “coprire” anche i reati commessi da civili nel contesto in parola, «con conseguenze inaccettabili sul piano delle cautele difensive e del principio di uguaglianza»³⁵.

Pur in assenza di indicazioni espresse, le garanzie processuali sancite dalla direttiva in esame dovranno invece trovare applicazione – analogamente a quanto accade per i diritti di cui alle direttive 2010/64 e 2012/13³⁶ – anche nella misura in cui il procedimento rilevante abbia na-

³² Cfr. il par. 3 dell’art. 1 della direttiva 2010/64 e il par. 2 dell’art. 2 della direttiva 2012/13, che fanno riferimento a “reati minori” sanzionabili da autorità diverse da una giurisdizione competente in materia penale, chiamata a pronunciarsi in sede di impugnazione delle sanzioni irrogate “in primo grado”: il richiamo è, ad esempio, ai reati previsti dal codice della strada (cfr. “considerando” n. 16 della direttiva 2010/64 e “considerando” n. 17 della direttiva 2012/13) che in alcuni Stati membri sono di competenza di autorità diverse da quella giudiziaria (penale), chiamata però a conoscerne in sede di impugnazione. Analogo esempio è contenuto nei “considerando” nn. 16 e 17 della direttiva 2048/13. Il successivo “considerando” n. 18 ribadisce l’esigenza di far salvi, comunque, anche in relazione ai reati minori, gli obblighi degli Stati membri di garantire, ai sensi della CEDU, il diritto ad un equo processo, che comprenda il diritto ad avere l’assistenza legale di un difensore.

³³ Cfr. sent. 4.3.2014. Analogamente cfr. anche la più recente sent. 20.5.2014, *Nykänen c. Finlandia*.

³⁴ Per alcune considerazioni in proposito, concludendo peraltro nel senso che, come accade nella direttiva, «*the right to have access to a lawyer may be excluded in administrative sanctioning procedures as long as these cannot entail a deprivation of liberty and as long as the right to a fair trial is respected*» cfr. L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 5.

³⁵ Cfr., con riferimento ancora alla proposta di direttiva, il citato documento dell’Unione delle Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore*.

³⁶ Nonché relativamente alla citata direttiva 2012/29 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

tura non transfrontaliera, ma puramente interna, e qualora il beneficiario dei diritti ivi previsti sia un cittadino non dell'Unione, bensì di un Paese terzo³⁷.

Ancora, sempre identicamente a quanto disposto nelle prime due direttive adottate in attuazione della tabella di marcia del 2009, anche la direttiva in esame contiene soltanto «norme minime» in merito ai tre diritti da essa disciplinati (art. 1), disponendo la clausola di non regressione, di cui all'art. 14, che nessuna disposizione della direttiva «può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta, dalla CEDU o da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dal diritto di qualsiasi Stato membro che assicuri un livello di protezione più elevato»³⁸. Tale previsione ricalca, sostanzialmente, l'art. 53 della Carta, e si pone in linea con l'art. 82, par. 2, ult. co., TFUE, che legittima gli Stati membri a «mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone» rispetto a quello oggetto delle regole armonizzate adottate sulla base di tale disposizione. Peraltro, tale clausola deve essere oggi necessariamente interpretata alla luce della giurisprudenza *Melloni*³⁹, secondo cui «le auto-

³⁷ Per più approfondite considerazioni in merito all'operatività "ampia" *ratione materiae e personarum* delle direttive sul ravvicinamento delle legislazioni processuali degli Stati membri, e le ragioni che consentono di giustificarla, sia consentito rinviare a C. Amalfitano, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale"*, cit., 11 ss. Ci si limita qui sinteticamente a ricordare che è tipico delle direttive di armonizzazione applicarsi anche a situazioni puramente interne, sulla base della sola natura oggettiva della fattispecie da esse volta a volta disciplinata. Ciò vale, a maggior ragione dove rilevano diritti fondamentali, eventuali discriminazioni (alla rovescia e non giustificate) potendo (*rectius*, dovendo) comunque essere eliminate (almeno nel nostro ordinamento) per il tramite di una pronuncia di illegittimità costituzionale (per violazione dell'art. 3 Cost.), sempreché non siano superabili già in via interpretativa, in virtù delle previsioni di cui all'art. 32, lett. *i*), e all'art. 53 della l. 24.12.2012, n. 234 (in GU 4.1.2013 n. 3), finalizzate ad assicurare la parità di trattamento tra i cittadini italiani e quelli degli altri Stati membri, vietando l'elaborazione di norme sfavorevoli ai primi e l'applicazione di norme o di prassi interne «che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea». Analogamente, discriminazioni fondate sulla nazionalità, a danno degli extracomunitari, potrebbero considerarsi costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 3 Cost.; e, del resto, comunque, *(i)* nessuna disposizione della direttiva 2013/48 (come delle due direttive del 2010 e del 2012) limita espressamente la fruibilità delle garanzie oggetto di armonizzazione ai soli "comunitari", *(ii)* dovendo di esse godere anche i destinatari di MAE, che possono essere anche extracomunitari. Ancora, *(iii)* l'art. 82, par. 2, lett. *b*), TFUE – base giuridica delle normative in esame – fa riferimento generico ai diritti della «persona» nella procedura penale, *(iv)* diritti che (secondo quanto previsto dalle stesse normative in esame e dalle norme orizzontali della Carta dei diritti fondamentali, alcune delle cui previsioni trovano – come visto – nelle direttive specifica attuazione) devono essere applicati alla luce delle garanzie stabilite dalla CEDU (come interpretate dalla Corte di Strasburgo), a favore di tutti coloro che possono essere soggetti alla giurisdizione di uno degli Stati contraenti (art. 1 CEDU), senza che rilievo alcuno assuma la loro nazionalità.

³⁸ Nello stesso senso si esprimono l'art. 8 della direttiva 2010/64 e l'art. 10 della direttiva 2012/13.

³⁹ Cfr. Corte giust., 26.2.2013, causa C-399/11, non ancora pubblicata in *Racc.*, su cui sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a C. Amal-

rità e i giudici nazionali [possono sì] applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali [anche più elevati rispetto a quelli previsti dal diritto dell'Unione], a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»⁴⁰. Ciò implica, come accaduto nel caso sottoposto al vaglio della Corte di giustizia, che se il più elevato standard di tutela nazionale pregiudica la cooperazione giudiziaria tra Stati membri, impedendo il riconoscimento di una decisione penale (nella specie un mandato d'arresto europeo) in un settore oggetto di armonizzazione, esso non può trovare applicazione. Ed è proprio tale principio che si trova codificato nel "considerando" n. 54 della direttiva 2013/48 (adottata successivamente alla menzionata pronuncia dei giudici di Lussemburgo), che infatti, dopo aver previsto – coerentemente con la clausola di non regressione – che «[g]li Stati membri possono ampliare i diritti [...] previsti [dalla direttiva] al fine di assicurare un livello di tutela più elevato», precisa che, comunque, «[t]ale livello di tutela più elevato non dovrebbe costituire un ostacolo al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che [le] dette regole minime mirano a facilitare»⁴¹.

Infine, anche la direttiva 2013/48, come le due che la precedono, deve essere applicata dagli Stati membri tenendo in considerazione, le «particolar[i] esigenze di indagati e imputati vulnerabili» (art. 13)⁴², che possono cioè trovarsi, come specificato nel "considerando" n. 51, «in posizione di potenziale debolezza» tale da compromettere «la loro capacità di esercitare il diritto di avvalersi di un difensore e di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale». Nell'attuare questa previsione, al fine di garantire anche in questi casi una buona amministrazione della giustizia, i legislatori nazionali potranno seguire (ed è auspicabile che seguano) anche le indicazioni contenute nella raccomandazione della Commissione del novembre 2013⁴³, specie quelle inerenti alla predisposizione di meccanismi di valutazione individuale idonei a prontamente individuare i soggetti vulnerabili e così apprestare senza ritardo tutte le garanzie processuali speciali per assicurare loro l'efficace esercizio dei diritti di difesa.

fitano, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.7.2013.

⁴⁰ *Ibidem*, punto 60.

⁴¹ Si noti che alla luce di un più elevato standard di tutela eventualmente assicurato in alcuni Stati membri, si potrebbe, progressivamente, giungere all'elaborazione di norme comuni dal contenuto più avanzato, un ruolo di prim'ordine spettando a tal fine alla Commissione: essa, infatti, chiamata a vigilare sull'applicazione della direttiva negli ordinamenti nazionali, mediante la presentazione di apposita relazione sul suo recepimento (cfr. art. 16), potrebbe formulare anche proposte legislative, finalizzate, se del caso, pure all'estensione graduale del livello di tutela da essa oggi fornito.

⁴² Cfr. art. 3, par. 2, della direttiva 2012/13 e "considerando" n. 27 della direttiva 2010/64 (che nell'articolato cogente, poi, all'art. 2, par. 3, si limita a prevedere che il diritto all'interpretazione «comprende l'appropriata assistenza per persone con problemi di udito o difficoltà di linguaggio»).

⁴³ Citata *supra*, alla nota 16.

3. Il diritto di avvalersi nel procedimento penale di un «difensore», ovvero di una «qualsiasi persona [...] qualificata e autorizzata conformemente al diritto nazionale, ad esempio mediante abilitazione da parte di un organo preposto, a fornire consulenza e assistenza legali a indagati o imputati» (in base alla definizione di cui al “considerando” n. 15), è disciplinato negli artt. 3 e 4 della direttiva, completati dall’art. 8 in tema di deroghe temporanee all’esercizio del diritto, dall’art. 9 relativo alla sua rinuncia e dall’art. 12 quanto ai rimedi esperibili in caso di violazione delle garanzie contemplate dalla direttiva.

Il diritto di difesa deve poter essere esercitato in modo concreto ed effettivo e, pertanto, il par. 1 dell’art. 3 chiarisce innanzitutto che l’assistenza tecnica del difensore deve essere assicurata in tempi e secondo modalità idonei a permettere tali concretezza ed effettività, specificando il successivo par. 2 che indagati ed imputati devono avvalersi del difensore «senza indebito ritardo», a partire dal primo tra una serie di momenti specificamente definiti, ovvero «a) prima che essi siano interrogati dalla polizia o da un’altra autorità di contrasto o giudiziaria; b) quando le autorità inquirenti o altre autorità competenti procedono ad atti investigativi o altri atti di raccolta delle prove conformemente al paragrafo 3, lettera c); c) senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale; d) qualora siano stati chiamati a comparire dinanzi a un giudice competente in materia penale, a tempo debito prima che compaiano dinanzi a tale giudice».

“Allarmante” è stata giudicata la specificazione inserita nel “considerando” n. 20 (voluta dal governo francese, date le specificità del suo ordinamento processuale), secondo cui «[a]i fini della [...] direttiva, non rientrano tra gli interrogatori le domande preliminari effettuate dalla polizia o da un’altra autorità di contrasto finalizzate a identificare l’interessato, a verificare il possesso di armi o ad accertare altre questioni analoghe relative alla sicurezza o a determinare se le indagini debbano essere avviate, ad esempio, nel corso di un controllo su strada o durante controlli periodici su base casuale qualora un indagato o imputato non sia ancora stato identificato»: tale esclusione, infatti, elimina «le cautele difensive per quelle attività investigative “preparatorie”, tipiche delle inchieste in materia di criminalità organizzata e terrorismo, la cui portata invasiva è analoga agli atti di indagini “tipici” e che spesso mirano a ricercare, piuttosto che ad approfondire, una *notitia criminis*, provocando una notevole alterazione del principio di legalità dell’investigazione»⁴⁴. Qualche perplessità potrebbe destare anche il “considerando” n. 24, secondo cui, in relazione ad alcuni reati minori, la direttiva «non dovrebbe impedire agli Stati membri di disciplinare il diritto dell’indagato o dell’imputato ad essere assistito da un difensore mediante l’uso del telefono», anche se viene ulteriormente precisato che siffatta limitazione dovrebbe comunque «essere circoscritta ai casi in cui l’indagato o l’im-

⁴⁴ In tal senso, con riferimento alla proposta di direttiva, in relazione all’attuale considerando n. 20, cfr. il documento dell’Unione delle Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore*, cit.

putato non sarà interrogato dalla polizia o da un'altra autorità di contrasto».

Si ricordi, ad ogni modo, che, come visto (*supra*, par. 2), l'assistenza tecnica di cui alla previsione in esame, e seppur con le limitazioni di cui si è detto, deve essere assicurata anche a colui che diventi indagato durante un interrogatorio.

Quanto al contenuto del diritto di avvalersi del difensore, il par. 3 dell'art. 3 prevede che esso comporta: (a) il diritto di indagati/imputati di incontrare in privato e di comunicare con il difensore che li assiste, anche prima dell'interrogatorio da parte della polizia o di un'altra autorità di contrasto o giudiziaria; (b) il diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del loro difensore quando sono interrogati, secondo le procedure previste dal diritto nazionale (a condizione che esse non pregiudichino l'effettivo esercizio o l'essenza del diritto in questione) e con la verbalizzazione di tale partecipazione sempre alla stregua delle regole nazionali rilevanti⁴⁵; (c) il diritto alla presenza del proprio difensore almeno «ai seguenti atti di indagine o di raccolta delle prove, ove tali atti siano previsti dal diritto nazionale e all'indagato o all'imputato sia richiesto o permesso di essere presente all'atto in questione: i) ricognizioni di persone; ii) confronti; iii) ricostruzioni della scena di un crimine»⁴⁶.

Il successivo par. 4 richiede, quindi, agli Stati membri, sempre al fine di garantire l'effettività del diritto di difesa, di «rendere disponibili informazioni generali per aiutare gli indagati e imputati a trovare un difensore», assicurandosi che essi se ne avvalgano anche quando sono privati della libertà personale e sempre che non vi rinuncino ai sensi dell'art. 9⁴⁷.

⁴⁵ In proposito cfr. anche il “considerando” n. 25, secondo cui «[i]n occasione di un interrogatorio dell'indagato o imputato da parte della polizia o di un'altra autorità di contrasto o giudiziaria o di un'udienza davanti al giudice, il difensore può, *tra l'altro, secondo dette procedure, porre domande, chiedere chiarimenti e rendere dichiarazioni* che dovrebbero essere verbalizzate conformemente al diritto dello Stato membro interessato» (corsivo aggiunto). L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 9, rileva in proposito come preferibile fosse la formulazione della proposta di direttiva, che disponeva nell'articolo 4 cogente (all'art. 4, par. 2), e non solo nel “considerando”, che «[i]l difensore ha il diritto di essere presente a ogni interrogatorio e udienza. Il difensore ha il diritto di porre domande, chiedere chiarimenti e rendere dichiarazioni che sono verbalizzate secondo le norme del diritto nazionale».

⁴⁶ Su tale diritto cfr. anche il “considerando” n. 26.

⁴⁷ Per alcune specificazioni su tali obblighi degli Stati membri e corrispondenti diritti di indagati/imputati, a seconda che siano privati o meno della libertà personale, cfr. i “considerando” nn. 27 e 28, secondo cui, rispettivamente, per i soggetti “liberi”, «[g]li Stati membri dovrebbero impegnarsi a rendere disponibili informazioni generali, ad esempio su un sito *web* o per mezzo di opuscoli disponibili presso gli uffici di polizia, per aiutare gli indagati e imputati a trovare un difensore. Tuttavia, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti ad adottare misure attive per garantire che l'indagato o imputato che non è privato della libertà personale sia assistito da un difensore se l'interessato stesso non ha disposto di farsi assistere da un difensore. L'indagato o imputato interessato dovrebbe poter contattare, consultare liberamente un difensore e farsi assistere dallo stesso»; e, per i soggetti privati della libertà personale, «gli Stati membri dovrebbero adottare le disposizioni necessarie per assicurare che essi siano in grado di esercitare in modo effettivo il loro diritto di avvalersi di un di-

Con specifico riferimento al diritto di cui *supra*, *sub* (a), l'art. 4 impone, poi, agli Stati membri di assicurare e rispettare la riservatezza delle comunicazioni tra indagati o imputati e il loro difensore, tali comunicazioni comprendendo «gli incontri, la corrispondenza, le conversazioni telefoniche e le altre forme di comunicazione consentite ai sensi del diritto nazionale». Ci si rammarica del fatto che non siano rimaste (e meglio esplicitate) nell'articolato cogente (come accadeva nella proposta di direttiva, al suo art. 4, par. 5), ma siano state inserite solo nei "considerando", alcune specificazioni in merito alla durata e alla frequenza degli incontri con il difensore, che non devono mai essere limitate in modo da pregiudicare l'esercizio dei diritti della difesa⁴⁸.

I primi commenti sulla direttiva 2013/48 sono piuttosto critici sulla portata del diritto all'assistenza tecnica da essa garantito, ritenendo che la nuova disciplina nulla sostanzialmente aggiunga a quanto già sancito dall'art. 6 par. 3 lett. c CEDU (come interpretato dalla Corte di Strasburgo) e dal corrispondente art. 47 par. 2 Carta⁴⁹, nonché alle garanzie offerte in proposito dall'ordinamento italiano. E si evidenzia, tra l'altro, come la direttiva non presti sufficiente attenzione ai procedimenti transnazionali, specie sotto il profilo della raccolta delle prove, occorrendo in tali casi che l'assistenza sia coordinata tra i difensori di cui l'interessato si avvarrà nei due (o più) Stati membri coinvolti, a questo scopo apparendo preferibile un'apposita disciplina specifica che invece manca⁵⁰.

fensore, anche predisponendo l'assistenza di un difensore qualora non ne abbiano uno, a meno che non abbiano rinunciato a tale diritto. Tali disposizioni potrebbero prevedere, tra l'altro, che le autorità competenti predispongano l'assistenza di un difensore sulla base di un elenco di difensori disponibili tra cui l'indagato o imputato possa scegliere. Tali disposizioni potrebbero comprendere, se del caso, quelle relative al patrocinio a spese dello Stato».

⁴⁸ Cfr., in particolare, i "considerando" nn. 22, 23, 33 e 34, secondo cui, tra l'altro, indagati e imputati dovrebbero avere il diritto di incontrare in privato il difensore che li assiste, potendo gli Stati membri stabilire sia (i) disposizioni pratiche riguardanti la durata e la frequenza di tali incontri, nonché le modalità di comunicazione (eventualmente ricorrendo, ad esempio, alla videoconferenza), tenendo conto delle circostanze del procedimento, in particolare della complessità del caso e degli adempimenti procedurali applicabili, sia (ii) disposizioni pratiche per garantire la sicurezza, in particolare del difensore e dell'indagato o imputato, nel luogo in cui avviene l'incontro. Ancora, si specifica che gli Stati membri dovrebbero astenersi dall'interferire nelle comunicazioni o dall'accedervi e che dovrebbero comunque essere fatti salvi (iii) «i meccanismi predisposti nelle strutture di detenzione per evitare l'invio ai detenuti di plichi illegali, quale il vaglio della corrispondenza, a condizione che tali meccanismi non consentano alle autorità competenti di leggere le comunicazioni tra gli indagati o imputati e il loro difensore» e, altresì, (iv) «le procedure di cui al diritto nazionale in base alle quali l'inoltro di corrispondenza può essere rifiutato qualora il mittente non accetti che la corrispondenza sia prima sottoposta ad un giudice competente».

⁴⁹ Cfr. S. Quattrocchio, *Uno sguardo oltralpe: profili generali della recente riforma francese della garde à vue*, cit., 316; L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 2 e 16, che evidenzia come la direttiva sia al di sotto delle aspettative rispetto all'obiettivo di rafforzare realmente le garanzie processuali nei procedimenti penali; nonché, con riferimento ancora alla proposta di direttiva, il documento dell'Unione delle Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore*, cit.

⁵⁰ Su questa lacuna della direttiva cfr. L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 14 s. Sui problemi collegati alle indagini transnazionali e alla protezione dei diritti fondamen-

Così, non poche perplessità rivestono anche le previsioni in tema di deroga e di rinuncia al diritto al difensore, che rischiano di svuotare di contenuto il diritto/obbligo di assistenza tecnica, depotenziandolo tanto sul piano “oggettivo”, perché il suo rispetto assicura la buona amministrazione della giustizia, quanto su quello “soggettivo”, trattandosi di diritto che dovrebbe essere inviolabile e, dunque, non rinunciabile, almeno quando i titolari sono minori e persone vulnerabili⁵¹.

Rispetto ai minori, l'impossibilità di rinunciare all'assistenza tecnica è prefigurata dalla proposta di direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali⁵². Nessuna attenuazione alla regola generale, invece, è prevista dall'art. 9 della direttiva che disciplina, come anticipato, la rinuncia al diritto al difensore. A meno che l'irrinunciabilità della difesa nelle ipotesi richiamate sia fissata dalle regole nazionali – la norma, infatti, facendo salvo «il diritto nazionale che impone la presenza o l'assistenza obbligatoria di un difensore» – la rinuncia è sempre ammessa purché avvenga in maniera volontaria ed inequivocabile, dopo che «l'indagato o imputato abbia ricevuto, oralmente o per iscritto, informazioni chiare e sufficienti in un linguaggio semplice e comprensibile [ovvero non tecnico-giuridico, oltre che in una lingua comprensibile] sul contenuto del diritto [cui rinuncia] e sulle possibili conseguenze della rinuncia allo stesso»⁵³. La norma in

tali cfr. R. Vogler, *Transnational Inquiries and the Protection of Human Rights in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in S. Ruggeri (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Berlino 2013, 27 ss., nonché S. Ruggeri, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Comparative Law*, *ibidem*, 533 ss.

⁵¹ Grande scetticismo sulla possibilità di rinunciare al diritto, già previsto nella proposta di direttiva, mostra l'Unione delle Camere Penali Italiane, nel documento *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore*, cit., dove, appunto, si evidenzia come «la difesa tecnica non è solo un diritto soggettivo inviolabile dell'accusato, ma costituisce altresì un canone oggettivo di regolarità della giurisdizione. L'assistenza difensiva, infatti, è elemento indispensabile per l'instaurazione di un contraddittorio effettivo, in cui l'accusa è fronteggiata da un'idonea controparte la cui presenza garantisca, anche (ma non solo) nell'interesse dell'imputato, l'osservanza dei principi che informano il “giusto processo”. Pertanto la difesa tecnica, contribuendo a garantire l'interesse pubblico ad una corretta amministrazione della giustizia, non dovrebbe mai essere subordinata alla volontà dell'accusato di rinunciarvi. A maggior ragione, l'UCPI considera che il diritto alla difesa tecnica dovrebbe essere indisponibile, nella maniera più assoluta, quando si riconosca la “vulnerabilità” dell'assistito. Di conseguenza, la direttiva avrebbe dovuto inibire quantomeno che tanto il maggiore “vulnerabile” quanto il minore possano in alcun modo rinunciare all'assistenza di un difensore, in qualunque fase e quale che sia la contestazione».

⁵² Cfr. COM (2013) 822, cit., *sub* art. 6. Anche la citata raccomandazione della Commissione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate nei procedimenti penali prevede, al punto 11, che se esse non sono in grado di capire o seguire il procedimento non dovrebbero poter rinunciare al difensore secondo le regole di cui alla direttiva 2013/48.

⁵³ Il “considerando” n. 39 precisa che, nel fornire indicazioni sul contenuto del diritto cui si rinuncia e sulle conseguenze della rinuncia, «si dovrebbe tenere conto delle condizioni specifiche degli indagati o imputati interessati, tra cui la loro età e il loro stato mentale e fisico»: ciò – si noti – al fine di assicurare che la rinuncia sia davvero consapevole e volontaria e non, piuttosto, come tutela “aggiuntiva” per evitare che tali categorie di soggetti rinuncino all'assistenza tecnica.

esame prescrive, poi, l'obbligo di verbalizzazione, conformemente alla legislazione dello Stato membro interessato, della rinuncia (che deve potersi effettuare oralmente o per iscritto) e delle circostanze in cui è avvenuta⁵⁴, nonché l'obbligo di prevedere la possibile revoca della rinuncia (informando di tale possibilità gli interessati), che può avvenire in qualunque momento nel corso del procedimento penale e produce effetto dal momento in cui è effettuata, senza imporre (di regola) – come precisato nel “considerando” n. 41 – di «procedere nuovamente all'interrogatorio e ad eventuali atti procedurali eseguiti nel periodo durante il quale si è rinunciato al diritto».

Quanto, poi, alle deroghe al diritto all'assistenza tecnica, l'art. 3 ne prevede due tipologie. La prima (par. 5) può concernere il diritto di accesso al difensore «senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale» (di cui all'art. 3, par. 2, lett. c), «in circostanze eccezionali e solo nella fase che precede il processo», qualora sia impossibile garantire il diritto di avvalersi di un difensore «a causa della lontananza geografica dell'indagato o imputato»⁵⁵. La seconda (par. 6), che desta le maggiori perplessità, riguarda tutte le declinazioni del diritto specificate nel par. 3 dell'art. 3: anch'essa è ammissibile solo «in circostanze eccezionali e solo nella fase che precede il processo», e, ancora, solo nella misura in cui sia giustificata «alla luce delle circostanze particolari del caso, sulla base di uno dei seguenti motivi imperativi: a) ove vi sia la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona⁵⁶; b) ove vi sia la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale» (corsivo aggiunto)⁵⁷.

⁵⁴ Il “considerando” n. 40 prevede che tale verbalizzazione «non dovrebbe comportare per gli Stati membri l'obbligo aggiuntivo di introdurre nuovi meccanismi né alcun tipo di onere amministrativo supplementare».

⁵⁵ A proposito di tale deroga, il “considerando” n. 30, precisa che «[q]ualora l'indagato o imputato si trovi in un luogo geograficamente lontano, ad esempio in territori d'oltremare o laddove uno Stato membro conduce o partecipa ad operazioni militari fuori del suo territorio, gli Stati membri possono derogare temporaneamente al diritto dell'indagato o imputato di avvalersi di un difensore senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale. Durante tale deroga temporanea, le autorità competenti non dovrebbero interrogare l'interessato o procedere a uno degli atti investigativi o di raccolta delle prove di cui alla presente direttiva. Qualora non sia possibile avvalersi in maniera immediata di un difensore a causa della lontananza geografica dell'indagato o imputato, gli Stati membri dovrebbero predisporre la comunicazione tramite telefono o videoconferenza, a meno che ciò non sia impossibile».

⁵⁶ Il “considerando” n. 31 prevede che, qualora operi siffatta deroga, «le autorità competenti possono interrogare gli indagati o imputati senza la presenza del difensore, a condizione che essi siano stato informati della loro facoltà di non rispondere e possano esercitare tale diritto e a condizione che detto interrogatorio non pregiudichi i diritti della difesa, comprese le garanzie contro l'autoincriminazione. [...] Ogni abuso di tale deroga arrecherebbe, in linea di principio, un pregiudizio irrimediabile ai diritti della difesa».

⁵⁷ Il “considerando” n. 32 precisa che «[g]li Stati membri dovrebbero [...] poter derogare temporaneamente al diritto di avvalersi di un difensore nella fase che precede il processo penale qualora sia indispensabile un intervento immediato delle au-

Entrambe le ipotesi di deroga devono essere (i) necessariamente temporanee, come chiaramente ribadito dall'art. 8, che peraltro avrebbe forse potuto specificare un limite temporale massimo, mentre ne rimette la fissazione al legislatore nazionale, che deve assicurare anche che esse (ii) siano proporzionate e non andare oltre il necessario, (iii) non essere disposte basandosi esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato e (iv) non pregiudicare l'equità complessiva del procedimento. Ancora, le deroghe devono essere (v) autorizzate mediante decisione debitamente motivata (e verbalizzata secondo le regole nazionali), adottata caso per caso da un'autorità giudiziaria o da un'altra autorità competente a condizione che la decisione possa essere sottoposta a controllo giurisdizionale⁵⁸.

Infine, anche la disciplina relativa ai rimedi esperibili in caso violazione dei diritti previsti dalla direttiva è carente, specie laddove non prevede l'inutilizzabilità assoluta, sia per la decisione sia per qualsiasi altro scopo procedimentale, delle prove e delle dichiarazioni assunte in violazione del diritto della difesa tecnica, così discostandosi dall'originaria proposta della Commissione⁵⁹ e, di fatto, assicurando una tutela minore di quella garantita dalla giurisprudenza di Strasburgo, che considera irrimediabilmente compromessi i diritti della difesa quando dichiarazioni incriminanti, rese durante un interrogatorio in assenza di difensore, vengono impiegate per vagliare la colpevolezza dell'imputato ai fini della sua condanna⁶⁰. Vero è che tale giurisprudenza è richiamata nel "considerando" n. 50 e dovrebbe fornire la corretta chiave di lettura delle previsioni cogenti della direttiva in tema di rimedi adoperabili per reagire alle violazioni delle garanzie da essa disposte; ma tale "considerando" legittima comunque, in certi casi⁶¹, l'utilizzabilità delle dichiara-

torità inquirenti per evitare che *tale* processo penale sia compromesso in modo sostanziale, in particolare per evitare che siano distrutte o alterate prove essenziali o siano influenzati i testimoni» (corsivo aggiunto; si noti la differenza tra la formulazione della previsione cogente e del "considerando", la deroga contenuta nella prima essendo più ampia e quindi, almeno in linea di principio, potenzialmente più lesiva dei diritti di difesa). Il "considerando" prosegue poi sostanzialmente ribadendo quanto previsto al "considerando" n. 31 (v. nota precedente).

⁵⁸ Il "considerando" n. 38, precisa che «in caso di autorizzazione di una deroga temporanea ai sensi della [...] direttiva da parte di un'autorità giudiziaria che non sia un giudice la decisione di autorizzazione della deroga temporanea [deve poter] essere valutata da un giudice, almeno durante la fase processuale».

⁵⁹ Cfr. l'art. 13 della citata proposta di direttiva, il cui testo è riportato *supra*, alla nota 8.

⁶⁰ Cfr., in particolare, la citata sent. 27.11.2008, *Salduz c. Turchia*, ma anche, ad esempio, la sent. 11.12.2008, *Panovits c. Cipro* e la sent. 12.1.2012, *Trymbach c. Ucraina*. A sostegno della inutilizzabilità completa delle prove acquisite in violazione delle regole sul diritto al difensore cfr. il documento dell'Unione delle Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore*, cit.; L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 3 e 9.

⁶¹ L'applicazione della richiamata giurisprudenza in tema di inutilizzabilità delle prove e delle dichiarazioni «dovrebbe [comunque] fare salvo l'uso di dichiarazioni per altri scopi consentiti dal diritto nazionale, quali la necessità di eseguire atti investigativi urgenti per evitare la perpetrazione di ulteriori reati o gravi conseguenze negative per chiunque, o legate all'urgente necessità di evitare di compromettere in

zioni in parola (rimettendo al legislatore/autorità giudiziaria il concreto bilanciamento di delicati interessi contrapposti, non sempre facilmente contemperabili) e l'art. 12 della direttiva, come del resto i suoi omologhi nelle direttive del 2010 e del 2012⁶², lascia ampi (forse eccessivi) margini di discrezionalità agli Stati membri in sede di trasposizione, limitandosi genericamente a stabilire che essi devono predisporre mezzi di ricorso effettivi⁶³ in caso di violazioni dei diritti previsti dalla direttiva (par. 1) e garantire che, «[f]atti salvi i sistemi o le norme nazionali in materia di ammissibilità delle prove, [...] nel quadro dei procedimenti penali, nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove raccolte in violazione del loro diritto di accesso a un difensore o in casi in cui è stata autorizzata una deroga a tale diritto conformemente all'articolo 3, paragrafo 6, siano rispettati i diritti della difesa e l'equità del procedimento» (par. 2).

Ancora completamente rimessa alla discrezionalità degli Stati membri è, invece, la disciplina relativa al patrocinio a spese dello Stato, lo stesso art. 11 della direttiva facendo salvi in proposito i diritti nazionali, da applicarsi comunque, secondo quanto sancito da tale disposizione, in conformità della Carta e della CEDU, nonché, oggi, alla luce delle citate raccomandazioni – formulate dalla Commissione nel novembre 2013 – sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali, ed eventualmente, un domani, sulla base degli obblighi di cui alla adottanda direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale, anch'essa (come visto) presentata dalla Commissione alla fine dello scorso anno, a completamento della tabella di marcia del 2009⁶⁴.

modo sostanziale un procedimento penale, qualora la possibilità di avvalersi di un difensore o un ritardo nello svolgimento delle indagini possa pregiudicare irrimediabilmente indagini in corso su un reato grave. Inoltre, [essa] dovrebbe far salvi i sistemi o le norme nazionali in materia di ammissibilità delle prove e non dovrebbe impedire agli Stati membri di mantenere un sistema in base al quale possono essere prodotte davanti a un giudice tutte le prove esistenti, senza che vi sia una valutazione distinta o preliminare dell'ammissibilità di tali prove».

⁶² Cfr. i par. 5 degli artt. 2 e 3 della direttiva 2010/64, che impongono agli Stati membri di predisporre meccanismi di impugnazione di decisioni che dichiarano superflua l'interpretazione o la traduzione e, nel caso in cui siano state fornite, di contestazione della loro qualità in quanto non sufficiente a tutelare l'equità del procedimento; e l'art. 8, par. 2, della direttiva 2012/13, secondo cui gli Stati membri devono assicurare che «le persone indagate o imputate o i loro avvocati abbiano il diritto di impugnare, secondo le procedure del diritto nazionale, l'eventuale rifiuto delle autorità competenti di fornire le informazioni di cui alla [...] direttiva o l'eventuale mancata comunicazione delle stesse». Nessuna delle due direttive contiene, invece, indicazioni in merito agli effetti di siffatte violazioni (accertate da parte delle autorità nazionali) e alla (presumibile, anche in questo caso) inutilizzabilità di prove e dichiarazioni acquisite senza le garanzie predisposte dalla normativa europea.

⁶³ Ed «adeguati», secondo la specificazione di cui al «considerando» n. 49. S. Cras, *op. cit.*, 40, a fronte dell'estrema genericità della previsione in esame, auspica che «the Member States and the Court of Justice of the European Union will give substantial emphasis to Art. 12.1».

⁶⁴ V. *supra*, par. 1, spec. nota 16. La citata proposta di direttiva concerne anche l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

4. Il diritto di accesso al difensore deve essere assicurato – come detto (*supra*, par. 2) e come accade per i diritti di cui alle direttive del 2010 e del 2012 – anche nell’ambito dei procedimenti di esecuzione di un mandato di arresto europeo. La disciplina a tal fine rilevante è dettata dall’art. 10 della direttiva in esame, frutto di diversi emendamenti nel corso del processo decisionale, e nella versione definitiva sostanzialmente corrispondente al testo dell’originaria proposta della Commissione, con possibilità di avvalersi dell’assistenza tecnica tanto nello Stato di esecuzione quanto in quello di emissione del mandato d’arresto⁶⁵.

Alle persone ricercate, arrestate in attuazione di un mandato, gli Stati membri di esecuzione devono assicurare «a) il diritto di avvalersi di un difensore [per] esercitare i loro diritti in modo effettivo e in ogni caso senza indebito ritardo dal momento in cui sono private della libertà personale⁶⁶; b) il diritto di incontrare e di comunicare [con le garanzie di riservatezza di cui all’art. 4 della direttiva] con il difensore che le assiste; c) il diritto alla presenza e alla partecipazione, conformemente alle procedure previste dal diritto nazionale, del loro difensore all[la loro] audizione [...] da parte dell’autorità giudiziaria di esecuzione», con verbalizzazione, anche in questo caso secondo le regole nazionali rilevanti, della partecipazione effettiva del difensore (par. 2), che – come accade per l’assistenza tecnica fornita *ex art.* 3 della direttiva – può realizzarsi (tra l’altro) mediante la presentazione di domande, la richiesta di chiarimenti o il rilascio di dichiarazioni⁶⁷. Tali diritti sono suscettibili di rinuncia, secondo quanto stabilito dall’esaminato art. 9 della direttiva, e la persona ricercata, privata della libertà personale, deve poter usufruire anche dei diritti previsti dagli artt. 5-7, in tema di informazione e comunicazione con i terzi, che saranno oggetto di analisi nel prossimo paragrafo.

Ancora, l’autorità competente dello Stato membro di esecuzione deve anche informare la persona ricercata, senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale, della possibilità di nominare un di-

⁶⁵ *Amplius* cfr. S. Cras, *op. cit.*, 42 s.; L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 10, che evidenzia come l’assistenza del difensore in entrambi gli Stati coinvolti dal procedimento di esecuzione del mandato di arresto sia particolarmente onerosa dal punto di vista economico e come, quindi, di essa difficilmente possa effettivamente beneficiare il consegnando che non abbia sufficienti risorse (nelle more, almeno – sembra corretto aggiungere – dell’adozione della direttiva sull’ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato).

⁶⁶ Il “considerando” n. 45, che di fatto corrisponde al n. 28 per l’assistenza tecnica nei procedimenti penali *ex art.* 3, stabilisce che le regole nazionali necessarie per assicurare che il diritto al difensore sia esercitato in modo effettivo «dovrebbero prevedere, tra l’altro, che le autorità competenti predispongano l’assistenza di un difensore sulla base di un elenco di difensori disponibili tra cui le persone ricercate potrebbero scegliere».

⁶⁷ In questo senso si esprime il “considerando” n. 42, che ricalca quanto disposto, in relazione al citato art. 3, dal “considerando” n. 25. Così, specificazioni in merito alla frequenza e alla durata degli incontri tra persona ricercata e difensore, nonché alle modalità tecniche secondo cui le comunicazioni possono avvenire, sono contenute nei “considerando” nn. 43 e 44, che riproducono i precedenti “considerando” nn. 22 e 23 (su cui v. *supra*, par. 3).

fensore anche nello Stato membro di emissione del mandato d'arresto; e qualora il ricercato decida di avvalersi di tale diritto (essendo ancora privo di difensore nello Stato di emissione del mandato), la stessa autorità deve darne informazione all'autorità competente di questo Stato, che deve fornire al consegnando, anche in questo caso senza indebito ritardo, informazioni utili per agevolarla nella nomina del difensore (parr. 4 e 5)⁶⁸.

L'esercizio effettivo di tutti questi diritti non deve, comunque, pregiudicare i tempi (e le condizioni) di esecuzione del mandato d'arresto fissati, come noto, nella decisione quadro 2002/584/GAI (par. 6), e la loro violazione è suscettibile di tutela secondo quanto stabilito nel sopra analizzato art. 12 della direttiva.

Infine, in attesa dell'adozione della direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato, che dovrebbe applicarsi anche nei procedimenti di esecuzione dei mandati d'arresto, anche rispetto ad essi si applicano le regole nazionali in materia, alla luce della rilevante normativa CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, e delle corrispondenti norme della Carta dei diritti fondamentali.

5. La direttiva 2013/48 disciplina infine, come anticipato (*supra*, par. 2), due ulteriori tipologie di diritti che avrebbero dovuto essere oggetto – secondo l'originario approccio graduale e settoriale di Commissione e Consiglio – di una diversa e successiva direttiva: si tratta (*i*) del diritto di indagati e imputati di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale (art. 5) e (*ii*) del diritto di indagati e imputati privati della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari (artt. 6-7).

Con riguardo al primo diritto, da accogliere con favore è la sua previsione "estesa" ai sensi dell'art. 5, che configura quale destinatario dell'informazione circa la privazione della libertà personale (che deve avvenire «senza indebito ritardo») un qualunque terzo, riferendosi, infatti, a «almeno una persona, quale un parente o un datore di lavoro», indicata dal titolare del diritto, e non più soltanto a un familiare o al datore di lavoro come avveniva nell'art. 12 della proposta di decisione quadro del 2004⁶⁹.

Benché tale diritto non sia rinunciabile secondo la disciplina di cui all'esaminato art. 9 della direttiva, in realtà esso è comunque esercitabile solo se il titolare "lo desidera". Tale "scelta" non sembra però praticabile se ad essere privato della libertà personale è un minore (da intendersi

⁶⁸ Secondo quanto previsto nel "considerando" n. 46, le informazioni in parola «potrebbero, ad esempio, comprendere l'elenco aggiornato dei difensori oppure il nome di un difensore di turno nello Stato di emissione in grado di fornire informazioni e consulenza in casi connessi al mandato d'arresto europeo. Gli Stati membri potrebbero chiedere che detto elenco sia stilato dall'ordine degli avvocati competente».

⁶⁹ Tale ampliamento è salutato favorevolmente da L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 11. Per la proposta di decisione quadro v. *supra*, nota 2.

come ogni persona di età inferiore ai diciotto anni⁷⁰), dal momento che il par. 2 dell'art. 5 prevede in siffatte ipotesi l'obbligo degli Stati membri di garantire che «il titolare della potestà genitoriale sia informato quanto prima della privazione della libertà personale [del minore] e dei relativi motivi, salvo che ciò sia contrario all'interesse superiore del minore, nel qual caso ne è informato un altro adulto idoneo» (ad esempio un parente, secondo la specificazione contenuta nel "considerando" n. 55⁷¹).

Il diritto in parola è derogabile, seppur temporaneamente⁷² e nel rispetto delle ulteriori condizioni di cui all'analizzato art. 8, quando si sia in presenza di uno dei seguenti motivi "imperativi": «a) [...] la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona; o b) [...] la necessità impellente di prevenire una situazione suscettibile di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale»⁷³. Le deroghe devono essere autorizzate caso per caso dall'autorità giudiziaria o da altra autorità competente la cui decisione sia suscettibile di controllo giurisdizionale (art. 8, par. 3), ma non è chiaro perché non si preveda anche in questi casi – come in quelli di deroga all'assistenza tecnica – che la decisione che dispone la deroga debba essere «debitamente motivata». Inoltre, vero è che, allorché la deroga temporanea riguarda l'applicazione del diritto di cui al par. 2 dell'art. 5, gli Stati membri devono garantire «che un'autorità competente per la protezione o il benessere dei minori sia informata senza indebito ritardo della privazione della libertà personale del minore», ma non sono mancate voci a sostegno della necessità di una disciplina più stringente in merito, che rendesse davvero eccezionale la deroga del diritto di cui siano titolari i minori, per assicurarne una tutela più efficace⁷⁴.

Quanto poi al diritto di comunicare, senza indebito ritardo, durante il periodo di privazione della libertà personale, con un "qualunque" terzo, quale ad esempio un parente, scelto dall'indagato o imputato, esso è sancito dall'art. 6. Risulta abbastanza peculiare che il par. 2

⁷⁰ Tale specificazione è conforme alle indicazioni contenute nella comunicazione della Commissione relativa al Programma UE per i diritti dei minori, COM (2011) 60 def., del 15.2.2011.

⁷¹ Tale "considerando" prosegue disponendo che «dovrebbe[ro essere comunque fatte] salve le disposizioni del diritto nazionale che dispongono che specifiche autorità, istituzioni o persone, in particolare quelle responsabili per la protezione o il benessere dei minori, siano informate della privazione della libertà personale di un minore».

⁷² Anche in questo caso, come per le deroghe al diritto all'assistenza tecnica di cui all'art. 3, la direttiva si limita a stabilire la temporaneità della deroga, richiedendo agli Stati membri che essa sia «rigorosamente limitata nel tempo» (cfr. art. 8, par. 1, lett. b), ma senza fissare un limite massimo per la stessa. Rileva tale "lacuna", dovuta alla necessità di trovare comunque sul punto un compromesso politico tra gli Stati membri, L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 12.

⁷³ Cfr. anche il "considerando" n. 35, secondo cui «[q]uando le autorità competenti prendono in considerazione l'applicazione di tale deroga temporanea nei confronti di un determinato terzo, dovrebbero prima esaminare se un altro terzo, indicato dall'indagato o imputato, possa essere informato della privazione della libertà personale».

⁷⁴ In tal senso cfr. L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 12.

di tale disposizione ammetta la possibilità per gli Stati membri di «limitare o differire l'esercizio del diritto di cui al paragrafo 1 in considerazione di esigenze imperative o di esigenze operative proporzionate» senza che, pur trattandosi di fatto, comunque, di una deroga al diritto, essa sia chiaramente subordinata al rispetto delle condizioni (generali) fissate per le ipotesi di deroga dall'art. 8 della direttiva. Ad ogni modo, in virtù di quanto disposto dal “considerando” n. 36⁷⁵ – alla cui luce deve essere applicata la disposizione in commento – e di un'interpretazione sistematica delle previsioni della direttiva, sembra ammissibile la tesi per cui i requisiti per le deroghe di cui al richiamato art. 8 debbano trovare applicazione anche quando si limita o differisce l'esercizio del diritto di comunicare con un terzo⁷⁶. E ancora, secondo quanto disposto dal “considerando” n. 55, in relazione a minori indagati o imputati privati della libertà personale, gli Stati membri dovrebbero astenersi dal limitare o differire l'esercizio del diritto di comunicare con un terzo salvo in casi del tutto eccezionali e, in «caso di differimento, il minore non dovrebbe comunque essere tenuto in isolamento e dovrebbe essere autorizzato a comunicare, ad esempio, con un'istituzione o una persona responsabile per la protezione o il benessere dei minori».

Infine, con riferimento al diritto di indagati e imputati di comunicare con le autorità consolari del proprio Stato di cittadinanza durante la privazione della libertà personale, l'art. 7 della direttiva disciplina non solo siffatto diritto, ma anche (e prima) quello di informare di tale privazione le autorità consolari, senza indebito ritardo, dal momento in cui la limitazione della libertà si verifica⁷⁷. Tale previsione sembra, dunque, completare la disciplina di cui alla convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari⁷⁸, che sancendo all'art. 36 il diritto all'assistenza consolare degli indagati e imputati che sono privati della libertà personale, conferisce in realtà agli Stati il diritto di avere contatti con i propri cittadini. In questo caso, invece, il diritto – in prospettiva “capovolta” – è

⁷⁵ Esso prevede che «[g]li Stati membri possono limitare o differire l'esercizio [del] diritto [di cui all'art. 6] in considerazione di esigenze imperative o di esigenze operative proporzionate. Tali esigenze potrebbero includere, tra l'altro, la necessità di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona, la necessità di evitare che sia pregiudicato un procedimento penale, la necessità di evitare un reato, la necessità di assistere a un'udienza e la necessità di proteggere le vittime di reato. Quando le autorità competenti prendono in considerazione la limitazione o il differimento dell'esercizio del diritto di comunicare nei confronti di un determinato terzo, dovrebbero prima esaminare se gli indagati o imputati possano comunicare con un altro terzo da loro indicato. Gli Stati membri possono stabilire disposizioni pratiche riguardanti il momento, le modalità, la durata e la frequenza della comunicazione con terzi, tenendo conto della necessità di mantenere ordine e sicurezza nel luogo in cui si trova la persona privata della libertà personale» (corsivo aggiunto).

⁷⁶ A favore di tale conclusione cfr. L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 12.

⁷⁷ Il “considerando” n. 37 prevede, tra l'altro, che «[l]a protezione consolare può essere esercitata da autorità diplomatiche quando queste agiscono in qualità di autorità consolari».

⁷⁸ Resa esecutiva in Italia con l. 9.8.1967, n. 804, in *GU* 19.9.1967, n. 235. Tale convenzione è richiamata nel “considerando” n. 37 della direttiva.

attribuito ai soggetti privati della libertà personale, sempre che essi decidano di avvalersene: anche tale diritto, infatti, come quello di cui all'art. 5, se non espressamente rinunciabile *ex art. 9* della direttiva, è comunque non esercitabile (l'art. 7 prevedendo che la comunicazione possa avvenire se indagati e imputati «lo desiderano»)⁷⁹. Qualora, poi, gli indagati o imputati abbiano due o più cittadinanze, è previsto che essi possano scegliere le autorità consolari di quale Stato informare della privazione della libertà personale, se del caso, e con chi desiderano comunicare⁸⁰.

Ancora, il par. 2 dell'art. 7 stabilisce che gli indagati e imputati «hanno altresì il diritto di ricevere visite delle loro autorità consolari, il diritto di conversare e di corrispondere con esse nonché il diritto ad una assistenza legale predisposta dalle loro autorità consolari, fatto salvo il consenso di tali autorità e se gli indagati o imputati in questione lo desiderano». Così, il successivo par. 3 rimette la disciplina dell'esercizio di tutti i diritti stabiliti dall'art. 7 alle procedure nazionali, «a condizione che consentano di dare pieno effetto alle finalità cui mirano tali diritti».

Laddove questi diritti, così come quelli di cui agli esaminati art. 5-6 della direttiva, siano oggetto di violazione troverà quindi applicazione la regola generale di cui all'art. 12, par. 1, in base alla quale, come visto (*supra*, par. 3), gli Stati membri devono predisporre mezzi di ricorso effettivi ai sensi del diritto nazionale per reagire alle violazioni, appunto, delle garanzie assicurate dalla direttiva.

6. Come accennato (*supra*, par. 3), con riguardo soprattutto al diritto di accesso al difensore, la direttiva è stata considerata deludente perché il livello di garanzie fissate non è particolarmente elevato e si ritiene che poco (o nulla) aggiunga rispetto alle garanzie già assicurate dalla giurisprudenza di Strasburgo che, anzi, sotto alcuni profili paiono addirittura ridotte.

Con riferimento specifico all'ordinamento italiano, la nostra legislazione sembra già sostanzialmente in linea con le previsioni della direttiva in tema di diritto al difensore e, per alcuni aspetti (si pensi, ad esempio, alla disciplina sulle deroghe e sulla rinuncia), anche più garantista. Naturalmente, poiché la normativa dell'Unione detta soltanto norme minime, essa non impedisce, come visto, agli Stati membri di mantenere (o introdurre) discipline che assicurano una protezione maggiore di quella approntata dalle istituzioni, anche se tali standard più ele-

⁷⁹ Cfr. L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 13, secondo cui «*there would not be an obligation to communicate if the detained person does not request it, but the will of the non-national under detention cannot refrain the state of communicating such fact to the relevant consular authorities*».

⁸⁰ Rileva come tale specificazione non fosse contenuta nella proposta originaria di direttiva della Commissione e come, laddove l'indagato o imputato privato della libertà abbia due cittadinanze, la norma in esame sembrerebbe legittimare il «ricorso» alle autorità consolari di entrambi gli Stati di cittadinanza L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 14, ritenendo che, altrimenti, la direttiva avrebbe dovuto precisare il diritto del detenuto di scegliere le autorità di «uno» Stato.

vati di tutela – lo si ricordi – non devono pregiudicare (mediante la loro concreta applicazione) la cooperazione giudiziaria tra Stati membri⁸¹.

L'auspicio, comunque, è che il legislatore italiano dia piena e corretta trasposizione a tutte le previsioni della direttiva nel termine da essa prefissato (come visto, 27.11.2016), specie garantendo (i) mezzi efficaci di ricorso per reagire alla violazione dei diritti assicurati dalla direttiva, ai sensi del suo art. 12, e (ii), in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, ove non già sussistenti per il tramite di previsioni generali, sanzioni processuali effettive rispetto, in particolare, all'utilizzabilità delle prove acquisite in assenza delle garanzie disposte dalla normativa europea⁸².

Così, si auspica che il recepimento della direttiva qui esaminata sia ben coordinato con quello delle direttive 2010/64 e 2012/13: la prima traspunta a marzo, la seconda attuata con d.lgs. 1.7.2014, n. 101 con lievissimo ritardo rispetto al termine di trasposizione fissato al 2.6.2014⁸³, così evitando al nostro Paese il rischio di incorrere in una procedura di infrazione che, a seguito delle modifiche apportate dal trattato di Lisbona, potrebbe sfociare nella comminazione di sanzioni pecuniarie già all'esito della prima sentenza di accertamento dell'inadempimento da parte della Corte di giustizia⁸⁴.

Infine, non può non evidenziarsi come il legislatore nazionale darebbe buona prova delle proprie capacità e di conoscenza del "sistema processuale europeo" nel suo insieme e delle misure che per la sua realizzazione sono in fase di elaborazione se, nel trasporre la direttiva in esame, tenesse in debita considerazione non solo le menzionate raccomandazioni formulate dalla Commissione nel novembre 2013, ma anche, in particolare, la proposta di direttiva sulle garanzie procedurali da fornire ai minori indagati ed imputati, al fine soprattutto (o comunque almeno) di impedire che essi (e così gli indagati/imputati vulnerabili) possano rinunciare al diritto al difensore, essendo – come detto (*supra*, par. 3) – tale rinuncia vietata in base alla proposta, ma invece consentita in generale (senza distinzioni in base all'età del beneficiario e alle sue condizioni psico-fisiche) dalla direttiva 2013/48.

⁸¹ Perciò, se la legislazione di uno Stato membro non prevede, ad esempio, la possibilità di derogare o rinunciare al diritto al difensore, essa non dovrebbe essere necessariamente introdotta in attuazione della direttiva, pur dovendo comunque assicurarsi – in applicazione delle sue previsioni – il rispetto della richiamata giurisprudenza *Melloni*.

⁸² V. *supra*, par. 3, spec. nota 60.

⁸³ Il d.lgs. è pubblicato in *GU* 17.7.2014, n. 164 ed entrerà in vigore il 16.8.2014. Esso sarà oggetto di commento in uno dei prossimi numeri di *LP*. Per la delega al Governo per il recepimento della direttiva 2012/13 cfr. la legge 6.8.2013, n. 96, ovvero la legge di delegazione europea 2013, *GU* 20.8.2013, n. 194.

⁸⁴ Cfr. art. 260, par. 3, TFUE, secondo cui la Corte di giustizia può comminare agli Stati membri una sanzione pecuniaria già all'esito (appunto) di una prima procedura di infrazione *ex art.* 258 TFUE, qualora l'inadempimento riscontrato consista nella mancata comunicazione (*rectius*, adozione) delle misure di trasposizione di direttive elaborate con la procedura legislativa, come sono le direttive adottate *ex art.* 82, par. 2, TFUE. *Amplius*, sull'art. 260, par. 3, TFUE sia consentito rinviare a C. Amalfitano, *La procedura di "condanna" degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano 2012, 61 ss. e 116 ss.

D.l. 14.8.2013 n. 93 conv. con modif. dalla l. 15.10.2013 n. 119.
Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto
della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile
e di commissariamento delle province
(GU 16.8.2013 n. 191; 15.10.2013 n. 242)*

Art. 1

*Norme in materia di maltrattamenti,
violenza sessuale e atti persecutori*

1. All'articolo 61 del codice penale è aggiunto, in fine, il seguente numero:

"11-quinquies) l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'articolo 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza".

1-bis. Il secondo comma dell'articolo 572 del codice penale è abrogato.

1-ter. All'articolo 609-ter, primo comma, del codice penale, il numero 5) è sostituito dal seguente:

"5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, il tutore."

2. All'articolo 609-ter, primo comma, del codice penale, dopo il numero 5-bis) sono aggiunti i seguenti:

"5-ter) nei confronti di donna in stato di gravidanza;

5-quater) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge,

anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza."

2-bis. All'articolo 609-decies del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma, dopo le parole: "per il delitto previsto dall'articolo 609-quater" sono inserite le seguenti: "o per i delitti previsti dagli articoli 572 e 612-bis, se commessi in danno di un minorenni o da uno dei genitori di un minorenni in danno dell'altro genitore";

b) dopo il primo comma è inserito il seguente:

"Qualora riguardi taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 609-ter e 612-bis, commessi in danno di un minorenni o da uno dei genitori di un minorenni in danno dell'altro genitore, la comunicazione di cui al primo comma si considera effettuata anche ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui agli articoli 155 e seguenti, nonché 330 e 333 del codice civile."

2-ter. All'articolo 612, primo

* In grassetto gli interventi operati in sede di conversione in legge.

comma, del codice penale, le parole: “fino a euro 51” sono sostituite dalle seguenti: “fino a euro 1.032”.

3. All'articolo 612-bis del codice penale, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il secondo comma è sostituito dal seguente:

“La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici”;

b) al quarto comma, dopo il secondo periodo sono inseriti i seguenti: “La remissione della querela può essere soltanto processuale. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, secondo comma”.

4. All'articolo 8, comma 2, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, le parole: “valuta l'eventuale adozione di provvedimenti” sono sostituite dalle seguenti: “adotta i provvedimenti”.

4-bis. All'articolo 11, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, le parole: “di atti persecutori, di cui all'articolo 612-bis del codice penale, introdotto dall'articolo 7” sono sostituite dalle seguenti: “di cui agli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies o 612-bis del codice penale, introdotto dall'articolo 7.”.

Nuovi sviluppi nella lotta alla “violenza domestica”: ipotesi circostanziali e modulazione della pena

Commento di DARIA PERRONE

SOMMARIO: 1. La *ratio* della riforma e le modifiche in sede di conversione. – 2. La nuova aggravante comune: l'aver agito «*in presenza o in danno di un minore ovvero in danno di persona in stato di gravidanza*». – 3. Le nuove aggravanti per la violenza sessuale: l'aver agito nei confronti di donna in stato di gravidanza ovvero di persona legata da relazione affettiva. – 4. Gli atti persecutori: le modifiche alle aggravanti e la procedibilità a querela.

1. Allo scopo di rendere più efficace sia sotto il profilo sostanziale che processuale la tutela riservata alle vittime di violenza in generale, e delle donne in particolare, il d.l. 14.8.2013 n. 93 (c.d. “decreto - femminicidio”¹), conv. in l. 15.10.2013 n. 119 si inserisce all'interno di una più

¹ L'espressione “femminicidio” è un neologismo diffuso nel linguaggio giornalistico e deriva dall'inglese “*femicide*”, coniato a sua volta dalla sociologa statunitense di origine sudafricana D.E.H. Russell che lo utilizzò per indicare la violenza sulle donne «*per il fatto di essere donne*» (D.E.H. Russel, J. Caputi, *Femicide: Sexist terrorism against women*, in *Femicide: The Politics of Woman Killing*, a cura di J. Radford, D.E.H. Russel, New York 1992, 13-24). Oltre che dai commentatori, il termine “femminicidio” è stato ripreso anche dalla giurisprudenza di legittimità (v. Cass. 9.4.2013, n. 34016, in *Dejure*).

complessa e articolata riforma, già avviata dal legislatore con il d.l. 23.9.2009 n. 11, conv. in l. 23.4.2009 n. 38, a seguito del quale è stato introdotto nel nostro ordinamento il c.d. reato di *stalking* (art. 612 Cp)². La necessità di contrastare il susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza e di ridurre il conseguente allarme sociale ha indotto, infatti, il legislatore ad adottare in via d'urgenza alcune riforme settoriali, volte ad inasprire il trattamento punitivo, con finalità general-preventive di dissuasione. La predisposizione di un piano di azione straordinario contro la violenza "di genere" ha portato, quindi, non solo al rafforzamento della tutela repressiva, ma anche all'adozione di misure di carattere preventivo, perseguendo obiettivi di informazione e sensibilizzazione; di potenziamento delle forme di assistenza e sostegno alle donne vittime di violenza, e di promozione delle iniziative di recupero e assistenza dei soggetti responsabili.

La riforma deve tener conto anche della normativa internazionale ed, in particolare, della direttiva 2012/29/UE del 4.10.2012 relativa alle «norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato» e della Convenzione del Consiglio d'Europa di Istanbul sulla «prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica» dell'11.5.2011, di recente ratificata anche dall'Italia con la l. 27.6.2013 n. 77. Pur non essendo ancora in vigore (non essendo stata ratificata da un numero sufficiente di Stati), la Convenzione ha svolto un'innegabile funzione di indirizzo³: il d.l. 93/2013 costituisce così una forma preliminare di adeguamento.

A differenza delle scelte operate con il d.l. 11/2009, il legislatore delegato del 2013 non ha ritenuto necessario introdurre nuove fattispecie incriminatrici. Il legislatore ha ritenuto sufficiente il quadro repressivo – così come risultante anche a seguito dell'introduzione del reato di «*atti persecutori*» –, articolato ormai in una serie di ipotesi criminose di varia intensità: dalle molestie alle minacce, ai maltrattamenti contro familiari e conviventi, alla riduzione o mantenimento in schiavitù, alla prostituzione e minorile, alla tratta di persone, all'acquisto o alienazione di schiavi, alla violenza sessuale, agli atti sessuali con minorenne, alla corruzione di minorenne, alla violenza sessuale di gruppo.

I principali interventi si sono sostanziati nella previsione di nuove circostanze aggravanti, comuni e speciali, destinate ad un generale inasprimento della pena-base e ad una dettagliata graduazione delle pene

² Per un sintetico quadro sulle linee guida della riforma di cui alla l. 38/2009, nell'ambito di una letteratura ormai vastissima, cfr. *ex multis* A. Agnese, V. De Gioia, P.E. De Simone, G. Pugliatti, Co. Rotunno, *Violenza sessuale e Stalking*, Forlì 2009; E. Lo Monte, *Una nuova figura criminosa: lo 'stalking' (art. 612-bis Cp). Ovvero un altro, inutile, 'guazzabuglio normativo'*, in *IP* 2010, 2.

³ Fino ad oggi nessuno Stato europeo ha introdotto una fattispecie autonoma di "femminicidio". Tuttavia, per esempio, in Spagna la violenza sulle donne segue un procedimento accelerato, simile al nostro giudizio direttissimo, ed in Svezia dal 1998 è prevista una fattispecie penale rubricata «grave violazione dell'integrità della donna» che, senza modificare le pene previste per l'identica fattispecie "sessualmente neutra", stigmatizza, con autonomia previsione la violenza contro le donne all'interno di relazioni di coppia eterosessuali.

modellate di volta in volta sulla specifica gravità del fatto concreto, oltre che su vari meccanismi processuali rivolti alla tutela della persona offesa (comunicazioni al Tribunale per i minorenni, misure a sostegno delle vittime, ecc.).

Non prive di rilievo sono state, poi, le modifiche apportate in sede di conversione: a seguito di numerose critiche e perplessità avanzate dagli operatori del diritto⁴, la legge di conversione ha applicato, infatti, significative modifiche al decreto-legge. Mentre il testo originario prevedeva solo aggravanti speciali per alcuni reati (maltrattamenti in danno di familiari e conviventi, *ex art. 572 Cp*, violenza sessuale *ex art. 609-bis Cp* atti persecutori, *ex art. 612-bis Cp*), la legge di conversione si è proposta un obiettivo più ambizioso, introducendo un'aggravante comune per tutti i delitti non colposi contro la vita, l'incolumità individuale e la libertà personale.

In sede di conversione è stata, invece, confermata la previsione di alcune aggravanti speciali per il reato di violenza sessuale (se il fatto è commesso «*nei confronti di donna in stato di gravidanza*» ovvero «*nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza*») e per il reato di atti persecutori («*se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematica*»).

La legge di conversione ha poi aumentato la pena massima pecuniaria per il reato di minaccia semplice, ipotesi criminosa da annoverarsi tra i c.d. reati-spia o reati-sentinella, ossia quei fatti di reato sintomatici di possibili situazioni di abuso. L'intervento è diretto a garantire un apprezzabile grado di afflittività proprio per quelle condotte espressione delle prime manifestazioni esterne delle violenze "di genere", destinate poi eventualmente a trascendere in altri ben più gravi reati. Nel modificare la pena edittale massima, il legislatore ha lasciato inalterata, per il resto, la previgente disciplina: il reato rimane, quindi, procedibile a querela di parte, la competenza rimane del Giudice di Pace e non sono consentiti né l'arresto in flagranza, né le misure cautelari, né la sospensione condizionale della pena. Se, tuttavia, il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale (come, ad es., l'ammonimento nel caso di atti persecutori di cui all'art. 8 d.l. 11/2009 o l'ammonimento nel caso di percosse e lesioni lievissime di cui all'art. 3 d.l. 93/2013) è prevista la procedibilità d'ufficio e l'aumento della pena da un terzo alla metà (art. 71 d.lgs. 6.9.2011 n. 159).

Con l'obiettivo di ampliare la tutela della persona offesa, la legge di conversione ha anche esteso l'obbligo di comunicazione al Tribunale per i minorenni ai fini dell'adozione dei provvedimenti riguardo ai figli in sede di separazione (*ex art. 155 Cp ss.*) nonché di decadenza dalla responsabilità genitoriale (*ex art. 330 Cp*) e di allontanamento dalla casa

⁴ Per una riflessione sul dibattito scaturito in sede di conversione v., ad es., la nota dell'Unione Camere Penali Italiane, *La propaganda genera mostri*, del 20.8.2013.

familiare (*ex art. 333 Cp*). Infatti, a seguito della riforma, quando si procede per i maltrattamenti contro familiari e conviventi, per i reati di violenza sessuale aggravata o di atti persecutori, se commessi in danno di un minore o da uno dei genitori di un minore in danno dell'altro genitore, il procuratore della Repubblica ha l'obbligo di darne notizia al Tribunale per i minorenni.

Pur apprezzandosi lo sforzo del legislatore di affrontare la problematica non esclusivamente sul versante repressivo, la materia meriterebbe forse per il futuro un'organica e complessiva revisione, che comprenda non solo le c.d. violenze "di genere" ma, più in generale, tutte le condotte criminose in ambito intra-familiare e contro soggetti appartenenti alle fasce più deboli. L'intervento a sostegno delle vittime della violenza domestica dovrebbe, cioè, inserirsi in una più complessa operazione di "riscrittura" del sistema di tutela della persona offesa, soggetto processuale che nel nostro ordinamento soffre ancora oggi di significativi *deficit* di tutela, soprattutto durante la fase delle indagini preliminari⁵. Del resto, molte delle problematiche relative alle carenze di tutela delle vittime dipendono, più o meno strettamente, dalla crisi complessiva che attraversa il processo penale, che a sua volta dovrebbe essere affrontata dal legislatore in chiave sistemica⁶.

2. L'art. 1 co. 1 d.l. 93/2013 prevede l'inserimento di una nuova circostanza aggravante comune all'interno dell'art. 61 Cp al co. 11-*quinquies*: l'aver «*commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza*».

In realtà, come già sottolineato in dottrina⁷, sarebbe più opportuno parlare di un'aggravante "semi-comune", giacché essa può trovare applicazione, per espressa previsione, solo per alcune tipologie di reato, ossia: per i delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale, nonché per il delitto di maltrattamenti in danno di familiari e conviventi. Il motivo di tale limitazione deriva da alcune perplessità scaturite in sede di conversione⁸: mentre la formulazione originaria del decreto-legge prevedeva, infatti, l'aggravante speciale del fatto commesso in presenza di minore degli anni diciotto (prima: in danno di minore degli anni quattordici) per il solo reato di maltrattamenti *ex art. 572 Cp*, la legge di conversione ne ha esteso la portata applicativa, trasformandola in un'aggravante semi-comune non solo del reato di maltrattamenti, ma anche di tutti i reati contro la vita, l'incolumità individuale e la libertà personale. Oltre che al reato di maltrattamenti, l'aggra-

⁵ In proposito, v. S. Recchione, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: prima lettura*, in www.penalecontemporaneo.it, 15.9.2013, 5.

⁶ Sottolinea l'esigenza di una riforma più strutturale – sotto il profilo processuale – G. Pavich, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *CP* 2013, 4314.

⁷ V. C. Russo, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n. 93)*, in *Il penalista, Speciale riforma*, 2013, 10.

⁸ V. i commenti inseriti nella Relazione n. III/01/2013, 22.8.2013 dell'Ufficio del Massimario presso la Corte di cassazione, diramata dalla Procura Generale della Corte di cassazione - Ufficio per la Documentazione e Biblioteca.

vante di cui al co. 11-*quinqüies* risulta oggi applicabile anche ai reati di omicidio (doloso e preterintenzionale), percosse, lesioni volontarie, mutilazione degli organi genitali, rissa, omissione di soccorso, sequestro di persona, arresto illegale, e violenza sessuale (in tutte le sue forme). Dal novero dei reati resta, invece, escluso il delitto di atti persecutori, in quanto si tratta di una fattispecie contro la libertà morale, non ricompresa dunque nell'elenco dei reati della nuova aggravante. Si tratta, in realtà, di un'esclusione di scarso rilievo applicativo, in quanto il reato di atti persecutori risulta già di per sé aggravato se commesso in danno di minore ovvero in danno di persona in stato di gravidanza (*ex art. 612-bis co. 3 Cp*), per cui l'unica circostanza non contemplata è quella del fatto commesso alla semplice presenza di un minore, che rimane quindi punito con la sanzione comminata dall'*art. 612-bis Cp*.

In sede di conversione, l'ambito applicativo dell'aggravante è stato esteso ulteriormente non solo ai fatti commessi in danno ai minori, come originariamente previsto, ma anche in loro semplice «presenza», in modo da ricomprendere anche i casi di c.d. «violenza assistita», cioè di violenza su terzi cui il minore assiste e che possono su di lui comportare ricadute di tipo psicologico, sociale e cognitivo. In altre parole, il legislatore ha scelto di equiparare – per espressa previsione – la violenza fisica subita dal minore a quella psicologica, in sintonia con quanto già da tempo affermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui, soprattutto in relazione al reato di maltrattamenti, deve essere riconosciuto il disvalore di quelle condotte che, dirette nei confronti di un componente adulto della famiglia, vengono consapevolmente poste in essere in presenza dei minori, che si trovano così costretti a partecipare alla scena di violenza familiare⁹. L'estensione dell'aggravante in oggetto non solo ai reati di maltrattamenti, ma in generale anche ad altri reati di per sé privi dell'elemento della violenza, come ad esempio l'omissione di soccorso, dimostra che l'*intentio legis* perseguita dal legislatore della riforma è quella non solo di tutelare i minori contro forme di violenza fisica o psicologica, ma più in generale di proteggere l'armonia del loro sviluppo psichico, che potrebbe essere compromesso per il solo fatto di trovarsi ad assistere ad un delitto non colposo. Ne deriva che l'aggravante debba trovare applicazione non solo quando i reati vengono commessi in presenza di minori appartenenti al nucleo familiare, ma anche in presenza di minori «estranei», anche non conviventi¹⁰.

⁹ V. Cass. 22.10.2010 n. 41142, in *CEDCass*, rv. 248904, secondo cui «integra il delitto di maltrattamenti (art. 572 cod. pen.) anche nei confronti dei figli la condotta di colui che compia atti di violenza fisica contro la convivente, in quanto lo stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime non deve necessariamente collegarsi a specifici comportamenti vessatori posti in essere nei confronti di un determinato soggetto passivo, ma può derivare anche da un clima generalmente instaurato all'interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere del soggetto attivo, i quali ne siano tutti consapevoli, a prescindere dall'entità numerica degli atti vessatori e dalla loro riferibilità ad uno qualsiasi dei soggetti passivi». Nello stesso senso, v. anche Cass. 21.12.2009 n. 8592, in *CEDCass*, rv. 246028.

¹⁰ Così C. Russo, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n. 93)*, cit., 14-15.

Rispetto al decreto-legge, la legge di conversione ha aggiunto poi anche l'espressione: «*ovvero in danno di persona in stato di gravidanza*». Se l'opzione di politica criminale volta ad inasprire il regime sanzionatorio nei casi di delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale quando il fatto venga posto in essere contro una persona in stato di gravidanza rientra nel pieno potere discrezionale del legislatore, qualche dubbio solleva invece il mancato coordinamento tra la nuova aggravante e l'identica fattispecie – speciale ad effetto speciale –, che è stata introdotta anche per il reato di violenza sessuale. Constatata la scarsa attenzione legislativa in sede di conversione, il problema del coordinamento delle due aggravanti di recente introduzione deve essere risolto secondo le regole ordinarie del concorso apparente tra norme, in base alle quali, come noto, se uno stesso fatto è previsto sia da un'aggravante comune sia da una speciale, quest'ultima deve prevalere sia per il principio di specialità sia – in questo caso – anche per il principio di consunzione, in quanto l'aggravante ad effetto speciale ricomprende al suo interno quella ad effetto ordinario.

Non solo. L'estensione dell'ambito applicativo dell'aggravante comune attuata in sede di conversione ha posto anche alcuni problemi di coordinamento con altre aggravanti speciali già previste per i singoli reati, che il legislatore si è “dimenticato” di abrogare espressamente con la riforma. Il fatto commesso in danno di minore era già previsto come aggravante speciale anche per il reato di mutilazione degli organi genitali (art. 583-*bis* co. 3 Cp) con aumento di pena in misura fissa “di un terzo” (e non “fino a un terzo” come per l'aggravante comune) e per il reato di sequestro di persona (art. 605 co. 3 Cp), con pena autonoma. Anche in relazione a tali ipotesi, alla stessa stregua della violenza sessuale commessa in danno di persona in stato di gravidanza, si ritiene che debba comunque prevalere l'aggravante speciale. Infine, nei casi in cui la condotta «*ai danni di un minore*» sia già prevista come elemento costitutivo del fatto tipico di uno dei reati ricompresi nell'elenco dell'art. 61 n. 11-*quinquies*, Cp (si pensi agli atti sessuali con minore infraquatordicenne) è da escludersi che la nuova aggravante possa essere applicata, in quanto assorbita nell'autonoma previsione incriminatrice.

Una precisazione sul regime di imputazione della nuova circostanza aggravante. Pur trovando applicazione, al pari di tutte le altre aggravanti, il criterio di imputazione soggettiva descritto dall'art. 59 co. 2 Cp, così come modificato dall'art. 1 l. 7.2.1990, n. 19, si devono distinguere tre particolari casi di “errore” in cui la disciplina generale subisce dei correttivi: *l'error in persona*, *l'error aetatis* e l'errore sullo stato di gravidanza.

La prima ipotesi è quella dell'*error in persona*, ossia il caso in cui, per errore nei mezzi di esecuzione del reato o per altra causa, l'agente cagioni un'offesa ad una persona diversa da quella a cui era originariamente diretta. In questo caso, la fattispecie ricade nella disciplina generale dell'*aberratio ictus* monolesiva, regolata dall'art. 82 Cp. Per cui, se l'offesa – pur essendo originariamente diretta verso altro soggetto – viene effettivamente cagionata ad una persona minore o ad una donna

in stato di gravidanza, l'autore risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva originariamente offendere, ma la pena è aggravata dalla nuova circostanza in virtù dell'art. 60 co. 3 Cp. Nel caso di *error in persona*, infatti, mentre non sono poste a carico dell'agente le circostanze aggravanti che riguardano le condizioni o le qualità della persona offesa, o i rapporti tra offeso e colpevole (che effettivamente non poteva nemmeno conoscere essendo la condotta diretta verso altro soggetto), vengono comunque poste a suo carico le aggravanti che riguardano l'età o altre condizioni o qualità, fisiche o psichiche, della persona offesa (come appunto lo stato di gravidanza). Analoghe conseguenze anche nell'ipotesi di *aberratio ictus* plurilesiva: qualora, oltre alla persona diversa, sia colpita anche quella alla quale l'offesa era diretta, l'agente soggiace alla pena stabilita per il reato più grave – che in ipotesi potrebbe essere quello aggravato dalla minore età o dallo stato di gravidanza della vittima – aumentata fino alla metà.

Il secondo caso è quello dell'*error aetatis* (*species* del più ampio genere dell'*error facti*), ovvero di un errore sulla minore età della persona offesa. L'offesa è cagionata effettivamente a danno della persona cui era originariamente diretta, ma l'agente è caduto in errore sull'età anagrafica della vittima. A differenza dell'*error in persona*, in cui si contempla un'ipotesi «*a tre soggetti*»¹¹ (agente, vittima falsamente rappresentata e vittima reale), in caso di *error aetatis*, invece, si delinea una fattispecie con due soli soggetti (agente e vittima). Ebbene, nel caso di errore di rappresentazione sull'età della vittima, la nuova circostanza aggravante ricade nel regime generale di imputazione soggettiva di cui all'art. 59 co. 2 Cp e, quindi, è posta a carico dell'agente solo se da lui ritenuta inesistente per errore determinato da colpa¹². In assenza di norme derogatorie di parte generale, infatti, il regime di imputazione della nuova circostanza ricade nella disciplina generale.

Tuttavia, esistono alcuni casi in cui la minore età della persona offesa costituisce già un'autonoma circostanza aggravante di parte speciale (ad es., nella violenza sessuale aggravata ai sensi dell'art. 609-ter Cp) ovvero un elemento costitutivo di reato, idoneo a connotare il disvalore della fattispecie tipica, che altrimenti di per sé sarebbe lecita (ad es.,

¹¹ L'espressione è di L. Risicato, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale*, in DPP 2007, 1467.

¹² In questo senso, già prima dell'introduzione della nuova aggravante comune, in dottrina è stata espressa l'esigenza dell'imputazione soggettiva delle varie circostanze aggravanti "età" di parte speciale: L. Risicato, *op. cit.*, 1472, secondo la quale è necessario «*riconduurre l'elemento dell'età alla disciplina generale di imputazione delle circostanze aggravanti prevista dal capoverso dell'art. 59 c.p. (...) Laddove l'età non sia elemento "significativo" di fattispecie ma mera circostanza aggravante, il correttivo della rilevanza scusante dell'errore inevitabile su di essa consente di rispettare il principio di colpevolezza senza inquietanti ricadute politico-criminali o lamentati vuoti di tutela*». V. nello stesso senso più di recente A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella famiglia*, in DPP 2013, 163, secondo cui «*rispetto ai casi in cui la minore età funge da circostanza, la nuova disciplina non fa che ripetere nella sostanza il generale criterio secondo il quale per l'imputazione delle aggravanti è sufficiente un requisito di colpa o di conoscibilità*».

negli atti sessuali con minorenni *ex art. 609-quater Cp*) o sussimibile sotto altra norma incriminatrice (ad es. nella prostituzione minorile, *ex art. 600-bis Cp*). In questi casi, in virtù del principio di specialità, trova applicazione non più la disciplina generale, bensì la norma di deroga prevista dall'*art. 609-sexies Cp*, in base al quale si stabilisce che – in deroga alle regole generali sulla rilevanza dell'*error facti* come causa di esclusione del dolo – nel caso di violenza sessuale, violenza aggravata, violenza di gruppo, atti sessuali con minorenni e corruzione di minorenni l'agente non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa. Si sancisce così l'irrilevanza dell'*error aetatis*: nel caso in cui l'agente versi in una situazione di falsa rappresentazione sull'elemento (circostanziale o costitutivo) della minore età della persona offesa, in relazione ai citati reati, tale elemento è imputato a titolo obiettivo. Per mitigare il rigido regime di imputazione ed assicurare una maggiore conformità al principio di colpevolezza, il legislatore ha introdotto con la l. 1.10.2012 n. 172, il correttivo dell'"ignoranza inevitabile", tenendo conto anche dell'interpretazione costituzionalmente orientata, inaugurata in tema di *error aetatis* con la nota pronuncia della Corte costituzionale del 24.7.2007 n. 322¹³. Dopo aver respinto per tradizione costante¹⁴ i dubbi di legittimità sull'*art. 609-sexies Cp* (e ancora prima dell'*art. 539 Cp*), con tale ordinanza, infatti, la Corte è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disposizione. La questione dell'irrilevanza dell'*error aetatis* era particolarmente delicata se si considera, ad esempio, che il compimento di atti sessuali integra un reato anche quando il minore di quattordici anni è perfettamente consenziente e, addirittura, anche quando sia stato lui a prendere l'iniziativa del contatto sessuale. Si consideri, inoltre, che per giurisprudenza consolidata la nozione di "atto sessuale" è particolarmente ampia, essendo sufficiente ad integrare la fattispecie criminosa, anche solo il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto delle labbra. Ebbene, consapevole del pericolo che la presunzione assoluta di conoscenza dell'età configurasse in tali casi un'ipotesi di responsabilità oggettiva, addebitando il fatto illecito a prescindere da qualsivoglia riferibilità psicologica all'agente, la Corte costituzionale – pur con una pronuncia di inammissibilità – ha suggerito un possibile bilanciamento tra gli interessi in gioco ed ha aperto la strada ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile della disposizione, attribuendo rilievo scusante all'ignoranza inevitabile. Si tratta di una pronuncia che, per molti versi, sembra ricalcare le motivazioni già sostenute a suo tempo dalla

¹³ C. cost., ord. 24.7.2007 n. 322, in *DPP* 2007, 1461 ss., con note di L. Delli Priscoli, F. Fiorentin, *L'ignoranza dell'età del minore nei reati sessuali e le «nuove» sentenze interpretative*, in *GiurCos* 2008, 1, 472 ss. e di G. Ariolli, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, in *CP* 2008, 1, 30 ss.

¹⁴ V. C. cost. sent. 6.7.1957 n. 107, in *GiurCos* 1957, 1006; C. cost. sent. 17.2.1971 n. 20, in *Dejure*; C. cost., ord. 27.3.1962 n. 22, in *Dejure*; C. cost. sent. 6.7.1983, n. 209, in *FI* 1983, I, 2655.

Corte in tema di *error iuris* ex art. 5 Cp con la storica sentenza 24.3.1988 n. 364, con la quale, pur ribadendo l'irrilevanza dell'*ignorantia legis*, si era riconosciuta efficace scusante all'errore inevitabile sul precetto¹⁵. In considerazione della particolare rilevanza dei valori in gioco, si richiede comunque all'agente uno "sforzo" conoscitivo proporzionale, ben maggiore rispetto a quello richiesto nel caso di comune errore sul fatto, essendo sufficiente per fondare l'imputazione non solo la colpa, ma anche la semplice non evitabilità dell'ignoranza. A questo fine, per individuare il confine dell'"evitabilità" non scusabile certamente può aiutare l'elaborazione giurisprudenziale che ha, ad esempio, escluso la rilevanza delle dichiarazioni del soggetto minore, del suo "prorompente" aspetto fisico, nonché del suo comportamento sessuale "spregiudicato". E ciò fermo restando, ovviamente, che in caso di dubbio circa l'effettiva età della persona offesa, l'*error aetatis* resta irrilevante, giacché operare in una situazione di dubbio – lungi dall'integrare una ipotesi di ignoranza inevitabile – equivale ad un atteggiamento psicologico di colpa, se non addirittura di dolo eventuale.

In conclusione, in relazione alle ipotesi in cui la minore età costituisce un elemento circostanziale, il riconoscimento della scusabilità dell'*error aetatis* inevitabile – valorizzato prima per via interpretativa dalla Corte e, poi, cristallizzato per espressa previsione dal legislatore – ha il merito di allineare il regime di imputazione a quello previsto per le aggravanti comuni (art. 59 co. 2 Cp), in cui è sufficiente un requisito di colpa o di conoscibilità. Viceversa, nelle ipotesi in cui la minore età rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie, idoneo a connotare il disvalore della fattispecie tipica, l'imputazione colposa non sarebbe comunque ancora sufficiente per escludere qualsiasi dubbio di compatibilità con il principio di colpevolezza, trattandosi di reati puniti a titolo di dolo, a meno di non ipotizzare un'inammissibile responsabilità colposa per un delitto doloso.

In occasione del citato intervento correttivo, inoltre, la l. 172/2012 ha esteso, con un intervento *in malam partem* e quindi irretroattivo, la regola dell'irrilevanza dell'*error aetatis* (sempre ad eccezione dell'ignoranza inevitabile) anche agli altri reati assimilabili quanto a *ratio* e finalità a quelli previsti dall'art. 609-*sexies* Cp, eliminando l'irragionevole

¹⁵ La Corte costituzionale con la citata ord. 322/2007 espressamente richiama a sostegno della propria interpretazione la disciplina dell'*error iuris*, chiarendo che la rilevanza scusante dell'errore inevitabile sul divieto è estesa anche alle ipotesi in cui l'ignoranza verta sul "presupposto normativo" della fattispecie incriminatrice, quale appunto potrebbe essere considerata l'inesatta rappresentazione dell'età anagrafica della persona offesa. Sulla simmetria tra l'*error iuris* e l'*error aetatis* riflette L. Riscato, *op. cit.*, 1470, la quale però evidenzia in senso critico che l'estensione della disciplina dell'*error iuris* all'*error aetatis* conduce ad effetti «anomali», in quanto «chi versa in una condizione di ignoranza evitabile sull'età del soggetto ha in genere (salvi ovviamente i casi di dolo eventuale) un atteggiamento psicologico di colpa. Il problema è che, in base al paradigma normativo dell'evitabilità/inevitabilità, l'errore colpevole sull'età viene sempre punito a titolo di dolo». Per analoghe considerazioni, v. anche A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella famiglia*, cit., 164 s.

asimmetria. In virtù del nuovo art. 602-*quater* Cp, l'ignoranza sull'età della persona offesa è irrilevante, a meno che non si tratti di ignoranza inevitabile, anche nei reati di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pedo-pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, impiego di minori nell'accattonaggio, tratta di persone, acquisto o alienazione di schiavi e intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

Il terzo ed ultimo caso, infine, è quello dell'errore sullo stato di gravidanza. In questa ipotesi, l'agente cade in errore sulla circostanza non a seguito di uno scambio di identità della persona offesa come nel primo caso dell'*error in persona*, ma a seguito di una falsa rappresentazione fattuale sullo stato di gravidanza della donna. Ne discende che, in assenza di deroghe di parte generale, il regime di imputazione della nuova aggravante ricade nella disciplina comune prevista dall'art. 59 co. 2 Cp: l'agente ne risponde solo a titolo soggettivo, qualora la falsa rappresentazione sia rimproverabile a titolo di colpa (come ad es. nel caso in cui lo stato di gravidanza sia già in una fase avanzata o comunque altrimenti riconoscibile per altri specifici elementi fattuali).

3. Il d.l. 93/2013 ha apportato tre modifiche alla fattispecie di violenza sessuale (art. 609-*bis* Cp). *In primis*, l'art. 1 co. 1-*ter* d.l. 93/2013 ha riformulato l'aggravante speciale della violenza sessuale commessa nell'ambito di relazioni intra-familiari prevista dall'art. 609-*ter* co. 1 n. 5 Cp. Il testo originario prevedeva un aggravamento di pena nel caso in cui il fatto fosse stato commesso «*nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo*», mentre adesso si applica «*nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, il tutore*».

La riforma ha esteso, quindi, l'ambito di applicazione dell'aggravante sia sotto il profilo oggettivo, innalzando la soglia di rilevanza dell'età del minore dai sedici ai diciotto anni, sia sotto il profilo soggettivo, estendendo l'area dei destinatari anche al tutore. Al di là delle considerazioni di politica criminale sulla meritevolezza e sull'opportunità di tale opzione legislativa, vale la pena sottolineare il fatto che la *ratio* dell'intervento riformatore è volta probabilmente anche a risolvere una precedente antinomia che si era venuta a creare in relazione all'applicabilità della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale. Infatti, tale pena accessoria risulta applicabile ai sensi dell'art. 609-*nonies* n. 1 Cp solo «*quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato*». Ne discende che, prima della novella, la pena accessoria veniva applicata nel caso di violenza sessuale del genitore verso minore di anni sedici *ex art. 609-bis* Cp ovvero nel caso di atti sessuali del genitore verso minore («consenziente»: *rectius* in assenza di violenza o minaccia) di anni diciotto *ex art. 609-quater* co. 2 Cp. Non poteva, invece, essere applicata nel caso di violenza sessuale del genitore verso minore con età compresa tra i sedici ed i diciotto anni, dato che in tale ipo-

tesi la qualità di genitore non era prevista né come ipotesi aggravante della violenza sessuale, né come elemento costitutivo degli atti sessuali con minore “consenziente”. Tale disciplina – derivante dal mancato coordinamento legislativo – portava ad esiti ovviamente paradossali, giacché la perdita della potestà era prevista per il compimento di atti sessuali “consensuali” con figli tra i sedici ed i diciotto anni, ma non per la ben più grave ipotesi in cui tali atti sessuali fossero stati commessi con violenza o minaccia. Oggi, a seguito dell’innalzamento dai sedici ai diciotto anni per l’aggravante della violenza sessuale intra-familiare, tale antinomia è stata risolta e la pena accessoria risulta applicabile anche nel caso di rapporto sessuale con l’uso di violenza tra genitore e figlio minore ultrasedicenne. Deve, quindi, essere salutata con favore l’estensione dell’ambito di applicabilità dell’aggravante della violenza sessuale in danno di figli di età compresa tra i sedici ed i diciotto anni, grazie alla quale è possibile ora applicare anche a questa ipotesi la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale.

In secondo luogo, l’art. 2 co. 1-ter d.l. 93/2013 ha inserito all’art. 609-ter co. 1 n. 5-ter Cp la nuova aggravante ad effetto speciale del fatto commesso «*nei confronti di donna in stato di gravidanza*». In relazione a tale nuova aggravante, abbiamo già osservato i problemi di sovrapposizione con l’aggravante comune introdotta con lo stesso decreto-legge, constatando – al di là delle critiche per la scarsa “attenzione” legislativa – come il coordinamento delle due norme non desti in realtà particolare preoccupazione, in virtù del principio di specialità e di consunzione, per la prevalenza dell’aggravante speciale su quella comune.

Il regime di imputazione della nuova aggravante ricade nella disciplina comune prevista dall’art. 59 co. 2 Cp, alla stessa stregua di quanto avevamo già visto in relazione all’aggravante comune. Nel caso però di *error in persona*, se la violenza – pur essendo originariamente diretta verso altro soggetto – viene cagionata ad una donna in stato di gravidanza, la pena è aumentata ai sensi dell’art. 60 co. 3 Cp, rientrando lo stato di gravidanza in una condizione fisica della persona offesa.

Come è già stato sottolineato da parte della dottrina¹⁶, sul piano politico-criminale, l’aggravamento conseguente alla commissione del fatto nei confronti di donna in stato di gravidanza rischia però di celare un’irragionevole discriminazione in positivo nei confronti di alcune categorie di donne. Se appare giustificato un aumento di pena in presenza di vittime che siano in stato di gravidanza, perché usare violenza su una donna incinta è un fatto che appare *ictu oculi* ripugnante alla coscienza sociale, è altrettanto vero che tale aumento a ben guardare rischia di porsi in termini discriminatori verso le donne che non sono in tale stato. Non si comprende, in altre parole, per quale motivo la violenza sessuale verso una donna non incinta o *single* o già madre sia meno grave dello stato fatto commesso – magari con modalità meno aggressive – nei con-

¹⁶ V. E. Lo Monte, Ripetita (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*, in *penalecontemporaneo.it*, 7.

fronti di una donna incinta. I dubbi sull'opportunità dell'inserimento di tale aggravante accrescono, inoltre, se si tiene conto che, in relazione ai fatti commessi nei confronti di donna incinta, già avrebbe potuto trovare applicazione l'aggravante della c.d. minorata difesa prevista all'art. 61 n. 5 Cp. Infatti, non possono esserci dubbi sul fatto che una donna incinta si trovi in uno stato di particolare "debolezza", soprattutto a seguito dell'ampia interpretazione offerta in merito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui sussiste l'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 Cp quando la difesa non sia del tutto impossibile «*ma semplicemente ostacolata*»¹⁷, per condizioni «*di tempo o di luogo, ovvero perché si tratta di persona debole o incapace di difendersi per deficienze psichiche o fisiche*»¹⁸.

Infine, sempre l'art. 2 co. 1-ter d.l. 93/2013 ha inserito all'art. 609-ter co. 1 n. 5-*quater* Cp, la nuova aggravante ad effetto speciale del fatto commesso «*nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza*».

Un aspetto significativo della riforma è l'emersione della rilevanza della relazione affettiva *sic et simpliciter*, a prescindere cioè dalla convivenza o dal vincolo matrimoniale attuale o pregresso. La valutazione della relazione interpersonale come elemento idoneo a caratterizzare una maggiore offensività del fatto è apprezzabile¹⁹, in quanto muove correttamente dal presupposto secondo cui il rapporto affettivo può rappresentare una spinta criminogena, che può favorire in alcuni casi la disinibizione verso azioni violente. In questo senso, in chiave preventiva, appare giustificata la valorizzazione del rapporto affettivo come base fattuale verso potenziali percezioni distorte dalle componenti emotive all'interno della relazione.

Sotto il profilo applicativo, l'aspetto più delicato posto dalla nuova aggravante concerne l'esatta delimitazione del requisito della «*relazione affettiva*»: espressione che, peraltro, compare anche nella fattispecie di

¹⁷ Cass. 29.10.1981, in *GP* 1982, 471 ss.; v. anche Cass. 7.1.1988, in *RP* 1989, 727 ss.; Cass. 22.3.1986, in *RP* 1987, 484; Cass. 18.3.1993, in *GP* 1995, 211 ss.

¹⁸ Cass. 18.2.1991, in *GP* 1991, 472 ss. Ricostruiscono l'aggravante della minorata difesa come insieme di situazioni, legate a fattori ambientali o personali, per effetto delle quali la vittima non può adeguatamente difendersi: G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2004, 348.

¹⁹ In questo senso, v. S. Recchione, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: prima lettura*, cit., 2. *Contra*, C. Russo, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n. 93)*, cit., 16, secondo il quale, invece, sarebbe difficilmente comprensibile la scelta del legislatore di considerare meno grave la violenza sessuale commessa da un estraneo. Infatti, secondo l'Autore, posto che la Cassazione ha chiarito che la violenza sessuale si può configurare anche nei confronti del coniuge (v. Cass. 12.7.2007 n. 36962, in *RP* 2008, 158), non sarebbe comunque giustificabile un trattamento sanzionatorio più sfavorevole rispetto allo stesso fatto commesso da un estraneo. Se, infatti, si comprende la previsione di una simile aggravante per il reato di *stalking*, considerata la maggiore potenzialità persecutoria che può esercitare una persona che conosce bene, per averle condivise per un periodo della vita, le abitudini, i luoghi e persino le paure della persona offesa; la stessa aggravante non sarebbe parimenti giustificabile nel reato di violenza sessuale, in quanto la lesione al bene giuridico è comunque talmente forte da non poter essere considerato minore se il fatto è commesso da un estraneo.

atti persecutori e che, nella sua genericità, potrebbe includere, in astratto, qualunque tipo di rapporto affettivo, anche di semplice amicizia. Orbene, posto che, per espressa previsione legislativa, tale legame può essere anche non più attuale e che può essere anche non accompagnato da una convivenza, il problema resta quello dell'individuazione dei requisiti "in positivo". Si tratta di un problema di non agevole soluzione considerata la natura sempre più «*poliformica*»²⁰ e fluida della nostra società civile, in cui i legami affettivi si possono instaurare anche tra persone non legate da vincoli formali o comunque non oggettivamente riconoscibili dall'esterno. Ne discende che il pur apprezzabile tentativo del legislatore di dare maggiore rilievo ai rapporti sostanziali che effettivamente si instaurano tra le persone, finisce con il tradursi nel ricorso a definizioni dai labili confini, con un inammissibile pregiudizio dei principi di determinatezza e tassatività imposti dall'art. 25 co. 2 Cost. La verifica di stati attinenti alla psiche dei soggetti non rappresenta certo un'operazione agevole, proprio perché vengono in considerazione dati altamente personali, quali sensazioni ed emozioni, difficilmente accertabili dall'esterno – in sede processuale – attraverso parametri oggettivi.

L'introduzione di un parametro così soggettivo come quello di un sentimento di affetto potrebbe ledere anche il principio di colpevolezza, dato che autore del fatto e persona offesa ben potrebbero avere una differente visione del loro legame, giacché, senza addentrarci in problemi di più ampio respiro in tema di causalità psichica²¹, ogni legame affettivo presuppone sempre «*una relazione tra la condotta dell'autore e la risposta reattiva di un altro soggetto*»²². Ancora una volta, l'assenza di una precisa definizione legislativa finisce con il rimettere sostanzialmente alla discrezionalità del giudice – laddove «*il vincolo del giudice alla legge è senza alternative*»²³ – la valutazione circa l'attendibilità delle dichiarazioni dell'autore o piuttosto di quelle della persona offesa.

4. In relazione al reato di atti persecutori (art. 612-*bis* Cp), le modifiche introdotte dalla novella sono meno radicali rispetto a quanto previsto per il delitto di violenza sessuale: il legislatore non ha introdotto, infatti, nuove aggravanti speciali, ma si è limitato ad un'estensione ap-

²⁰ Parla di società «*poliformica*» C. Russo, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n. 93)*, cit., 16.

²¹ In relazione ai quali si rimanda alle considerazioni svolte da M. Ronco, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *IP* 2004, 3, 815 ss. e F. Schiaffo, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli 2004, 194 ss.

²² M. Ronco, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, cit., 817. Questa tipologia di fattispecie si sottrae a quella verificabilità empirica richiesta dalla Corte costituzionale, a partire dalla nota sentenza sul plagio (C. cost., sent. 14.7.1961, n. 96), per assicurare la determinatezza della fattispecie incriminatrice: così A. Manna, *Il nuovo delitto di atti persecutori e la sua conformità ai principi costituzionali*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Torino 2010, 469. Sulla "verificabilità empirica", cfr. Id., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *CP* 2001, 2.

²³ W. Hassemer, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Crim* 2007, 75.

plicativa di quelle già esistenti. Inoltre, la nuova aggravante comune prevista dall'art. 61 n. 11-*quinquies* Cp non trova applicazione, come già visto, per il reato di *stalking* in quanto si tratta di fattispecie contro la libertà morale (non ricompresa, dunque, nell'ambito applicativo della nuova aggravante comune). Si tratta in realtà di un'esclusione di scarso rilievo applicativo, in quanto il reato di atti persecutori risulta già di per sé aggravato se commesso in danno di minore ovvero in danno di persona in stato di gravidanza (art. 612-*bis* co. 3 Cp): l'unico caso effettivamente non contemplato dalle aggravanti speciali è quello del fatto commesso «*in presenza*» di minore, che resta quindi punito con la sola pena-base prevista dall'art. 612-*bis* Cp.

Venendo, quindi, alle modifiche introdotte dal d.l. 93/2013 sullo specifico piano degli atti persecutori, l'art. 1 co. 3 Cp prevede che l'aggravante dell'art. 612-*bis* co. 2 Cp sia così riformulato: da «*la pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa*» a «*la pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici*». Quindi, in primo luogo, sotto il profilo soggettivo, l'applicabilità dell'aggravante è stata estesa anche al coniuge (non separato o separato di fatto) e alla persona legata da una relazione affettiva attuale²⁴. Nulla prevede la norma, tuttavia, circa il requisito della convivenza. Mentre in relazione alla nuova aggravante prevista per la violenza sessuale si specifica espressamente che la relazione affettiva può risultare anche in assenza di convivenza, in riferimento all'aggravante dello *stalking* questa precisazione manca, con la conseguenza che rimane all'interprete il difficile compito di delinearne i contenuti. Da un lato – in forza del canone dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – la mancata precisazione «*anche senza convivenza*» sembrerebbe restringere l'applicabilità della fattispecie ai soli casi di relazione affettiva con convivenza. Inoltre, un'interpretazione restrittiva dell'aggravante garantirebbe, in linea di principio, una maggiore conformità al principio di legalità, mentre un'interpretazione giurisprudenziale estensiva del dato letterale rischierebbe di sconfinare nell'analogia *in malam partem*. Di contro, però, il requisito della «*relazione affettiva*» sconta inevitabili margini di incertezza, come avevamo già visto, per cui nel caso concreto, il singolo giudice ben potrebbe accertare la sussistenza di un solido legame affettivo, pure in assenza della convivenza: in tali ipotesi, la soluzione più conforme alla *ratio* stessa dell'intervento riformatore sembrerebbe quella di riconoscere l'applicabilità dell'aggravante.

²⁴ Spesso i comportamenti persecutori si inseriscono nell'ambito di un contesto di violenze familiari, in proposito v. F.M. Zanasi, *Violenza in famiglia e stalking. Dalle indagini difensive agli ordini di protezione*, Milano 2006, 345 ss.; F. Bartolini, *Lo stalking e gli atti persecutori nel diritto penale e civile*, Piacenza 2009; C. Parodi, *Stalking e diritto penale*, Milano 2009, 7 ss.; A.M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino 2010, 12 ss.

In secondo luogo, sotto il profilo oggettivo, la riforma ha esteso l'ambito di applicazione dell'aggravante già esistente (sempre ad effetto comune) anche al caso del fatto «*commesso attraverso strumenti informatici o telematici*». La *ratio* sottesa a tale intervento è quello di una tutela più incisiva nei casi in cui l'aggressione al bene giuridico della libertà morale avvenga secondo particolari modalità idonee – in astratto – a recare un maggior pregiudizio, potendo raggiungere, nell'ambito delle relazioni sociali, una potenzialità indifferenziata di destinatari e non solo la persona offesa (ad es., si pensi ai *social network*)²⁵.

Per «*strumenti informatici o telematici*» il legislatore intende non solo gli strumenti di più recente introduzione come i *social network*, ma anche quelli più tradizionali, come ad esempio gli *sms* o la posta elettronica. La giurisprudenza tende, infatti, ad equiparare sotto il profilo dell'offensività materiale le minacce tramite *sms*, messaggi di posta elettronica o «*post*» sui *social network* come *facebook*²⁶. Attenta dottrina²⁷ si è chiesta se l'accertamento in astratto di tale potenzialità offensiva (basato *sic et simpliciter* sulla semplice constatazione dell'utilizzo degli strumenti informatici o telematici) sia compatibile con il principio di offensività o se, piuttosto, non sia preferibile richiederne l'accertamento in concreto. Si ritiene più conforme alla *ratio* stessa della riforma richiedere – ai fini dell'applicazione dell'aggravante – non solo che il reato sia stato commesso con l'utilizzo delle particolari modalità descritte, ma anche che da tale circostanza sia derivato in effetti un maggior pregiudizio per la libertà morale della persona offesa. Se indubbiamente ha il pregio di una maggiore aderenza al principio di offensività, tuttavia, tale interpretazione rischia forse di forzare il dato letterale della disposizione, secondo cui l'aggravante si applica ogni qual volta il fatto «*sia commesso attraverso*» gli strumenti informatici o telematici, senza richiedere nessun altro requisito ulteriore, dimostrando così di introdurre una presunzione *iuris et de iure* di pericolo.

Nel caso, poi, in cui il reato di atti persecutori sia commesso mediante l'uso di strumenti informatici o telematici in forma anonima, dovrebbe essere applicabile – secondo le regole sul concorso tra norme – sia la nuova aggravante sia l'aggravante speciale prevista per il fatto com-

²⁵ Con particolare riferimento al fenomeno del c.d. «*cyberstalking*», ne evidenzia il peculiare disvalore in dottrina C. Minnella, *Atti persecutori dopo la separazione coniugale: inquadramento giuridico e tutela cautelare* (nota a Cass. pen., sez. V, 27.4.2012, n. 23626), in *DFam* 2012, 1589, secondo cui «*il cyberstalking può essere maggiormente invasivo dello stalking tradizionale perché l'interazione persecutore-vittima si sposta dal piano privato a quello pubblico, creando effetti di maggiore lesività nel soggetto perseguitato in ragione della più ampia e incontrollata diffusione dei contenuti tramite meccanismi informatici. Inoltre, è lo stesso web 2.0 ad agevolare il controllo del perseguitato: basti pensare al tracciamento dei movimenti tramite applicazioni di geolocalizzazione quali Foursquare, FacebookPlaces, ovvero alla costante quantità di informazioni reperibili in rete (e messe a disposizione da social network, blog, newsgroup, mailing list, ecc.)*».

²⁶ V. sul punto ad es. Cass. 16.7.2010 n. 32404, in *CP* 2011, 967, con nota di C. Minnella, *Restano incerti i confini della punibilità del delitto di atti persecutori*, *ibidem*, 968.

²⁷ In questo senso, v. C. Russo, *Femminicidio* (d.l. 14 agosto 2013, n. 93), cit., 20 s.

messo da persona travisata, risultando integrati gli elementi costitutivi di entrambe le fattispecie (non legate da loro da vincolo di specialità).

Sul piano procedurale, l'art. 1 co. 4 d.l. 93/2013 ha apportato alcune significative modifiche al regime di procedibilità, specificando che «*la remissione della querela può essere soltanto processuale*». Si tratta di una soluzione di compromesso. Mentre nella formulazione originaria del decreto-legge era prevista l'irrevocabilità delle querela, specularmente a quanto già previsto per i reati di violenza sessuale (art. 609-septies co. 3 Cp)²⁸, la legge di conversione n. 119/13 ha consentito solo la remissione processuale della querela. Ammettendo solo la remissione processuale si è cercato di contemperare due opposte esigenze: da un lato, quella di rispettare la piena autodeterminazione della persona offesa; mentre, dall'altro lato, si è cercato di garantire la possibilità di un controllo – affidato al giudice – sull'effettiva spontaneità della revoca e sull'assenza di pressioni “esterne” sulla vittima, secondo i principi già espressi dalla Convenzione di Istanbul²⁹. Tuttavia, dato che la remissione processuale, ai sensi dell'art. 340 Cpp, è non solo quella posta in essere con dichiarazione ricevuta dall'autorità procedente, ma anche quella resa alla polizia giudiziaria o mediante procuratore speciale, lo strumento introdotto per assicurare un controllo esterno del giudice sulla spontaneità della remissione non risulta particolarmente funzionale allo scopo. Infatti, nella seconda ipotesi, ossia nel caso di dichiarazione resa alla polizia giudiziaria o mediante procuratore speciale, manca proprio il filtro rappresentato dal controllo del giudice, che può valutare imparzialmente l'assenza di pressioni e, dunque, la libera scelta della vittima.

Infine, sempre nel tentativo di individuare una soluzione di compromesso, la legge di conversione ha, comunque, mantenuto dei casi-limite in cui non è ammessa la remissione. In particolare, la querela è comunque irrevocabile «*se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612 secondo comma*», ossia minacce gravi o con armi o da persona travisata o da più persone riunite o con scritto anonimo, o in modo simbolico, o valendosi della forza intimidatrice derivante da segrete associazioni, esistenti o supposte, o mediante il lancio o l'utilizzo di corpi contundenti o altri oggetti atti ad offendere, compresi gli artifici pirotecnici, in modo da creare pericolo alle persone (art. 1 co. 3 d.l. 93/2013). In particolare, l'inciso «*minacce reiterate*» suscita gli stessi dubbi interpretativi già sorti in sede di individuazione delle «*condotte reiterate*» di cui all'art. 612-bis Cp per l'indeterminatezza dalla formulazione³⁰. Al riguardo, è rimesso all'interprete – alla stessa

²⁸ In proposito v. M. Virgilio, sub art. 609-septies Cp (*Querela di parte*), in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, 2006, 736.

²⁹ In base all'art. 48 1° co. Conv., gli Stati firmatari si impegnano ad adottare «*le misure legislative o di altro tipo destinate a vietare i metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, tra cui la mediazione e la conciliazione, per tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione*».

³⁰ Per un'analisi del problema delle condotte reiterate nel reato di *stalking*, v. A. Valsecchi, *Il requisito della reiterazione delle minacce o molestie nella recente giurispru-*

stregua di quanto già avviene per l'individuazione della condotta tipica - il compito di interrogarsi su quale sia il numero minimo di minacce che si deve considerare necessario per l'irrevocabilità della querela. Sul punto, vale la pena di ricordare che se la giurisprudenza di legittimità, in relazione alla condotta tipica degli atti persecutori, ritiene che per aversi reiterazione basti che l'agente ripeta la condotta anche una sola volta³¹, probabilmente anche per la valutazione della *reiterazione* delle minacce dovrebbe essere applicato un criterio simile, se non altro per garantire una certa omogeneità interpretativa all'interno della medesima disposizione di legge.

Infine, l'art. 1 co. 4 93/2013 prevede che, in caso di ammonimento orale del questore a seguito di atti persecutori (*ex art. 8 d.l. 11/2009*), il questore «*deve*» anche adottare i provvedimenti in materia di armi e munizioni. Mentre - prima della riforma - l'adozione di tali provvedimenti era rimessa alla valutazione discrezionale del questore, il quale poteva revocare le autorizzazioni in materia di armi e munizioni, a seguito della novella, tale misura è diventata invece obbligatoria. Tuttavia, anche in relazione a tale modifica, la formulazione legislativa adottata non convince del tutto. Il legislatore non ha specificato, infatti, il contenuto di tali provvedimenti: in altre parole, non ha previsto espressamente che il questore debba revocare le autorizzazioni, ma semplicemente che debba obbligatoriamente pronunciarsi sul punto. Ne discende che se il questore è adesso vincolato rispetto all'*an* dei provvedimenti, non lo è in relazione al loro contenuto, non essendo cioè tenuto a disporre la revoca. La mancata specificazione del contenuto dei provvedimenti rischia, quindi, in definitiva di svuotare di significato l'intervento riformatore.

In chiusura, a completamento della tutela per le violenze "di genere", il legislatore del 2013 ha esteso il catalogo dei reati, in relazione ai quali le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche devono fornire alle vittime tutte le informazioni sui centri antiviolenza presenti sul territorio e, in particolare, nella zona di residenza e, dietro richiesta, anche a prendere contatti (*ex art. 11 d.l. 11/2009*). Mentre prima era previsto solo in riferimento al reato di atti persecutori, tale obbligo è stato esteso anche ai maltrattamenti contro familiari e conviventi, alla riduzione o mantenimento in schiavitù, alla prostituzione minorile, alla pornografia minorile, alle iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, alla tratta di persone, all'acquisto o alienazione di schiavi, alla violenza sessuale, agli atti sessuali con minorenne, alla corruzione di minorenne e alla violenza sessuale di gruppo.

denza di merito e di legittimità, in *penalecontemporaneo.it*; L. Pistorelli, *Nuovo delitto di "atti persecutori" (cd. stalking)*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta, Milano 2009, 171.

³¹ V. Cass. 21.1.2010 n. 6417, in *CP* 2011, 157; Cass. 2.3.2010 n. 25527, in *CP* 2011, 978. Cfr. di recente, Cass. 14.11.2013 n. 45648, in *GD* 2014 (1), 60, secondo cui, ai fini della configurabilità dell'art. 612-bis Cp, il comportamento dell'agente dev'essere «reiteratamente minaccioso o, comunque molesto, dal quale derivi, per il destinatario, quale ulteriore evento dannoso, un perdurante stato di ansia o di paura, oppure un fondato timore dello stesso per l'incolumità propria o dei soggetti vicini, oppure, ancora, il mutamento delle proprie abitudini di vita».

Art. 2

Modifiche al codice di procedura penale e disposizioni concernenti i procedimenti penali per i delitti contro la persona

1. Al codice di procedura penale sono apportate le seguenti modificazioni:

0a) all'articolo 101, comma 1, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: "Al momento dell'acquisizione della notizia di reato il pubblico ministero e la polizia giudiziaria informano la persona offesa dal reato di tale facoltà. La persona offesa è altresì informata della possibilità dell'accesso al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'articolo 76 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e successive modificazioni.";

0b) all'articolo 266, comma 1, dopo la lettera f-ter) è aggiunta la seguente:

"f-quater) delitto previsto dall'articolo 612-bis del codice penale";

a) all'articolo 282-bis, comma 6, dopo la parola "571," sono inserite le seguenti: "582, limitatamente alle ipotesi procedibili d'ufficio o comunque aggravate,", le parole "e 609-octies," sono sostituite dalle seguenti: "609-octies e 612, secondo comma," e sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "e anche con le modalità di controllo previste all'articolo 275-bis";

a-bis) all'articolo 282-quater, comma 1, è aggiunto, in fine, il se-

guente periodo: "Quando l'imputato si sottopone positivamente ad un programma di prevenzione della violenza organizzato dai servizi socio-assistenziali del territorio, il responsabile del servizio ne dà comunicazione al pubblico ministero e al giudice ai fini della valutazione ai sensi dell'articolo 299, comma 2";

b) all'articolo 299:

1) dopo il comma 2, è inserito il seguente: "2-bis. I provvedimenti di cui ai commi 1 e 2 relativi alle misure previste dagli articoli 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, devono essere immediatamente comunicati, a cura della polizia giudiziaria, ai servizi socio-assistenziali e al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa";

2) al comma 3, dopo il primo periodo, è inserito il seguente:

"La richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti di cui al comma 2-bis del presente articolo, che non sia stata proposta in sede di interrogatorio di garanzia, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla per-

sona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio. Il difensore e la persona offesa possono, nei due giorni successivi alla notifica, presentare memorie ai sensi dell'articolo 121. Decorso il predetto termine il giudice procede.”;

3) al comma 4-bis, è aggiunto, in fine, il seguente periodo:

“La richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti di cui al comma 2-bis del presente articolo, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio”;

b-bis) all'articolo 350, comma 1, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “, e nei casi di cui all'articolo 384-bis”;

b-ter) all'articolo 351, comma 1-ter, dopo le parole: “previsti dagli articoli” è inserita la seguente: “572,” e le parole: “e 609-undecies” sono sostituite dalle seguenti: “, 609-undecies e 612-bis”;

c) all'articolo 380, comma 2, dopo la lettera l-bis) è aggiunta la seguente: “l-ter) delitti di maltrattamenti contro familiari e conviventi e di atti persecutori, previsti dall'articolo 572 e dall'articolo 612-bis del codice penale;”;

d) dopo l'articolo 384, è inserito il seguente: “Art. 384-bis (Allontanamento d'urgenza dalla casa familiare) – 1. Gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria hanno facoltà di disporre, previa autorizzazione del pubblico ministero, scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, o per via telematica, l'allontanamento

urgente dalla casa familiare con il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, nei confronti di chi è colto in flagranza dei delitti di cui all'articolo 282-bis, comma 6, ove sussistano fondati motivi per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate ponendo in grave ed attuale pericolo la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa. La polizia giudiziaria provvede senza ritardo all'adempimento degli obblighi di informazione previsti dall'articolo 11 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, e successive modificazioni.”.

2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui agli articoli 385 e seguenti del presente titolo. Si osservano le disposizioni di cui all'articolo 381, comma 3. Della dichiarazione orale di querela si dà atto nel verbale delle operazioni di allontanamento”;

e) all'articolo 398, comma 5-bis, dopo le parole “dagli articoli” è inserita la seguente: “572,”;

f) all'articolo 406, comma 2-ter, dopo le parole “di cui agli articoli” è inserita la seguente “572,” e le parole: “e 590, terzo comma,” sono sostituite dalle seguenti: “, 590, terzo comma, e 612-bis”;

g) all'articolo 408, dopo il comma 3, è aggiunto il seguente:

“3-bis. Per i delitti commessi con violenza alla persona, l'avviso della richiesta di archiviazione è in ogni caso notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa ed il termine di cui al comma 3 è elevato a venti giorni.”;

h) all'articolo 415-bis, comma 1, dopo le parole “e al difensore”, sono inserite le seguenti: “nonché, quando si procede per i reati di cui agli articoli 572 e 612-bis del codice penale, anche al difensore della per-

sona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa”;

h-bis) all'articolo 449, comma 5, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: “Quando una persona è stata allontanata d’urgenza dalla casa familiare ai sensi dell’articolo 384-bis, la polizia giudiziaria può provvedere, su disposizione del pubblico ministero, alla sua citazione per il giudizio direttissimo e per la contestuale convalida dell’arresto entro le successive quarantotto ore, salvo che ciò pregiudichi gravemente le indagini. In tal caso la polizia giudiziaria provvede comunque, entro il medesimo termine, alla citazione per l’udienza di convalida indicata dal pubblico ministero”.

i) all’articolo 498:

1) al comma 4-ter, dopo le parole “agli articoli” è inserita la seguente: “572,”;

2) dopo il comma 4-ter è aggiunto il seguente: “4-quater. Quando si procede per i reati previsti dal comma 4-ter, se la persona offesa è maggiorenni il giudice assicura che l’esame venga condotto anche tenendo conto della particolare vulnerabilità della stessa persona offesa, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede, e ove ritenuto opportuno, dispone, a richiesta della persona offesa o del suo difensore, l’adozione di modalità protette.”.

2. Dopo l’articolo 132-bis, comma 1, lettera a), delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, è inserita la seguente: “a-bis) ai delitti previsti dagli articoli 572 e da 609-bis a 609-octies e 612-bis del codice penale;”.

3. Al comma 4-ter dell’articolo 76 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 mag-

gio 2002, n. 115, dopo le parole “La persona offesa dai reati di cui agli articoli” sono inserite le seguenti: “572, 583-bis, 609-octies e 612-bis”. Ai relativi oneri pari a 1 milione di euro per l’anno 2013 e a 2,7 milioni di euro a decorrere dall’anno 2014 si provvede, quanto a 1 milione di euro per l’anno 2013 e 400.000 euro per l’anno 2014, mediante corrispondente riduzione, per i medesimi anni, dello stanziamento del fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2013-2015, nell’ambito del programma «Fondi di riserva e speciali» della missione «Fondi da ripartire» dello stato di previsione del Ministero dell’economia e delle finanze per l’anno 2013, allo scopo parzialmente utilizzando, quanto a 1 milione di euro per l’anno 2013, l’accantonamento relativo al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e quanto a 400.000 euro per l’anno 2014, l’accantonamento relativo al Ministero degli affari esteri, e quanto a 2,3 milioni di euro per l’anno 2014 e a 2,7 milioni di euro a decorrere dal 2015 mediante corrispondente riduzione delle risorse del Fondo di cui all’articolo 15, comma 5, della legge 6 luglio 2012, n. 96. Il Ministro dell’economia e delle finanze è autorizzato ad apportare con propri decreti le occorrenti variazioni di bilancio”.

4. La disposizione di cui al comma 1, lettera c), entra in vigore dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

4-bis All’articolo 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, e successive modificazioni, dopo le parole: “alle fattispecie di cui al secondo comma perseguibili a querela di parte” sono inserite le seguenti: “, ad esclusione dei fatti commessi contro uno dei soggetti elencati dall’articolo 577, secondo comma, ovvero contro il convivente.”.

Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato

Commento di HERVÉ BELLUTA

SOMMARIO: 1. Verso il processo penale “con vittima”: poche premesse per un provvedimento legislativo composito. – 2. I nuovi incombenti informativi diretti alla persona offesa. – 3. Il processo come scudo: a) le modifiche in tema di indagini preliminari. – 4. b) gli interventi sulle misure precautelari. – 5. c) il versante cautelare. – 6. La tutela della fonte testimoniale vulnerabile.

1. Tra i numerosi, forse troppi, provvedimenti normativi che negli ultimi anni sono intervenuti sul tessuto del codice di procedura penale, molti ormai ruotano intorno alla figura della vittima di reato, della quale, dopo l’iniziale riscoperta¹, sono emerse le crescenti esigenze di tutela e affermazione nelle dinamiche processuali²: bisogni così repentini e impellenti da essere talora soddisfatti, sull’onda di altrettanti campanelli d’allarme sociale, attraverso manovre legislative d’urgenza³. Peraltro, poiché il complesso tema della vittima viene di regola affrontato sulla spinta di emergenze non prive di componenti emozionali, difetta fatalmente ogni visione sistematica, trasformandosi l’auspicabile disciplina della presenza della vittima sulla scena penale in una sua scomposta “irruzione” negli inveterati equilibri del processo. Inoltre, il legislatore, spesso disattento, fatica nel tentativo di colmare le proprie pregresse lacune, e così interviene ripetutamente sulle stesse disposizioni codicistiche, trasformandole in caleidoscopi normativi di cui è difficile cogliere la coerenza e, talora, anche il senso⁴.

Non fa eccezione, rispetto a questo quadro, il provvedimento in esame, ultimo in ordine di tempo a dedicarsi alla lotta contro i delitti che offendono le relazioni interindividuali⁵, qui identificati nella catego-

¹ Così, in particolare, G. Forti, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 252. Cfr. anche P.P. Paulesu, *Persona offesa dal reato*, in *ED, Annali II*, Milano 2008, 593 ss.

² Siamo ormai ben oltre il c.d. “decennio della vittima”, datato a partire dalla Decisione quadro 2001/220/GAI, cui si riferiscono AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino 2012.

³ È il caso, ad esempio, del c.d. “pacchetto sicurezza” del 2009 (composto dal d.l. 23.2.2009, n. 11, conv. l. 23.4.2009, n. 38 e dalla l. 15.7.2009, n. 94), sul quale v. AA.VV., *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino 2009.

⁴ Sia permesso, al riguardo, un rinvio a H. Belluta, *Un personaggio in cerca d’autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in *Lo scudo e la spada*, cit., 95 ss.

⁵ Un immediato precedente si ritrova nella l. 1.10.2012 n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno, sulla quale cfr., per i profili di diritto processuale, A.M. Capitta, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull’ordinamento penitenziario*, in www.penale-contemporaneo.it, 5.11.2012; C. Cesari, *Il minore informato sui fatti nella legge n.*

ria della violenza di genere, e declinati nel rafforzamento delle difese penali contro i maltrattamenti, la violenza sessuale e gli atti persecutori. Nel suo insieme, il d.l. 14.8.2013, n. 93 rinnova la (criticabile) tradizione dei provvedimenti *multitasking*, in cui il legislatore riversa risposte ad aspettative eterogenee: così, accanto alle disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, fanno la loro comparsa nel testo governativo anche previsioni dedicate alla protezione civile e al commissariamento delle Province⁶. L'insufficiente ponderazione delle nuove disposizioni processuali, peraltro, non emerge dall'accostamento di materie affatto consimili, le quali possono anche convivere in una decretazione che davvero intenda rispondere a istanze e bisogni la cui soddisfazione appaia improcrastinabile: affiora, invece, dall'ampio lavoro di rimaneggiamento che connota la legge di conversione, la quale, raccolto il testimone della decretazione d'urgenza, ha condotto la penna legislativa ben oltre il perimetro già tracciato⁷.

Ne consegue una novella legislativa che interviene microchirurgicamente, ma su numerosi "organi" del sistema penale: al di là del sempre più composito settore sostanziale, dove si è agito sulle fattispecie esistenti modificandone il trattamento sanzionatorio o innovandone le previsioni circostanziali⁸, in materia processuale le novità investono l'informazione e la difesa della vittima, le indagini preliminari, i provvedimenti precautelari, le misure cautelari, i procedimenti speciali e le modalità di assunzione delle fonti vulnerabili di prova.

L'obiettivo di perfezionare gli strumenti di contrasto alla violenza di genere piega il processo penale, o almeno una parte di esso, verso l'assunzione di un ruolo servente le istanze preventive e repressive dei comportamenti violenti consumati in ambito familiare e affettivo: sembra questa la principale logica ispiratrice della manovra in commento, sebbene non ne sia l'unica. Crescita dei reati per i quali è possibile disporre intercettazioni, ampliamento dei casi di arresto obbligatorio in flagranza, allontanamento d'urgenza dalla casa familiare (con eventuale giudizio direttissimo conseguente), allontanamento dalla casa familiare

172/2012, in *RIDPP* 2013, 157 ss.; M. Daniele, *Un ulteriore restyling incompleto delle norme processuali*, in *LP* 2013, 64 ss.; B. Piattoli, *Audizione protetta del minore e tutela delle vittime del reato*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano 2013, 163 ss.

⁶ Per un primo commento v. C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i reati commessi con violenza alla persona*, in *DPP* 2013, 1390 ss.; cfr. altresì P. De Martino, *Le innovazioni introdotte nel codice di rito dal decreto legge sulla violenza di genere, alla luce della Direttiva 2012/29/UE*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8.10.2013; S. Recchione, *Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura*, *ivi*, 15.9.2013.

⁷ Per un raffronto tra decretazione d'urgenza e legge di conversione v. R. Bricchetti, *Braccialeto elettronico per chi viene allontanato*, in *GD* 2013, n. 44, 93 ss.; A. Diddi, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *PPG* 2014, n. 2, 91 ss.; G. Pavich, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *CP* 2013, 4314 ss.

⁸ Esamina le modifiche apportate al diritto penale sostanziale A. Diddi, *op. cit.*, 92 ss.; in ordine al d.l. 93/2013 v. G. Pavich, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.9.2013.

imposto in via cautelare oltre i limiti dettati dall'art. 280 Cpp, in un numero crescente di ipotesi, sono altrettanti segnali di un arsenale a caratura più repressiva che accertativa. Da simile angolatura, viene subito da chiedersi se il processo penale si presti a tali fini, senza scendere nella deriva della specialprevenzione: tuttavia, a ragionare in concreto, non si dà tutela senza che sussista un pericolo e, dunque, la vera domanda potrebbe essere come offrire protezione effettiva a chi si trovi in stato di pericolo per la vita o l'incolumità psicofisica, senza aprire le porte all'indagine penale. Del resto, nonostante possa sembrare superfluo ricordarlo, spetta alla polizia giudiziaria (art. 55 Cpp) anche il compito di prendere notizia dei reati e impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori; dal momento che le condotte integranti la violenza di genere ricalcano per lo più comportamenti abituali, di solito originati dalle c.d. "fattispecie sentinella", come le semplici lesioni personali⁹, appare quanto mai confacente con l'orbita dei compiti di polizia giudiziaria l'intervento diretto a prevenire l'ulteriore degenerazione delle relazioni interpersonali già scadute al livello della rilevanza penale. Piuttosto, v'è poi da ragionare sulla capacità del sistema di virare funzionalmente rispetto al proprio esordio, quando quest'ultimo muova da provvedimenti che incidono, per necessità e urgenza, sulla libertà personale: il processo perde la propria vocazione accertativa non perché inizialmente mosso da finalità preventive o repressive, ma perché incapace di liberarsi di esse all'atto dell'accertamento.

Un logica non unitaria, dicevamo, ispira la normativa in esame. Esiste, difatti, specularmente, l'intenzione di offrire alla vittima di violenze *gender-based* una maggiore dignità processuale, contro l'*apartheid* consciamente perseguito sino ad alcuni anni fa nei riguardi delle vittime in generale¹⁰. Su questa strada, però, il legislatore perde lucidità: poco avvezzo a considerare l'offeso come partecipe effettivo del processo penale, assegna alle vittime margini di manovra eventuali e a diametro variabile, come accade quando centellina importanti diritti all'informazione (è il caso del ritoccato art. 415-bis Cpp) solo in pendenza di un procedimento per maltrattamenti o per atti persecutori, o quando, al contrario, insiste sull'informazione all'offeso in ordine alla facoltà di nominare un difensore (art. 101 co. 1 Cpp) e di accedere al patrocinio a spese dello Stato, senza considerare, poi, che l'effettività dei diritti difensivi spettanti alle vittime è prossima allo zero.

In effetti, l'intenzione di irrobustire le garanzie partecipative delle vittime di reato trascende la singola occasione di intervento legislativo, assumendo più le sembianze di un movimento culturale, interpretativo e, infine, normativo, che, integrando i differenti livelli delle fonti del di-

⁹ Insiste opportunamente su questo aspetto S. Recchione, *op. cit.*, 6.

¹⁰ Basti rileggere i contributi versati in AA.VV., *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma 2001. Al contrario, esplorano il percorso di valorizzazione della vittima S. Allegrezza, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada*, cit., 1 ss.; C. Amalfitano, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *DUE* 2011, 643 ss.; V. Petralia, *La vittima di reato nel processo di integrazione europea*, Napoli 2012.

ritto, trova voce anche attraverso le facoltà ora assegnate alle vittime di violenze di genere. In questo senso, la legge in esame si iscrive nel lungo e ormai ricco percorso di irrobustimento delle garanzie processuali da riconoscersi alla vittima, pur senza distaccarsi da esso là dove più ve ne sarebbe bisogno: cioè nel maturare e tradurre in pratica l'idea che la vittima non rappresenti solo un soggetto da tutelare¹¹, ma debba divenire un attore delle moderne dinamiche accertative penali¹². Esistono una lettura passiva e una lettura attiva del ruolo processuale della vittima: nel primo senso, essa compare e rileva solo come portatrice di esigenze di protezione, mentre, in chiave attiva, dovrebbe poter confidare negli strumenti tecnici che fanno del soggetto processuale una vera parte¹³.

Ad oggi, il processo penale "con vittima" si limita per lo più a recepirne il ruolo passivo, fungendo, secondo una consolidata metafora, da «scudo»: nonostante le (buone) intenzioni, anche la legge in esame non supera questa barriera, agendo positivamente soltanto sulla tutela offerta alle vittime grazie al processo e contro l'imputato (artt. 266, 282-*bis*, 282-*quater*, 380, 384-*bis* Cpp), o arginando il rischio di una vittimizzazione secondaria di matrice processuale (artt. 398 co. 5-*bis* e 498 co. 4-*ter* e co. 4-*quater* Cpp). Però, ancora una volta, la spinta vagamente paternalistica che ispira la novella tradisce la natura troppo impulsiva e poco razionale della risposta legislativa, che fatica ad assegnare alla vittima anche una «spada» con la quale difendersi.

Da ultimo, tra i rilievi introduttivi, merita una riflessione il rapporto di mezzo a fine che la novella in esame inevitabilmente instaura con le fonti sovranazionali che si occupano di vittime. In questa materia, la linea d'orizzonte appare almeno duplice: nello specifico, consta la convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul il 11.5.2011¹⁴; poi, sicuro punto di riferimento è rappresentato dalla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, datata 25.10.2012, che prevede norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato¹⁵.

¹¹ Su testimoni e testimonianze "deboli" pone l'accento G. Ubertis, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in CP 2009, 4058 ss.; cfr. anche F. Cassibba, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, cit., 299 ss.

¹² Questo, almeno, l'auspicio già espresso in H. Belluta, *As is, to be: vittime di reato e giustizia penale tra presente e futuro*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, cit., 143 ss.

¹³ In quest'ultimo senso v. già G. Tranchina, *La vittima del reato nel processo penale*, in CP 2010, 4051 ss.

¹⁴ In argomento, v. G. Battarino, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in www.penalecontemporaneo.it, 2.10.2013.

¹⁵ La citata Direttiva sostituisce la Decisione Quadro 2001/220/GAI. In argomento v. D. Savy, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea*, in PPG 2013, n. 4, 93 ss.

Tra le previsioni della convenzione, si deve ricordare come, all'art. 3, si intenda per violenza nei confronti delle donne ogni violazione dei diritti umani e ogni forma di discriminazione contro le donne, nonché gli atti di violenza fondati sul genere capaci di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà. Mentre, con violenza domestica si indicano tutti gli atti di violenza che germogliano all'interno della famiglia o del nucleo familiare, compresi i rapporti tra coniugi o partner attuali o precedenti, indipendentemente dal rapporto di perdurante o pregressa coabitazione. Inoltre, qualsiasi persona fisica che subisca i descritti atti o comportamenti viene definita «vittima». Primo, tra gli obblighi delle Parti firmatarie, figura l'adozione di misure che, muovendo dalla comprensione della violenza di genere e della violenza domestica, «si concentrino sui diritti umani e sulla sicurezza della vittima» (art. 18, § 3). Sul piano dell'indagine e del processo penale, l'art. 50 indica la necessità che la violenza sia affrontata in modo tempestivo, «offrendo una protezione adeguata e immediata alle vittime». Quanto al profilo informativo, inoltre, la convenzione, all'art. 56, dedicato alle misure di protezione, stabilisce, alla lett. c, che le vittime debbano rese edotte dei loro diritti, dei servizi a loro disposizione e dell'esito della denuncia sporta, dei capi d'accusa, dell'andamento generale delle indagini o del procedimento, nonché del loro ruolo nell'ambito del rito penale e dell'esito del giudizio.

Attingendo alla direttiva, figura, all'art. 1, quale obiettivo fondamentale, proprio il «garantire che le vittime di reato ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali». Si delineano così i contorni di una posizione processuale dotata di effettività, che poggia sul duplice pilastro della informazione e sostegno (Capo 2) e della partecipazione al procedimento penale (Capo 3), e che trova poi specificazione tra l'altro nel diritto di comprendere e di essere compresi (art. 3), di ottenere informazioni fin dal primo contatto con l'Autorità competente (art. 4), di avere informazioni sul proprio caso (art. 6), di essere sentiti (art. 10), di potere esercitare taluni diritti di fronte alla possibilità che l'azione penale non venga esercitata (art. 11), di accedere al patrocinio a spese dello Stato (art. 13).

Resta da considerare che, secondo la direttiva 2012/29/UE, le vittime della violenza di genere, come le vittime minorenni, «tendono a presentare un elevato tasso di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni», e pertanto occorre presumere che «trarranno vantaggio da misure speciali di protezione» (considerando n. 57). Anche in questo senso, la legge in commento dimostra di non ignorare il problema, per esempio estendendo la possibilità di eseguire l'incidente probatorio con modalità protette anche all'ipotesi di maltrattamenti o aprendo all'esame dibattimentale protetto dell'offeso maggiorenne particolarmente vulnerabile. Tuttavia, il sistema non è a rischio a causa di quel che prevede, bensì per quanto non prevede: ovvero, poiché il *target* europeo impone di presumere che certi soggetti, come quelli citati, siano

bisognosi di particolare protezione, si dovrebbe superare a piè pari il metodo della vulnerabilità desunta *ex lege* incrociando i dati della tipologia di reato e della natura della vittima, per estendere le peculiari protezioni che via via fanno la loro comparsa nel codice di rito penale a tutte le vittime appena richiamate. *A contrario*, ogni limite che ne restringa il campo applicativo rischia di porsi in conflitto con la direttiva, legittimando i giudici nazionali ad azionare gli strumenti dell'interpretazione conforme, del ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia di Lussemburgo o, in ultima istanza, a sollevare l'incidente di costituzionalità¹⁶.

Certamente, anticipando un bilancio del provvedimento in esame, non si può dire che l'eco delle richiamate fonti sia stata ignorata dal legislatore nazionale, ma nemmeno che le richieste provenienti dall'Europa abbiano ottenuto compiuta esecuzione: pur non dimostrando insensibilità al tema, si agisce, a livello locale, con metodo omeopatico, impiegando ora questa categoria di vittime ora quella per forzare il classico e alquanto rigido modello processuale triadico, composto da pubblico ministero, imputato e giudice¹⁷. Soprattutto, si assiste troppo spesso al deprecabile fenomeno della strumentalizzazione dell'offeso dal reato, comodo grimaldello di nuove politiche punitive, giustificate attraverso il favore verso la tutela della vittima dimostrato dalle linee di politica penale dell'Unione europea¹⁸.

2. Cercando di sintetizzare i diritti fondamentali della vittima delineati in ambito europeo, essi ruotano intorno all'asse informazione-assistenza-partecipazione-protezione¹⁹. Queste costanti normalmente interagiscono, ponendosi per esempio il diritto all'informazione quale preliminare strumento per realizzare assistenza e partecipazione effettive ai procedimenti penali. Capitolo a sé può costituire il diritto alla protezione, declinabile in chiave sia processuale sia extraprocessuale: la stessa direttiva 2012/29/UE, agli artt. 8 e 9, disciplina il diritto di accesso ai servizi di assistenza alle vittime, esercitabile prima, durante e dopo il procedimento penale, mentre l'intero Capo 4 è dedicato alla protezione delle vittime e al riconoscimento delle loro specifiche esigenze di protezione in rapporto ad un procedimento penale. Oltre la sfera dei soggetti a vulnerabilità presunta, la direttiva, attraverso l'*individual assessment*, adotta un approccio pratico, funzionale a ritagliare apposite forme di tu-

¹⁶ Per un riassuntivo esame di questa problematica v. F. Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.2.2014. Più ampiamente, v. V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012.

¹⁷ Attingendo alle diverse tipologie di ballo, impiega la metafora del processo come tango o come rumba, a seconda che gli attori siano sostanzialmente due (accusa e difesa) o si prendano in considerazione anche le esigenze di altri partecipi (come vittime o testimoni), E. Grande, *Dances of Justice: Tango and Rumba in Comparative Criminal Procedure*, in *Global Jurist* 2009, n. 9, 4 ss.

¹⁸ Pericolo dal quale mette bene in guardia S. Allegrezza, *op. cit.*, 26.

¹⁹ Così, pur con riguardo alle c.d. "supervittime", M. Gialuz, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in *Lo scudo e la spada*, cit., 59 ss.

tela e protezione sulle singole esigenze dimostrate dalle vittime, tenuto anche conto dei loro *desiderata*²⁰.

Un analogo approccio binario traspare dalla legge in esame, dalla quale, come anticipato, si possono ricavare due linee di intervento: l'una gravitante sulla necessità di offrire tempestiva protezione alle vittime di reati *gender-based*, attraverso l'impiego di strumenti processuali orientati in senso preventivo, l'altra improntata a riconoscere alcune informazioni alla vittima, onde garantirne una presenza più concreta nel procedimento penale.

Muovendo da questa seconda direttiva, si registra un opportuno cambio di passo tra la legislazione dell'emergenza e la legge di conversione. Nel primo testo, infatti, il legislatore, avendo deciso di fornire puntuali informazioni alla vittima in fase d'indagine, aveva ritoccato la procedura archiviativa e l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Quanto all'archiviazione, attraverso il nuovo co. 3-*bis* dell'art. 408 Cpp, si imponeva di notificare in ogni caso alla persona offesa, a cura del pubblico ministero, l'avviso della richiesta di archiviazione qualora si fosse proceduto per maltrattamenti, *ex art.* 572 Cp. Inoltre, in tale ipotesi, il termine per proporre opposizione veniva elevato da dieci a venti giorni. In merito all'avviso di chiusura delle indagini, la modifica, intervenendo nel corpo del co. 1 dell'art. 415-*bis* Cpp, intendeva estendere i destinatari della notifica dell'avviso anche al difensore dell'offeso o, in mancanza di questi, alla vittima, sempre che si fosse proceduto per il delitto previsto all'art. 572 Cp.

In sede di conversione, le citate disposizioni codicistiche vengono nuovamente ritoccate, in senso estensivo dei diritti ivi garantiti in favore delle vittime.

L'art. 408 co. 3-*bis* Cpp prevede ora che l'obbligo di notifica all'offeso, e l'innalzamento del termine a venti giorni per prendere visione degli atti e presentare opposizione, sia in ogni caso imposto qualora si proceda per «delitti commessi con violenza alla persona». Per quanto (come anticipato) opportuno, l'allargamento dei casi nei quali i richiamati diritti all'informazione e all'intervento della vittima divengono reali non pare sufficiente. Sebbene, difatti, sia stata abbandonata (in questo limitato caso, almeno) la criticabile pratica di collegare diritti processuali alla circostanza di procedere per precise fattispecie delittuose, l'invocata categoria di genere della violenza alle persone lascia dubitare, per esempio, della applicabilità delle riformate previsioni qualora si proceda per reati commessi con minaccia²¹: categoria recuperabile solo se la si volesse intendere come forma psicologica di violenza²². In questo angusto

²⁰ In argomento, T. Rafaraci, *Vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea*, in *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di R. Mastroianni, D. Savy, Napoli 2013, 73 ss.; volendo, H. Belluta, *As is, to be, cit.*, 152 ss.

²¹ Rispondono negativamente, infatti, R. Bricchetti, *op. cit.*, 94, e A. Diddi, *op. cit.*, 98.

²² Senza contare che, come dimostrano i dubbi sorti in occasione delle prime applicazioni della nuova normativa, potrebbero darsi letture, intese a valorizzare l'*intentio legis*, che circoscrivono la condotta violenta rilevante alle ipotesi nelle quali esi-

angolo della novella legislativa potrebbe riposare un non giustificato allontanamento da quanto previsto dalla convenzione di Istanbul dove, all'art. 3, la violenza compare sia come attività fisica, sia come minaccia di compiere violenze materiali. Del resto, pure la direttiva 2012/29/UE definisce vittima la persona che abbia subito «un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche» in conseguenza di un reato, lasciando chiaramente intendere quanto conti, oltre la violenza delle condotte offensive, la violenza percepita e “patita” dall'offeso.

Ancor meno condivisibile pare la previsione del rinnovato art. 415-*bis* co. 1 Cpp, dove il ripensamento legislativo ha esteso l'obbligo di invio dell'avviso di conclusione dell'attività investigativa alla persona offesa o al suo difensore, oltre al caso di maltrattamenti, qualora si proceda per atti persecutori. La selezione così realizzata lascia presagire che, al pari di altre disposizioni codicistiche, anche l'art. 415-*bis* Cpp sia destinato ad arricchirsi man mano di ulteriori richiami a fattispecie di reato per le quali futuri interventi legislativi ritengano necessario che la vittima sia portata a conoscenza delle intenzioni dell'accusa in rapporto alle determinazioni sull'azione penale. Nonostante – sia detto per inciso – un margine davvero ristretto di utilità di tale incombente informativo alla vittima, posto che esso viene attivato soltanto qualora il pubblico ministero abbia già deciso di agire²³.

Inoltre, la nuova previsione impone di verificare le conseguenze del mancato invio dell'avviso di conclusione delle indagini all'offeso o al suo difensore nei casi previsti: posto che ai sensi dell'art. 416 Cpp la richiesta di rinvio a giudizio e, a norma dell'art. 552 co. 2 Cpp, il decreto di citazione diretta a giudizio sono nulli se non preceduti dall'invio dell'avviso, pare che la nuova incombenza vada anch'essa rispettata a pena di nullità²⁴. Con il paradosso, però, di sanzionare in modo severo un incombente utile dal punto di vista informativo, ma del tutto inutile dal punto di vista operativo, dato che, una volta ricevuto l'avviso di conclusione delle indagini, la vittima non ha alcun potere concreto.

Maggiore respiro connota invece la nuova disciplina dell'informazione sulla difesa da rivolgere alla vittima, *ex art.* 101 co. 1 Cpp. Stante il generale diritto della persona offesa di nominare un difensore per po-

sta un pregresso rapporto relazionale tra autore e vittima, come accade nelle fattispecie previste e punite agli artt. 572 e 612-*bis* Cp, escludendosi, quindi, le fattispecie ove la violenza si qualifichi come fattore del tutto occasionale (tipico esempio, la rapina). Solleva questo peculiare problema G.i.p. presso T. Torino, ord. 28.1.2014, in *www.penalcontemporaneo.it*, 28.11.2013, con nota di H. Belluta, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*.

²³ In questo senso A. Diddi, *op. cit.*, 107.

²⁴ Nullità che R. Bricchetti, *op. cit.*, 98, definisce generale a regime intermedio, figurando la persona offesa tra le altre parti alle quali si riferisce l'art. 178 lett. c Cpp. Nel senso della nullità dell'atto di esercizio dell'azione penale anche C. Iasevoli, *op. cit.*, 1398. Occorre però precisare che la vittima non è parte processuale, almeno sino a quando, risultando anche danneggiata dal reato, non si costituisca parte civile, per l'udienza preliminare. Sembra allora inevitabile definire la nullità che si verifica in caso di mancato invio dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* Cpp alla vittima, qualora previsto, come nullità relativa (in questo senso, S. Recchione, *op. cit.*, 11).

ter esercitare i diritti e le facoltà che espressamente la legge le riserva, ora di tale facoltà la vittima deve essere avvisata, ad opera del pubblico ministero o della polizia giudiziaria, al momento dell'acquisizione della notizia di reato. Allo stesso modo, deve sapere di poter accedere al patrocinio a spese dello Stato: in particolare, a norma dell'art. 76 co. 4-ter d.P.R. 30.5.2002, n. 115, modificato dal d.l. 93/2013 e rimasto invariato in sede di conversione, anche la persona offesa dai reati di maltrattamenti, pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, violenza sessuale di gruppo e atti persecutori potrà essere ammessa al beneficio in deroga agli ordinari limiti di reddito previsti al co. 1.

Al di là dell'encomiabile intento di garantire la difesa a quanti non possano permettersela, utile sprone anche per "invogliare" le vittime economicamente deboli ad affacciarsi al processo penale, resta tutto da verificare il grado di effettività del diritto di difesa concesso alle vittime di reato: difatti, se si esclude il potere di impulso del procedimento penale, consumatosi prima di ricevere l'informazione sulla difesa, restano alla vittima soprattutto la possibilità di opporsi alla richiesta di archiviazione e di opporsi espressamente alla definizione del processo mediante l'emissione del decreto penale di condanna, qualora si tratti di reato perseguibile a querela (art. 459 co. 1 Cpp). Poiché, di solito, la denuncia o la denuncia-querela vengono redatte dal difensore dell'offeso, il quale si premura di inserire le succitate dichiarazioni di opposizione, l'informazione sulla difesa finisce per avere una pratica utilità solo nei casi in cui la vittima si rivolga "d'impeto" all'autorità giudiziaria o alla polizia, in costanza del subito reato, senza avere previamente conferito mandato al proprio difensore perché agisca sul terreno penale. Sul piano probatorio, poi, alla vittima è certamente concessa la possibilità di conferire mandato al difensore affinché svolga indagini difensive, anche in vista dell'instaurazione di un procedimento (art. 391-*nonies* Cpp), oppure perché solleciti il pubblico ministero a richiedere l'incidente probatorio, o ancora affinché predisponga e depositi memorie, come previsto dall'art. 90 Cpp, nonché dal nuovo co. 2-*bis* dell'art. 299 Cpp in materia cautelare²⁵: a tali fini, potrebbe rivelarsi utile quell'informazione, ma ancora più il superamento degli ordinari limiti di reddito per beneficiare del patrocinio a spese dello Stato²⁶.

Questi passi, per quanto piccoli, rappresentano altrettante conquiste in capo ad un soggetto tradizionalmente "all'angolo" della scena penale; non compensano, però, la mancanza di un riconoscimento più ampio per le vittime, quale può derivare solo dalla trasformazione del loro ruolo processuale da meri soggetti in parti. Progresso dal quale fiorirebbe la componente centrale dell'edificando diritto di difesa della vittima, ovvero il diritto alla prova e al contraddittorio con le altre parti²⁷.

²⁵ In merito, v. *infra*, § 5.

²⁶ Per un quadro d'insieme sui poteri della vittima di reato nel procedimento penale v. L. Lupária, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, in *Lo scudo e la spada*, cit., 41 ss.

²⁷ Su questa prospettiva si rinvia a H. Belluta, *As is, to be*, cit., 156 ss.

3. Il rapporto causa-effetto che collega il pericolo per la vita e l'incolumità delle persone alla tutela che il sistema penale intende loro offrire ha spinto il legislatore a calcare la mano sulla funzione del processo penale come scudo protettivo delle vittime di reato. Se questa è la luce nella quale esaminare le restanti modifiche apportate al codice di rito, occorre comunque specificare che per "scudo" può intendersi sia un processo che appresta garanzie investigative efficaci per la raccolta di elementi di prova da produrre in giudizio, sia un processo *grazie* al quale la vittima trova protezione dall'imputato e dal pericolo di reiterazione delle condotte criminose subite, sia, non ultimo, un processo *nel* quale le vittime sono garantite da quel particolare rischio di vittimizzazione secondaria che deriva dall'instaurazione stessa del procedimento, nonché dalle sue dinamiche accertative.

Una simile protezione "multilivello" trova oggi voce in altrettanti ritocchi normativi, proprio a partire dalle indagini preliminari. Qui, nonostante le modifiche non siano di grande momento, si registra anzitutto l'apprezzabile aumento dei casi nei quali è possibile procedere a intercettazione di comunicazioni e conversazioni, contemplandosi anche il delitto previsto e punito all'art. 612-*bis* Cp²⁸. Del resto, appare pacifico che gli atti persecutori possano essere realizzati con l'impiego di strumenti quali il telefono, il cellulare, il personal computer, nelle forme dell'abuso di chiamate voce, sms, mail, messaggi in *chat-line*, presenza sui *social network*, notifiche *push* e simili; senza contare come, data la natura abituale delle condotte che integrano tale fattispecie, possa risultare quanto mai utile l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, grazie alla quale è possibile ricercare la prova di quella "patologica" reiterazione di comportamenti e atteggiamenti comunicativi che connotano il delitto *de quo*.

In secondo luogo, grazie alla modifica dell'art. 406 co. 2-*ter* Cpp, anche per i delitti individuati agli artt. 572 e 612-*bis* Cp il termine delle indagini preliminari potrà essere prorogato una sola volta: la logica efficientistica che sostiene l'allargamento delle fattispecie così richiamate non sventa, tuttavia, il rischio che l'unica possibile proroga si trasformi, come un'arma a doppio taglio, in un fattore di inconcludenza delle indagini le quali, di fronte ad un'irrimediabile incompletezza, dovrebbero indurre il pubblico ministero a chiedere l'archiviazione. Percorso peraltro strategicamente da non escludere, dal momento che la notifica obbligatoria (sempre che si riscontri, nelle fattispecie richiamate, l'elemento sfuggente della violenza alla persona) all'offeso e la sua possibile opposizione potranno condurre a fissare l'udienza in camera di consiglio disciplinata all'art. 409 Cpp, a seguito della quale il giudice per le indagini preliminari potrebbe concedere al pubblico ministero un ulteriore margine di tempo per completare le indagini, così superandosi i termini rigidi prefissati.

²⁸ Reputa di «notevole rilevanza» il nuovo inserimento L. Pistorelli, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di «violenza di genere» e di reati che coinvolgano minori, Relazione del Massimario n. III/03/2013*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.10.2013, 9.

4. Quanto alla veste, che il processo penale talora assume, di strumento capace di tutelare la vittima rispetto a possibili reiterazioni delittuose o episodi ritorsivi e intimidatori provenienti dall'imputato, il d.l. 93/2013 e, con limitate modifiche, la l. 119/2013 hanno agito sull'arsenale precautelare, a disposizione della polizia giudiziaria. In primo luogo, figurano ora tra le fattispecie che legittimano l'arresto obbligatorio in flagranza sia il delitto di maltrattamenti perpetrato ai danni di familiari e conviventi, sia lo *stalking*, che trovano collocazione nella lett. *l-ter* dell'art. 380 Cpp. Inoltre, l'occasione si è rivelata propizia per il conio di una inedita misura precautelare, disciplinata nell'art. 384-*bis* Cpp, e definita allontanamento d'urgenza dalla casa familiare.

In ordine ai nuovi margini di praticabilità dell'arresto obbligatorio, può destare perplessità il fatto che tale misura si riversi su fattispecie a condotta reiterata, il cui "collante" è rappresentato dalla pluralità di episodi fattuali, anche a differente disvalore penale, che devono sussistere per l'integrazione dei maltrattamenti o della persecuzione²⁹. Ci si imbatte, qui, in una di quelle zone grigie in cui i diritti delle vittime e dei possibili autori di reato finiscono fatalmente per confliggere: difatti, a voler proteggere la vittima con efficacia e tempestività si profila il pericolo di privare della libertà l'autore di reati che, di per sé, non sarebbero in grado di legittimare l'intervento della polizia giudiziaria. Circostanza che si verifica, ad esempio, quando la vittima si risolve a denunciare – o la polizia colga in flagranza – l'aggressore in forza di un contegno integrante il delitto di minacce³⁰: di per sé incapace di legittimare qualsivoglia restrizione precautelare, la minaccia diviene anello fondamentale di una catena che deve rappresentare, agli occhi degli operatori di polizia, il culmine di quel *continuum* che traccia l'abitudine delle fattispecie indicate agli artt. 572 o 612-*bis* Cp³¹. In questa delicatissima dinamica avrà un peso specifico determinante la versione offerta dall'offeso, alla cui denuncia orale spetta il compito di ricostruire nel dettaglio l'insieme delle condotte delittuose che permettono alla polizia di qualificare giuridicamente i fatti come quei reati per i quali la legge prevede ora l'arresto obbligatorio; inutile aggiungere che un ruolo altrettanto delicato spetta proprio alla polizia, sulla quale ricade il dovere di sondare in maniera tanto celere quanto approfondita la consistenza delle denunce. Pena, naturalmente, quel già denunciato rischio di trasformare la persona accusata in una vittima della vittima e il processo in uno strumento abusivo dei fondamentali diritti di libertà e innocenza³².

Buona parte delle riserve sinora espresse riguarda pure la nuova misura dell'allontanamento urgente dalla casa familiare, potenziale pro-dromo di quell'intervento cautelare che si risolve, ai sensi dell'art. 282-*bis*

²⁹ Critico sul punto si dimostra A. Diddi, *op. cit.*, 101.

³⁰ Il caso viene citato da S. Recchione, *op. cit.*, 16.

³¹ Per un approfondimento sul delitto previsto e punito all'art. 612-*bis* Cp v., tra gli altri, A. Valsecchi, *Il delitto di «atti persecutori» (il c.d. stalking)*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, cit., 229 ss.

³² Sia permesso ancora un rinvio a H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 125.

Cpp, nell'allontanamento dalla casa familiare. Tale misura, rimessa alla facoltà degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria, deve essere previamente autorizzata dal pubblico ministero per iscritto, oralmente o in via telematica, e può trovare applicazione quando una persona sia colta in flagranza dei delitti richiamati all'art. 282-*bis* co. 6 Cpp e vi siano fondati motivi per prevederne la reiterazione, dalla quale deriverebbe grave e attuale pericolo per la vita, l'integrità fisica o psichica dell'offeso³³. Grazie al testo di conversione del decreto legge, al co. 2 della nuova previsione figura anche il richiamo all'art. 381 co. 3 Cpp: ovvero, qualora si intervenga per un delitto perseguibile a querela, l'allontanamento può essere eseguito solo a condizione che la querela venga proposta, anche in via orale. In tale ultimo caso, della dichiarazione orale di querela occorrerà dare atto nel verbale delle operazioni di allontanamento³⁴.

A seguire, in forza del richiamo agli artt. 385 ss. Cpp, e stante l'opportuno impiego della clausola di compatibilità, grazie alla quale si devono ritenere inapplicabili nella fattispecie tutte quelle previsioni che presumono lo stato di privazione della libertà personale, la polizia dovrà avvertire la persona allontanata della possibilità di nominare un difensore di fiducia e informare immediatamente tale difensore, o quello nominato d'ufficio dal pubblico ministero, dell'avvenuta applicazione della nuova precautelata³⁵; inoltre, seguirà l'ordinario procedimento di convalida, magari con adozione della misura coercitiva indicata all'art. 282-*bis* Cpp, sempre che non trovi applicazione la nuova ipotesi di giudizio direttissimo contemplata all'art. 449 co. 5 Cpp³⁶.

A tale ultimo proposito, va detto che il legislatore ha scritto una norma davvero di difficile lettura. Quel che risulta certo è la nascita di una nuova ipotesi di giudizio speciale³⁷, plasmato sul presupposto che il presunto "aggressore" sia stato allontanato d'urgenza: così, entro le quarantotto ore successive all'adozione del provvedimento provvisorio, la polizia giudiziaria, a norma dei nuovi periodi inseriti nell'art. 449 co. 5 Cpp, deve, su disposizione del pubblico ministero, citare l'imputato per il direttissimo e la contestuale convalida dell'allontanamento urgente

³³ Come per l'arresto facoltativo in flagranza, anche per la nuova precautelata si profila il presupposto della pericolosità della persona, come sottolinea A. Diddi, *op. cit.*, 102.

³⁴ Sempre alla legge di conversione si deve l'aggiunta dell'onere, in capo alla polizia giudiziaria, di provvedere ad adempiere agli obblighi di comunicazione stabiliti dall'art. 11 d.l. 23.2.2009, n. 11, conv., con modif., l. 23.4.2009, n. 38 e successive modificazioni, in modo da favorire la presa di contatto tra la vittima di reato e i centri antiviolenza presenti sul territorio e, in particolare, nella sua zona di residenza.

³⁵ In sostanza, la sequenza «è quella disciplinata per il fermo di indiziato di delitto», secondo le parole di R. Bricchetti, *op. cit.*, 96. Nello stesso senso, v. L. Pistorelli, *Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, Relazione del Massimario n. III/01/2013*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.8.2013, 10.

³⁶ Al riguardo, v. A. Trinci, V. Ventura, *Allontanamento d'urgenza dalla casa familiare e rito direttissimo*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.12.2013.

³⁷ Sulla proliferazione delle formule atipiche di giudizio direttissimo cfr. le riflessioni di S. Allegrezza, *I giudizi direttissimi fra codice e leggi speciali*, Torino 2012, 144 ss.

dalla casa familiare³⁸, sempre che ciò non pregiudichi le indagini. In tal caso, entro le medesime quarantotto ore deve citare la persona soggetta alla nuova precautelata per l'udienza di convalida richiesta dal pubblico ministero al giudice (art. 390 Cpp)³⁹ e da questi fissata, come di consueto, entro le successive quarantotto ore (art. 390 co. 2 Cpp). Pare, infine, che a norma del co. 2 dell'art. 449 Cpp, nell'ipotesi in cui l'allontanamento d'urgenza non dovesse essere convalidato dal giudice, gli atti vadano restituiti al pubblico ministero, a meno che questi e l'imputato consentano di procedere comunque a giudizio direttissimo⁴⁰. Qualche dubbio in più, invece, desta l'applicabilità del co. 3 dell'art. 449 Cpp: v'è da domandarsi, infatti, se l'innesto normativo debba limitarsi ad aprire la via del rito direttissimo solo nelle due ipotesi appena ricordate, oppure, come sembra, in forza di un'interpretazione estensiva del richiamo all'arresto in flagranza già convalidato, possa introdurre il giudizio alternativo anche quando l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare sia stato già convalidato, entro i successivi trenta giorni, sempre a patto che in tal modo non si pregiudichino «gravemente le indagini».

Con riguardo alla sequenza provvedimento precautelare-misura cautelare, possono sorgere alcuni dubbi. Il parallelismo creato con l'art. 282-*bis* co. 6 Cpp, difatti, lascia in ombra la possibilità che in sede cautelare si provveda con la misura coercitiva prevista all'art. 282-*ter* Cpp, il cui valore aggiunto risiede tanto nella possibilità che all'imputato venga fatto divieto di avvicinarsi non solo ai luoghi frequentati dalla vittima, bensì anche ad essa, quanto nel possibile divieto imposto all'imputato di comunicare, attraverso qualsiasi mezzo, sia con la persona offesa, sia con i suoi prossimi congiunti, eventuali persone conviventi o affettivamente legate alla vittima⁴¹. Del resto, l'innovativa misura precautelare non ha un destinatario esclusivo, ma si rivolge a chiunque sia colto in flagranza dei delitti di cui all'art. 282-*bis* co. 6 Cpp, e si compone tanto dell'allontanamento urgente dalla casa familiare quanto del divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa. Ne deriva che l'eventuale trattamento cautelare potrebbe ritenersi modulabile in rapporto alle specifiche necessità di protezione della vittima, preferendosi l'allontanamento in caso di stabile convivenza o coniugio, e il divieto di avvicinamento laddove non esista un rapporto di coabitazione.

Merita, infine, una riflessione il profilo dell'effettività dell'innovativo strumento precautelare, se rapportato all'area, sempre più estesa,

³⁸ Questa la lettura che pare obbligata, sebbene la disposizione preveda espressamente che la citazione vada eseguita «per il giudizio direttissimo e per la contestuale convalida dell'arresto».

³⁹ Anche qui, nonostante l'ultimo periodo dell'art. 449 co. 5 Cpp faccia riferimento all'udienza di convalida «indicata dal pubblico ministero», pare più corretto richiamare il lessico impiegato negli artt. 390 e 391 Cpp.

⁴⁰ I primi commentatori propendono per questa soluzione: così, infatti, R. Bricchetti, *Lesioni, ridotta la competenza del giudice di pace*, in *GD* 2013 (44), 100; A. Diddi, *op. cit.*, 103.

⁴¹ Sulla portata specifica della misura cautelare disciplinata all'art. 282-*ter* Cpp v., tra altri, F. Zacchè, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, cit., 296 ss.

dell'arresto in flagranza di reato. Difatti, una consistente quota delle fattispecie richiamate all'art. 282-*bis* Cpp impone l'arresto obbligatorio in flagranza: così accade per i reati di cui agli artt. 572, 612-*bis*, 600, 600-*bis* co. 1, 600-*ter* co. 1 e 2, 600-*quinq*ues, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies*, 601 e 602 Cp. In secondo luogo, è praticabile l'arresto facoltativo in costanza dei delitti previsti agli artt. 570, 571, 582, 609-*quinq*ues Cp. V'è da credere, allora, che la polizia applicherà l'allontanamento d'urgenza solo una volta escluso di dover procedere ad arresto obbligatorio o facoltativo⁴²: pertanto, a parte l'inconferenza del delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 Cp) rispetto al quadro di necessità e urgenza che deve connotare l'intervento di polizia sulla libertà, è presumibile che la nuova misura precautelare risulti funzionale soprattutto a interrompere e prevenire condotte lesive (art. 582 Cp) o la reiterazione nell'abuso di mezzi di correzione o di disciplina perpetrata in ambito familiare o comunque domestico (art. 571 Cp)⁴³.

Dal punto di vista sistematico, occorre altresì ricordare che a norma dell'art. 350 co. 1, come modificato in sede di conversione del d.l. 93/2013, qualora venga applicata la misura precautelare dell'allontanamento d'urgenza, dalla persona sottoposta a indagini gli ufficiali di polizia giudiziaria non possono assumere sommarie informazioni utili per le investigazioni⁴⁴, così estendendosi la garanzia che vuole riservato alla sola autorità giudiziaria il contatto con la persona temporaneamente privata della libertà personale⁴⁵. Anche se, va detto, la nuova misura precautelare si connota più in termini reali che in chiave personale coercitiva⁴⁶.

5. Sul versante cautelare, si registrano interventi che lasciano traparire sia l'obiettivo di rafforzare la protezione delle vittime di reati di genere, o consumati in ambito familiare, sia l'intenzione di assegnare alla vittima nuovi spazi di intervento nelle dinamiche decisorie.

⁴² Intravede rischi di tenuta costituzionale (rispetto alla tassatività richiesta dall'art. 13 co. 3 Cost.) della nuova precautelare, originati proprio dalla discrezionalità lasciata alla polizia giudiziaria, A. Diddi, *op. cit.*, 103 s.

⁴³ Per un'analoga conclusione v. S. Recchione, *op. cit.*, 15, la quale peraltro prosegue figurando il rischio che, dopo l'intervento precautelare, il parallelo sistema cautelare consistente in misure (artt. 282-*bis* e 282-*ter* Cpp) rimesse «alla autodisciplina della persona» sia, in sostanza, «poco rassicurante», perdendo di fatto efficacia.

⁴⁴ Ancora una volta, il lessico della novella legislativa lascia a desiderare: difatti, leggendo il co. 1 dell'art. 350 Cpp innovato, non è facile comprendere se la polizia giudiziaria possa o non possa assumere, con le modalità previste dall'art. 64 Cpp, sommarie informazioni dalla persona sottoposta ad indagini. Solo ricorrendo al pur debole argomento dell'*intentio legis* si matura la certezza che il legislatore abbia voluto escludere i soggetti sottoposti alla misura dell'allontanamento urgente dalla casa familiare dal c.d. interrogatorio di polizia. Analogamente, R. Bricchetti, *Braccialetto elettronico*, cit., 96.

⁴⁵ Così anche G. Pavich, *La nuova legge*, cit., 4317.

⁴⁶ Giunge a questa conclusione A. Diddi, *op. cit.*, 104, secondo il quale, data la sua sfera operativa, l'allontanamento urgente opera «alla stregua di un provvedimento reale, in analogia con un qualunque sequestro», poiché limita la fruibilità dello spazio concesso alla persona e, in sostanza, la priva di un bene sino ad allora nella sua disponibilità.

Nel primo senso, il legislatore mette nuovamente mano all'art. 282-*bis* Cpp, inserendo nel co. 6 – ove si prevede la possibilità di adottare la cautela dell'allontanamento dalla casa familiare anche al di fuori dei limiti di pena stabiliti all'art. 280 Cpp – il richiamo ai delitti di lesioni e minacce, percepiti tipicamente come fattispecie indicative di un progressivo decadimento delle relazioni interpersonali. Anche su questo punto, però, si profila una sensibile differenza tra le previsioni della decretazione d'urgenza e il tenore definitivo della legge di conversione. Nel primo testo, infatti, si prevedeva semplicemente che la misura cautelare in esame, inserita dall'art. 1 co. 2 della l. 4.4.2001, n. 154 (dedicata anch'essa alla lotta contro la violenza nelle relazioni familiari), e poi modificata in senso estensivo dalla l. 172/2012, attuativa della Convenzione di Lanzarote, si applicasse pure ai reati di lesioni (art. 582 Cp) e di minacce aggravate a norma dell'art. 612 co. 2 Cp. Tuttavia, non si era tenuto in considerazione che la fattispecie prevista all'art. 582 Cp era di competenza del giudice di pace, limitatamente alle ipotesi di cui al secondo comma, perseguibili a querela di parte; pertanto, in virtù dell'inapplicabilità al procedimento penale di pace delle disposizioni codicistiche in materia di misure cautelari (art. 2 co. 1 lett. c d.lgs. 28.8.2000, n. 274), il riferimento all'art. 582 Cp andava inteso come limitato alle sole ipotesi procedibili d'ufficio o comunque aggravate. Opportunamente, dunque, la legge di conversione pone mano al novellato art. 282-*bis* Cpp, inserendo il richiamo al delitto di lesioni volontarie limitatamente alle ipotesi aggravate o comunque perseguibili d'ufficio. Inoltre, si segnala la modifica dell'art. 4 co. 1 lett. a d.lgs. 274/2000, grazie alla quale si esclude dalla competenza del giudice onorario di pace il delitto di lesioni qualora perpetrato «contro uno dei soggetti elencati all'articolo 577, secondo comma, ovvero contro il convivente»: stante questa precisazione, le lesioni consumate o tentate contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, il figlio adottivo o contro un affine in linea retta, oltre che contro la persona con la quale si conviva, passano alla competenza del tribunale e, dunque, per esse è applicabile lo strumentario cautelare, compreso l'allontanamento dalla casa familiare⁴⁷.

Sempre alla legge di conversione si deve, poi, l'aggiunta, in fine al co. 6 dell'art. 282-*bis* Cpp, della possibilità di disporre la misura dell'allontanamento applicandovi le forme di controllo previste all'art. 275-*bis* Cpp. Le particolari modalità di controllo e verifica a distanza dei movimenti ivi contemplate – che si traducono nella possibilità di applicazione del c.d. “braccialetto elettronico” alla persona nei confronti della

⁴⁷ Segnala il problema (della mancanza) della disciplina intertemporale con riferimento alla modifica della competenza del giudice di pace R. Bricchetti, *Lesioni, ridotta la competenza*, cit., 100, concludendo che, nel silenzio legislativo, la competenza dovrebbe determinarsi «con riferimento al momento in cui viene emesso il decreto di citazione a giudizio», dal quale deriva, per il giudice, «l'obbligo di *ius dicere*». Così, la competenza rimane al giudice di pace qualora il decreto di citazione sia stato emesso prima dell'entrata in vigore della legge di conversione.

quale siano disposti gli arresti domiciliari, anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere – possono certamente rivelarsi utili in relazione alle prescrizioni di non avvicinamento dell'imputato ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa (art. 282-*bis* co. 2 Cpp), ma presentano alcune difficoltà interpretative destinate a riversarsi nella pratica. Difatti, sebbene in via generale l'imputato che neghi il proprio consenso all'applicazione di tali meccanismi di controllo si vedrà applicata la custodia cautelare in carcere, non pare che un analogo scambio possa ripetersi con riguardo all'obbligo di allontanamento dalla casa familiare: da un lato, non esiste uniformità funzionale tra misura carceraria e allontanamento⁴⁸, dall'altro, la modifica normativa richiama le sole modalità di controllo previste dall'art. 275-*bis* Cpp, senza importare ulteriori clausole o condizioni. In quest'ottica, si tratta semmai di capire se per disporre l'allontanamento ai sensi e nei casi indicati dal co. 6 dell'art. 282-*bis* Cpp occorra ottenere il consenso dell'imputato: però, dal momento che a fronte del dissenso non vi sono alternative misure praticabili, o si conclude per l'assegnazione di un potere del tutto discrezionale all'imputato circa la propria sottoposizione al controllo a distanza, oppure si sostiene che il consenso perda la propria funzione, pertanto ogni rilevanza.

Peculiare attenzione ha posto, poi, il legislatore agli obblighi informativi e di comunicazione in pendenza dell'applicazione e della revoca delle misure coercitive a maggior tasso di afflittività. Da un lato, in sede di conversione della decretazione d'urgenza, è stato ampliato il raggio operativo dell'art. 282-*quater* Cpp, ove si statuisce ora che il responsabile dei servizi socio-assistenziali del territorio dia comunicazione al pubblico ministero e al giudice della positiva sottoposizione dell'imputato ai programmi di prevenzione della violenza, al fine di poter valutare l'eventuale sostituzione delle misure (o delle modalità applicative) dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, a norma dell'art. 299 co. 2 Cpp. Un'informazione, questa, ininfluente ai fini dell'iniziativa del procedimento di revoca o sostituzione della misura, ma utile allo scopo di dimostrare, proprio in sede di ripensamento del regime cautelare, se e come l'imputato abbia deciso di sottoporsi fattivamente ad un programma "rieducativo" del proprio atteggiamento violento⁴⁹. Occorre poi sottolineare che la comunicazione al pubblico ministero si affianca a quella diretta al giudice: nonostante la peculiare struttura *on demand*

⁴⁸ Sul tema si sofferma C. Iasevoli, *op. cit.*, 1399.

⁴⁹ Esprime riserve sulla formulazione del nuovo periodo dell'art. 282-*quater* co. 1 Cpp L. Pistorelli, *Prime note sulla legge di conversione*, cit., 9. Difatti, per un verso, il nuovo periodo sembra riferirsi solo al caso in cui siano state applicate le misure previste agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* Cpp, mentre pare irragionevole escludere l'obbligo di comunicazione qualora all'imputato (sottoposti a programmi di prevenzione della violenza) sia fatto obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria o addirittura siano applicate misure custodiali; per l'altro, l'operatività di quest'obbligo deve ritenersi, almeno in teoria, estesa agli imputati di qualsiasi reato, sebbene ragionevolmente vada circoscritta alle fattispecie connotate da violenza interpersonale.

della giurisdizione preliminare, tale informativa si rivela utile nella prospettiva che il giudice proceda d'ufficio, ai sensi dell'art. 299 co. 3 Cpp, quando assume l'interrogatorio di persona in stato di custodia cautelare, qualora venga chiesta la proroga delle indagini, in caso di incidente probatorio, oppure stante l'udienza preliminare o il giudizio.

Di ben maggiore consistenza, invece, risulta l'incursione nel corpo dell'art. 299 Cpp. L'obiettivo che ha guidato la mano legislativa va individuato nella volontà di assegnare alla vittima di reato maggiori informazioni e più rilevanza nelle dinamiche cautelari: anche qui, però, tra normativa d'urgenza e legge di conversione si apprezza un parziale cambio di prospettiva.

Con il d.l. 93/2013 si era inteso coinvolgere maggiormente la vittima nelle vicende evolutive delle misure disciplinate agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* Cpp, circoscrivendosi, dunque, l'intervento alle ipotesi in cui si dovesse decidere l'eventuale revoca o sostituzione di quelle cautele più direttamente funzionali ad apprestare una tutela soggettivizzata della vittima di taluni reati⁵⁰: in primo luogo, ai sensi del co. 2-*bis* dell'art. 299 Cpp, i provvedimenti di revoca e sostituzione dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa si sarebbero dovuti immediatamente comunicare al difensore della vittima o, in sua mancanza, alla persona offesa e ai servizi socio-assistenziali del territorio⁵¹. Su questo punto, invece, la legge di conversione muta decisamente rotta, estendendo tale obbligo informativo in duplice senso: da un lato, rendendolo operativo anche per le misure cautelari del divieto e obbligo di dimora, degli arresti domiciliari, della custodia cautelare in carcere e della custodia cautelare in luogo di cura⁵²; dall'altro, estendendolo a tutti i procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona. Inoltre, la comunicazione deve essere resa a cura della polizia giudiziaria: incumbente che potrebbe rivelarsi difficoltoso qualora la polizia non sia messa a conoscenza della liberazione della persona imputata, come accade quando la misura venga revocata in sede di riesame, di appello o di ricorso per cassazione, oppure nelle ipotesi di cessazione *ex art.* 306 Cpp⁵³.

In chiave funzionale, pare che l'attuale testo dell'art. 299 co. 2-*bis* Cpp risulti meglio confacente con le aspettative tradotte nell'art. 56 della Convenzione di Istanbul, dove, alla lett. *b*, si richiede alle Parti contraenti di garantire che «le vittime siano informate, almeno nei casi in

⁵⁰ Avverte degli inconvenienti connessi alla progressiva focalizzazione in chiave soggettiva degli strumenti cautelari D. Negri, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *GI* 2012, 467 ss.

⁵¹ Ha criticato il ridotto raggio operativo della nuova previsione S. Recchione, *op. cit.*, 12.

⁵² Dalla lettura congiunta dei co. 2 e 2-*bis* dell'art. 299 Cpp deve desumersi che gli oneri comunicativi vadano rispettati anche in caso di semplice sostituzione delle modalità applicative di una misura cautelare: in tal senso, volendo, H. Belluta, *Revoca o sostituzione*, cit.

⁵³ Come rileva A. Diddi, *op. cit.*, 98.

cui esse stesse e la loro famiglia potrebbero essere in pericolo, quando l'autore del reato dovesse evadere o essere rimesso in libertà in via temporanea o definitiva». Allo stesso modo, peraltro, anche la Direttiva 2012/29/UE stabilisce, all'art. 6, § 5, che le vittime di reato debbano avere la possibilità di essere informate, senza indebito ritardo, della scarcerazione o dell'evasione della persona posta in stato di custodia cautelare, processata o condannata «che riguardano la vittima». In tale ottica, allora, dal momento che simili informazioni hanno una valenza fortemente connotata in senso protettivo delle vittime sensibili al rischio di vittimizzazione secondaria da reiterazione o intimidazione, resta il rammarico di un esito innovativo pur sempre circoscritto ai delitti commessi con violenza alla persona; una categoria apprezzabilmente di genere, ma comunque limitativa delle numerose manifestazioni criminali che possono aggredire la persona e porla in condizione di beneficiare realmente della conoscenza delle evoluzioni processuali connesse con la libertà personale dell'imputato.

Paiono invece assestate più sul piano della partecipazione che su quello della protezione della vittima le modifiche che hanno interessato i co. 3 e 4-*bis* dell'art. 299 Cpp, coniando una sorta di «interpello obbligatorio» dell'offeso⁵⁴. Premesso che anche in quest'ambito la sostanziale differenza tra il tenore del decreto legge e il testo della legge di conversione attiene, al pari di quanto detto con riguardo al co. 2-*bis*, al duplice piano delle cautele coinvolte e della tipologia di reati per i quali si procede, quel che desta perplessità è la tipologia del nuovo incombente informativo connesso alla richiesta di revoca o sostituzione delle misure. Difatti, in presenza di procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona, la parte richiedente la revoca o la sostituzione di una delle misure previste agli artt. 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285 e 286 Cpp (che non sia stata chiesta in sede di interrogatorio di garanzia) deve, a pena di inammissibilità, notificare la richiesta al difensore della persona offesa o, in sua mancanza, alla vittima che abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio. Nei due giorni successivi alla notifica, il difensore o la vittima possono depositare memorie a norma dell'art. 121 Cpp; dopo tale scadenza, il giudice procede.

Dal punto di vista sistematico, la nuova disposizione, applicabile sia in fase di indagini preliminari, sia dopo la chiusura delle stesse, pare indirizzata a ritagliare un apposito spazio di intervento della vittima in previsione della revoca o dell'attenuazione del regime custodiale dell'imputato: un episodio di contraddittorio cartolare che dovrebbe permettere, a chi abbia subito condotte violente, di fornire elementi valutativi utili al giudice per decidere. In questa luce, non può non destare riserve la mancata previsione esplicita della possibilità di depositare memorie, ai sensi dell'art. 121 Cpp, qualora la richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare giunga dopo la chiusura delle indagini preliminari, ma venga presentata fuori udienza: tuttavia, essendo i diritti della vittima in sede prettamente processuale limitati alla possibilità di depo-

⁵⁴ Testualmente, A. Diddi, *op. cit.*, 99.

sitare memorie e indicare elementi di prova, pare da recuperarsi lo scopo di tale notifica, sebbene dichiarato solo nell'art. 299 co. 3 Cpp. Al contrario, qualora la richiesta di revoca o sostituzione della misura o del suo regime applicativo dovesse giungere in corso di udienza, parrebbe da escludersi la praticabilità della disciplina appena illustrata, dovendosi la vittima considerare presente (personalmente o grazie al proprio difensore) qualora regolarmente citata⁵⁵, nonché quando abbia fatto la sua comparsa nel processo con il ruolo di parte civile.

Allo stesso modo, ma in base alla previsione espressa del nuovo periodo del co. 3 dell'art. 299 Cpp, l'incombente informativo diretto alla vittima non trova applicazione qualora la richiesta di revoca o modifica della cautela giunga in sede di interrogatorio di garanzia: sebbene si possa pensare che questa scelta sia dovuta all'intenzione di non snaturare la funzione difensiva e garantistica di tale forma di interrogatorio⁵⁶, lascia scoperto un certo margine di critica. Difatti, essendo lo scopo principale dell'interrogatorio disciplinato all'art. 294 Cpp quello di valutare la permanenza delle condizioni di applicabilità e delle esigenze cautelari, non si profilano incompatibilità con un ipotetico intervento, attraverso il deposito di memorie, della vittima; semmai, dato che i tempi per procedere all'interrogatorio di garanzia variano molto, dal momento di esecuzione della custodia e comunque non oltre cinque giorni in caso di custodia cautelare (art. 294 co. 1 Cpp), alle quarantotto ore richieste dal pubblico ministero (co. 1-ter), sino ai dieci giorni dall'esecuzione del provvedimento o dalla sua notificazione (co. 1-bis), la ragione più plausibile di tale esclusione pare vada cercata nella difficoltà di coniugare queste rigide tempistiche con i giorni messi altrove a disposizione della vittima per depositare memorie.

L'incombenza grava sulla parte richiedente e, guardando all'esigenza di garantire la massima celerità all'intera procedura, non poteva essere altrimenti; peraltro, le concrete difficoltà che si possono incontrare nel reperire la vittima profilano alcuni limiti della nuova previsione. Anzitutto, poiché non esiste un obbligo per l'offeso di nominare un difensore, la notifica dovrà spesso indirizzarsi direttamente alla vittima: tuttavia, non essendo prevista, per tale soggetto, una elezione o dichiarazione di domicilio, le prime difficoltà si incontreranno nel reperirne l'indirizzo corretto, onde dimostrare l'avvenuta notifica, pena l'innammissibilità della richiesta⁵⁷. Paradossalmente, però, il "punto debole" di questa disciplina nasce proprio dalla marginalità del ruolo in concreto assegnato alle vittime, per le quali un reale corredo di diritti processuali dovrebbe muovere da un ripensamento ampio sulle condizioni essenziali di una loro partecipazione concreta al procedimento penale. In altre parole, un più compiuto coinvolgimento dell'offeso nelle dinamiche rituali presuppone una chiara e inequivoca identificazione

⁵⁵ Così L. Pistorelli, *Prime note sulla legge di conversione*, cit., 13.

⁵⁶ Tale la spiegazione che fornisce A. Diddi, *op. cit.*, 99.

⁵⁷ Riserve che esprime ancora A. Diddi, *op. cit.*, 100.

della vittima, per giungere magari a garantirle l'obbligatorietà della difesa tecnica e alla trasformazione di essa in parte processuale.

Senza contare che imporre incumbenti potenzialmente onerosi e complessi all'imputato non giova all'accettazione dell'ingresso progressivo della vittima quale partecipe effettivo del processo penale: in quest'ottica, la previsione dell'inammissibilità della richiesta in assenza della contestuale notifica all'offeso o al suo difensore pare addirittura sproporzionata, soprattutto se si pensa al limitato potere loro concesso, che si esaurisce nel diritto di depositare memorie. Peraltro, nella trama della decretazione d'urgenza difettava persino la previsione di tale facoltà, rendendosi l'obbligo di notifica (limitato ai casi di richiesta di revoca o sostituzione delle misure disciplinate agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* Cpp) un inutile onere in capo al pubblico ministero o all'imputato.

Da ultimo, sul punto, resta da capire se l'obbligo di notifica all'offeso gravi pure sul giudice che decida di procedere d'ufficio alla revoca o alla modifica delle misure indicate all'art. 299 co. 2-*bis* Cpp, qualora si proceda per delitti commessi con violenza alla persona. Guardando alla *ratio* dell'interpolazione normativa, verrebbe da rispondere affermativamente, perché anche in questi casi – soprattutto quando il giudice provveda assumendo l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare, venga richiesto della proroga del termine delle indagini preliminari o dell'assunzione dell'incidente probatorio – si profilano le stesse esigenze di coinvolgimento, per la tutela e la partecipazione della vittima, che si sono già individuate. Tuttavia, la collocazione sistematica del nuovo periodo del co. 3 e l'indicazione esplicita che l'obbligo di notifica grava sulla parte richiedente e a pena di inammissibilità inducono a concludere nel senso opposto. Peraltro, occorre ricordare che quando il pubblico ministero chiede al giudice la proroga delle indagini preliminari, la richiesta è notificata, a cura del giudice, con l'avviso della facoltà di presentare memorie entro cinque giorni, oltre che alla persona sottoposta a indagini, anche all'offeso che abbia dichiarato di volerne essere informato. In tale frangente processuale, dunque, l'offeso gode di un margine di tempo addirittura superiore per esercitare il proprio diritto di depositare memorie; senza contare che in questa ipotesi non vi sono limitazioni né quanto alla tipologia di cautela della quale si chiedi la revoca o la modifica, né quanto ai reati per i quali si proceda. In caso di richiesta di incidente probatorio, invece, l'art. 398 co. 3 Cpp prevede che il giudice faccia notificare alla persona sottoposta a indagini, alla persona offesa e ai difensori l'avviso di fissazione dell'incidente almeno con due giorni di anticipo, così da poter apprendere ed estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare. Anche in tal caso, allora, la vittima viene resa edotta, oltre che dello svolgimento della procedura incidentale, della possibilità che il giudice provveda ai sensi dell'art. 299 co. 3 Cpp, senza le limitazioni indicate al precedente secondo periodo di nuovo conio.

Riassumendo, al di là delle buone intenzioni dimostrate dal legislatore, non possono che giudicarsi parziali e asistemati i risultati ai quali è pervenuta l'ennesima manovra di interpolazione del codice di rito in

materia di diritti delle vittime: da uno sguardo d'insieme, infatti, risulta una disciplina scomposta e bisognosa di un complessivo ripensamento, davvero possibile solo quando si guarderà alla vittima con gli occhi attenti delle fonti europee e non con la locale inveterata tendenza alla marginalità compensata da piccoli rimedi dal sapore assistenzialista.

6. La più classica delle linee di intervento a favore delle vittime di reato si assesta sulla tutela della fonte di prova vulnerabile, per la quale il legislatore ha da tempo costruito un sistema fondato sulla protezione del testimone *dal* processo e *nel* processo. Sul primo versante, come noto, si tenta di assumere il contributo testimoniale quanto prima possibile, con le forme dell'incidente probatorio, in modo da cristallizzare le dichiarazioni spendibili nel giudizio, dove tendenzialmente la persona vulnerabile, o comunque da proteggere, non fa più la sua comparsa. Sul secondo, invece, il sistema tutela il soggetto vulnerabile contro i rischi di una vittimizzazione secondaria di natura processuale, riconducibili in particolare alla forza traumatizzante della rievocazione dei ricordi e al confronto diretto con la persona imputata⁵⁸: così, al posto dell'aggressività degli esami incrociati, la fonte di prova viene sottoposta ad escusioni testimoniali eseguite con modalità edulcorate e protette⁵⁹.

Muovendosi all'interno dello schema appena abbozzato, la normativa in commento ha posto mano ai tre momenti fondamentali in cui deve realizzarsi la rete protettiva della fonte vulnerabile: le indagini preliminari, l'incidente probatorio e il dibattimento.

Ultima nata, in ordine di tempo, è la preoccupazione di garantire la serenità della persona minorenni al momento dell'assunzione di sommarie informazioni da parte degli organi investigativi. Ampiamente avvertita e segnalata dalla dottrina⁶⁰, questa esigenza ha dovuto attendere a lungo per essere soddisfatta: solo grazie alla legge di ratifica della convenzione di Lanzarote, il codice si è dotato dell'audizione assistita del minore in fase preliminare⁶¹. L'inserimento di un co. 1-*ter* nell'art. 351 Cpp ha imposto alla polizia giudiziaria, che debba assumere sommarie informazioni da persona minorenni in pendenza di un procedimento per reati di abuso e sfruttamento, di avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia o psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero; nella stessa direzione, poi, si muovono l'art. 362 co. 1-*bis* Cpp, per l'as-

⁵⁸ Sull'argomento, con attenzione puntata sul testimone minore d'età, tra altri, v. C. Di Giacomo, *La tutela del minore in sede di audizione testimoniale e le prospettive di attuazione della decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI*, in CP 2011, 744 ss.

⁵⁹ Cfr. in particolare le riflessioni, sempre sul tema specifico del minore fonte di prova, di C. Cesari, *La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni*, in *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano 2008, 219 ss., e di G. Giostra, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in RIDPP 2005, 1022 ss.

⁶⁰ Si vedano le pagine di L. Caraceni, *Assunzione di dichiarazioni dalla fonte di prova minorenni e attività investigativa della pubblica accusa*, in *Il minorenni fonte di prova*, cit., 26 ss.

⁶¹ Ampiamente, sul punto, C. Cesari, *Il minore informato sui fatti*, cit., 157 ss.

sunzione di informazioni ad opera del titolare dell'accusa, e l'art. 391-*bis* co. 5-*bis* Cpp, per le dichiarazioni raccolte durante le indagini difensive⁶². Con l'intervento normativo in commento, le fattispecie per le quali questa garanzia deve essere applicata si estendono a ricomprendere anche i delitti di maltrattamenti contro familiari e conviventi e di atti persecutori: sebbene opportuna, la modifica si inserisce in un contesto del quale non si possono ignorare i limiti.

Anzitutto, a venire in considerazione non è la vittima, ma il minore: pertanto, la garanzia dell'assistenza qualificata non guarda alla vulnerabilità di chi abbia subito un reato compreso tra quelli espressamente indicati, ma all'età del dichiarante, il quale può essere indistintamente mero testimone o anche vittima. Questo regime, se per un verso risponde all'esigenza – fatta propria dalla Direttiva 2012/29/UE – di considerare sempre il minore come persona bisognosa di particolari cautele (Considerando n. 57), commette ancora una volta l'errore di non comprendere quanto la sfera della vulnerabilità abbia confini mobili, idonei a spingersi ben oltre la persona minore d'età. Difatti, la stessa Direttiva appena richiamata affianca ai minori i disabili, le vittime della tratta di esseri umani, del terrorismo, della criminalità organizzata, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o sfruttamento sessuale, della violenza di genere e dei reati basati sull'odio. Se, in linea di massima, questi soggetti possono fare a meno dell'aiuto di un esperto in psicologia o psichiatria, non è escluso che, in concreto, ne possano beneficiare; soprattutto, mettendosi nell'ottica ancor oggi privilegiata dal nostro sistema processuale, ne gioverebbe la genuinità del contributo testimoniale. Per raggiungere questo scopo, però, occorrerebbe poter procedere a quell'*individual assessment* intorno al quale ruota, in sede europea, l'individuazione delle risposte alle specifiche esigenze di protezione che le persone coinvolte dal processo possono rivelare, al di là di fattori rigidi e predeterminati come l'età o il reato per il quale si procede.

Più in generale, poi, sembra che la raccolta "assistita" di informazioni in fase d'indagini finisca per collidere con uno dei pilastri portanti del nostro sistema rituale in materia di tutela delle fonti deboli: se è vero, per un verso, che tali audizioni si sostituiscono alla pratica della raccolta indiscriminata di informazioni da fonti vulnerabili, ad opera degli organi inquirenti e del difensore⁶³, non appare meno vero che esse potrebbero finire per sostituirsi alla ben più garantita via dell'incidente probatorio, sul quale il legislatore ha invece molto investito per tutelare i testimoni e le vittime che rivelano il bisogno di particolari misure di protezione. Inoltre, si è alquanto distanti dalle indicazioni contenute nella direttiva 2012/29/UE, il cui art. 20 prescrive, tra l'altro, che agli Stati spetta di provvedere affinché «il numero delle audizioni della vit-

⁶² Una scelta sistematica, questa, decisamente apprezzabile, come rileva anche M. Daniele, *op. cit.*, 72.

⁶³ Riguardo alle cautele adottabili in sede di indagini della difesa v. F. Siracusa, *Indagini difensive e "persona informata" di minore età*, in *Il minore fonte di prova*, cit., 69 ss.

tima sia limitato al minimo», mentre invece la garanzia di un'assistenza specializzata sembra aprire la strada ad audizioni anche ripetute. Senza considerare come l'art. 24 della medesima direttiva indichi chiaramente che «nell'ambito delle indagini tutte le audizioni del minore vittima di reato» dovrebbero poter essere «oggetto di registrazione audiovisiva», prevedendosene l'utilizzabilità nei successivi procedimenti⁶⁴: una soluzione, questa, improntata a quel binomio anticipazione-cristallizzazione che nel nostro ordinamento trova (almeno parziale) risposta solo nell'incidente probatorio.

Proprio in materia di incidente probatorio si registra il secondo intervento legislativo – condotto sul filo della tutela del testimone vulnerabile – volto ad estendere la praticabilità dell'esame “protetto” anche all'ipotesi in cui si proceda per il reato di maltrattamenti. L'esclusione di tale fattispecie, già oggetto di una questione di legittimità costituzionale, perché ritenuta lesiva del principio di eguaglianza⁶⁵, ha destato le maggiori perplessità allorché il legislatore, modificando l'art. 392 co. 1-*bis* Cpp, ha previsto l'incidente probatorio “speciale” per tale delitto, senza farvi seguire la possibilità di adottare, «ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni», le particolari cautele di luogo, tempo e modalità disponibili dal giudice per gli altri reati richiamati all'art. 398 co. 5-*bis* Cpp⁶⁶. A tacere di maggiori asimmetrie, l'innesto in commento non modifica di molto la qualità dell'attenzione legislativa dedicata alla tutela dei testimoni e delle vittime vulnerabili. Difatti, guardando anche solo al delitto di maltrattamenti, per esso risulterebbe praticabile l'incidente probatorio “incondizionato” di cui all'art. 392 co. 1-*bis* Cpp, qualora si intendesse escutere la persona minorenni ovvero la persona offesa maggiorenne; tuttavia, le particolari cautele a protezione della fonte andrebbero assicurate solo in presenza di un minore tra le persone interessate alla testimonianza, anche se vittima di tale reato fosse una persona che ha da poco raggiunto la maggiore età o altro soggetto che in concreto trarrebbe benefici da particolari garan-

⁶⁴ Stigmatizza l'assenza di una previsione in tal senso anche M. Daniele, *op. e loc. ult. cit.*

⁶⁵ Peraltro giudicata non fondata, con sent. 114/1990. Tuttavia, in quell'occasione, la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che in forza del richiamo contenuto nell'art. 401 co. 5 Cpp alle forme stabilite per il dibattimento, e dal momento che l'art. 498 co. 4-*bis* Cpp permette l'impiego, su richiesta di parte o se il presidente lo ritiene necessario, delle modalità indicate all'art. 398 co. 5-*bis* Cpp, discende che si possano applicare queste ultime in sede incidentale qualora l'assunzione delle dichiarazioni riguardi un minore, indipendentemente dal reato per il quale si procede. Sul punto, v. F. Cassibba, *op. cit.*, 321 s. Conclusioni analoghe sono oggi raggiungibili con riguardo al maggiorenne persona offesa che si riveli particolarmente vulnerabile, quando si proceda per i reati richiamati all'art. 498 co. 4-*ter* Cpp, grazie all'estensione, in incidente probatorio, della previsione trasfusa nel nuovo art. 498 co. 4-*quater* Cpp (su cui v. *infra*; in tal senso anche 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*, 14.4.14).

⁶⁶ In tal senso, v. A.M. Capitta, *op. cit.*, 10.

⁶⁷ Anche su questo punto non possono che condividersi gli analoghi rilievi critici, mossi alla l. 172/2012, da M. Daniele, *op. cit.*, 75.

zie e supporto; infine, resta ancora aperta per tali soggetti la porta dell'escussione dibattimentale, dal momento che non si è intervenuti sull'art. 190-*bis* co. 1-*bis* Cpp⁶⁷.

Il condizionale, peraltro, appare ormai d'obbligo: a riprova di quanto il tema del riconoscimento e della protezione della vulnerabilità sia all'ordine del giorno, occorre integrare il quadro sinora tratteggiato con quanto prevede, da ultimo, l'art. 3 d.lgs. 4.3.2014, n. 24, che ha dato attuazione alla direttiva 2011/36/UE, relativa alla protezione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime. Muovendo dal principio generale (trasfuso nel relativo art. 1), quanto mai innovativo per il nostro ordinamento, per cui nell'attuazione delle disposizioni del decreto si tiene conto, «sulla base di una valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali 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», il legislatore accoglie nel codice di procedura penale, senza riserve, la figura del maggiorenne particolarmente vulnerabile. Così, attraverso il nuovo co. 5-*ter* dell'art. 398 Cpp, si stabilisce che le particolari modalità garantite per l'assunzione delle fonti deboli in incidente probatorio possono ora applicarsi, su richiesta di parte⁶⁸, «quando fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede».

La previsione, singolarmente “aperta”, nel colmare la distanza che ancora esisteva tra il raggio d'azione dell'art. 392 co. 1-*bis* Cpp e dell'art. 398 co. 5-*bis* Cpp, va ben oltre: infatti, le speciali modalità protette di incidente probatorio sono ora applicabili ogni qual volta si riscontri nella fonte di prova maggiorenne uno stato personale di particolare vulnerabilità, desunta da fattori oggettivi, come il reato, o soggettivi, indipendentemente sia dalla fattispecie delittuosa per la quale si procede, sia dalla qualità di vittima riscontrabile nel soggetto⁶⁹. Di certo, con un simile balzo in avanti si concentra nuovamente sull'incidente probatorio – e meno sul dibattimento, nonostante le intenzioni del co. 4-*quater* dell'art. 498 Cpp, peraltro limitato al maggiorenne vulnerabile offeso dal reato – il fulcro del trattamento particolare da riservare alla fonte vulnerabile. Tuttavia, non può non notarsi come ora sia più garantita la posizione del dichiarante maggiorenne rispetto al minore: difatti, l'art. 398 co. 5-*bis* Cpp continua a fare riferimento solo a specifiche figure di

⁶⁸ Deve peraltro notarsi come la richiesta di parte funga da condizione necessaria dell'adozione delle particolari cautele: in tal modo, la previsione si allontana da quanto stabiliscono i co. 4-*ter* e 4-*quater* dell'art. 498 Cpp, dove figura, invece, l'espressa richiesta della vittima o del suo difensore. Meglio sarebbe stato prevedere, magari in via alternativa, che il dichiarante stesso, o il suo difensore (trattandosi di vittima), potessero chiedere al giudice l'adozione delle modalità protette.

⁶⁹ Giunge ad analoghe conclusioni anche S. Recchione, *Il dichiarante vulnerabile*, cit.

reato, in presenza delle quali al minore possono riservarsi le modalità speciali di assunzione. Ancor meglio rispetto al passato, dunque, si comprende quanto sia superato l'approccio alla vulnerabilità attraverso la focale di singole fattispecie delittuose, soprattutto se a venire in considerazione è il minore, del quale tutte le fonti europee di riferimento presumono sempre il peculiare stato di persona bisognosa di protezione.

A completamento di un sistema tanto in evoluzione quanto ancora frammentario, concorre il doppio intervento normativo nel corpo dell'art. 498 Cpp. Da un lato, infatti, è stato inserito il richiamo all'art. 572 Cp nel co. 4-ter, dove si prevede, per una serie omogenea di reati contro la personalità individuale, la libertà personale e la libertà morale, che l'esame del minore vittima di reato e del maggiorenne infermo di mente vittima di reato venga effettuato con l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico. Una simile precauzione, pensata in origine per creare una sorta di «campana di vetro»⁷⁰ a tutela della serenità della deposizione del minore vittima di reati a sfondo sessuale, e poi estesa, dietro la spinta determinante della Corte costituzionale⁷¹, anche al maggiorenne infermo di mente vittima di reato, appare ora praticabile quando si proceda per maltrattamenti. In effetti, l'esame schermato si presta a creare quella speciale separazione fisica tra fonte di prova e contesto di udienza che appare funzionale a tutelare anche chi abbia subito le condotte integranti il delitto di maltrattamenti. Semmai, continua a non soddisfare la limitatezza dei presupposti che legittimano l'impiego di questa particolare cautela: da un lato, appare eccessivamente restrittivo il richiamo alla qualità di vittima del reato per la persona, minore o maggiorenne che sia, da esaminare. Sebbene l'essere vittima contribuisca ad accrescere il livello di vulnerabilità della persona, imponendo l'impiego di strumenti appositi di tutela dal processo e dall'imputato, un'attenzione pressoché analoga merita il testimone che abbia assistito alla consumazione di simili fattispecie delittuose, soprattutto se «debole», cioè ricattabile e possibile oggetto di future condotte analoghe: sequenza che si presta quanto mai a realizzarsi proprio nell'ipotesi di nuovo conio, dove l'abitudine delle pratiche di maltrattamento potrebbe riguardare domani colui che oggi è solo un testimone. A maggior ragione, appare povera di argomenti la limitazione dell'esame schermato al maggiorenne, il quale deve cumulare su di sé la qualità sia di persona inferma di mente sia di vittima di reato: nel caso dei maltrattamenti, però, potrebbe darsi che il familiare o il convivente non presenti entrambi i requisiti, dovendo così rinunciare all'uso del vetro specchio con impianto citofonico che pure potrebbe garantirne la serenità e, quindi, la genuinità del contributo.

Da ultimo, la novella legislativa ha provveduto ad inserire un nuovo co. 4-quater nell'art. 498 Cpp, grazie al quale le modalità protette d'esame possono essere applicate alla persona offesa maggiorenne che presenti profili di particolare vulnerabilità. Grazie alla nuova previsione, dunque, si rimedia proprio all'inconveniente poco sopra denunciato, col-

⁷⁰ Testualmente, C. Cesari, *La "campana di vetro"*, cit., 219.

⁷¹ Cfr. Corte cost., sent. 63/2005.

mandosi il vuoto lasciato dall'art. 498 co. 4-ter Cpp intorno al maggiorenne vittima non infermo di mente.

Tuttavia, il legislatore pare aver oltrepassato questo pur importante traguardo: per come la norma è formulata, sembra per la prima volta (in ordine di tempo) raccogliere davvero l'invito espresso dalla direttiva 2012/29/UE, nel duplice senso del riconoscimento e della tutela degli specifici bisogni della vittima. Sul primo livello, la particolare vulnerabilità dovrebbe desumersi «anche dal tipo di reato per cui si procede»: quindi, pure da fattori differenti, quali potrebbero essere le caratteristiche personali dell'offeso, ovvero l'età, il genere, l'appartenenza etnica, la razza, la religione, l'orientamento sessuale, lo stato di salute o la relazione con la persona sottoposta a indagini o imputata (considerando n. 56). In chiave oggettiva, però, è lo stesso co. 4-*quater* a tracciare un argine ben preciso: difatti, la disposizione opera quando «si procede per i reati previsti dal comma 4-ter». In sostanza, reiterando un errore prospettico del quale appare difficile liberarsi, il legislatore locale continua a ritenere che i reati idonei a provocare uno stato di vulnerabilità particolare siano solo quelli espressamente richiamati.

Con un sol tratto di penna, purtroppo, le potenzialità della nuova disposizione vengono di molto ridimensionate, soprattutto se rapportate al perimetro disegnato dalla direttiva 2012/29/UE, dove le speciali misure di protezione sono addirittura presuntivamente ritenute efficaci per le vittime dei reati di tratta di esseri umani, terrorismo, criminalità organizzata, oltre che naturalmente per chi abbia subito violenza nelle relazioni strette, sfruttamento sessuale o violenza di genere (considerando n. 57). Il *self restraint* legislativo, poi, mal si comprende se si pensa che, di fronte alla particolare vulnerabilità, il giudice, «ove ritenuto opportuno», dispone «l'adozione di modalità protette». Questo generico richiamo si direbbe consentire una scelta tra le misure disponibili: non solo, dunque, l'impiego dell'esame schermato dal vetro specchio, ma anche l'esame condotto dal presidente, su domande e contestazioni formulate dalle parti, o l'esame protetto secondo le forme previste all'art. 398 co. 5-*bis* Cpp, in quanto richiamate dall'art. 498 co. 4-*bis* Cpp. L'ampio ventaglio di possibilità così tracciato sembra inoltre subordinato al concorrere di due condizioni: la richiesta della persona offesa o del suo difensore, da un lato, e l'assenso del giudice, dall'altro. Quanto alla richiesta, sebbene possa apparire singolare che la protezione del testimone vittima sia rimessa alla sua stessa volontà, sembra trovare voce quella costante della direttiva 2012/29/UE che spesso torna sulla necessità di tenere conto dei desideri della vittima (considerando n. 58): qualora l'offeso voglia presentarsi nell'aula di udienza, intenda affrontare l'esame incrociato e confrontarsi con la persona imputata, deve poterlo fare. E, si badi, questa conclusione vale sia per il maggiorenne che denunci particolare vulnerabilità, richiamato al nuovo co. 4-*quater*, che può rinunciare ad ogni genere di modalità protetta, sia per il minore e per il maggiorenne infermo di mente vittime di reato di cui al co. 4-*ter* dell'art. 498 Cpp, i quali potranno decidere di non avvalersi dell'esame schermato da vetro specchio con impianto citofonico.

In ordine alla decisione giudiziale di adottare, o meno, le modalità protette, si lascia apprezzare il margine di maggiore discrezionalità che deriva dal valutare la semplice opportunità delle speciali cautele; diversamente, ad esempio, da quanto dispone il co. 4-*bis*, che apre il dibattimento all'uso delle modalità speciali di incidente probatorio solo se una parte lo richiede o «se il presidente lo ritiene necessario».

Un ultimo rammarico, più volte denunciato: per quanto la strada imboccata dal legislatore per il riconoscimento e la protezione delle vittime di reato appaia ormai tracciata, difetta una visione d'insieme del tema. Così, per esempio, diventa sin troppo facile notare come in dibattimento le modalità protette possano riguardare solo gli esami testimoniali, mentre in incidente probatorio le cautele protettive (art. 398 co. 5-*bis* Cpp) operino per tutti quei mezzi di prova che impegnino la fonte vulnerabile, come il confronto, la ricognizione, l'esperimento giudiziale o la perizia; oppure come, in virtù di quanto previsto dal d.lgs. 24/2014, si apra un nuovo fronte sul differente trattamento del maggiorenne vulnerabile tra sede incidentale e dibattimento. Certamente, tenendo conto che il sistema mira ad anticipare e non reiterare i contributi delle vittime e dei testimoni vulnerabili, costoro dovrebbero di rado comparire in giudizio; ciò nonostante, la loro presenza appare quanto mai probabile, data l'arretratezza dei limiti posti, in chiave tanto oggettiva quanto soggettiva, alla "porta d'ingresso" in giudizio degli esami di fonti deboli (art. 190-*bis* co. 1-*bis* Cpp), ancora una volta lasciata inspiegabilmente aperta.

Art. 3

Misura di prevenzione per condotte di violenza domestica

1. Nei casi in cui alle forze dell'ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibile ai reati di cui agli articoli 581, nonché 582, secondo comma, consumato o tentato, del codice penale, nell'ambito di violenza domestica, il questore, anche in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto. Ai fini del presente articolo si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

2. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8, commi 1 e 2, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, come modificato dal presente decreto. Il questore può richiedere al prefetto del luogo di residenza del destinatario dell'ammonimento l'applicazione della misura della sospensione della patente di guida per un periodo da uno a tre mesi. Il prefetto dispone la sospensione della patente di guida ai sensi dell'articolo 218 del

codice della strada di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285. Il prefetto non dà luogo alla sospensione della patente di guida qualora, tenuto conto delle condizioni economiche del nucleo familiare, risulti che le esigenze lavorative dell'interessato non possono essere garantite con il rilascio del permesso di cui all'articolo 218, comma 2, del citato decreto legislativo n. 285 del 1992.

3. Il Ministero dell'interno - Dipartimento della pubblica sicurezza, anche attraverso i dati contenuti nel Centro elaborazione dati di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121, elabora annualmente un'analisi criminologica della violenza di genere che costituisce un'autonoma sezione della relazione annuale al Parlamento di cui all'articolo 113 della predetta legge n. 121 del 1981.

4. In ogni atto del procedimento per l'adozione dell'ammonimento di cui al comma 1 devono essere omesse le generalità del segnalante, salvo che la segnalazione risulti manifestamente infondata. La segnalazione è utilizzabile soltanto ai fini dell'avvio del procedimento.

5. Le misure di cui al comma 1 dell'articolo 11 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, trovano altresì applicazione nei casi in cui le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche ricevono dalla vittima notizia dei reati di cui agli articoli 581 e 582 del codice penale nell'ambito

della violenza domestica di cui al comma 1 del presente articolo.

5-bis. Quando il questore procede all'ammonimento ai sensi dell'articolo 8 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, come modificato dal presente decreto, e del presente arti-

colo, informa senza indugio l'autore del fatto circa i servizi disponibili sul territorio, inclusi i consultori familiari, i servizi di salute mentale e i servizi per le dipendenze, come individuati dal Piano di cui all'articolo 5, finalizzati ad intervenire nei confronti degli autori di violenza domestica o di genere.

L'ammonimento in riferimento ai delitti di percosse e di lesioni lievissime nell'ambito dei fenomeni di violenza domestica

Commento di DARIA PERRONE

SOMMARIO: 1. Ratio della nuova misura di prevenzione e asimmetrie con l'ammonimento dello *stalker*. – 2. Disciplina del procedimento amministrativo.

1. Nell'ottica del rafforzamento della tutela della persona offesa nell'ambito dei reati di c.d. "violenza domestica", l'art. 3 d.l. 14.8.2013 n. 93, così come modificato dalla l. 15.10.2013 n. 119 in sede di conversione, ha introdotto una nuova misura di prevenzione: l'ammonimento da parte del Questore nei confronti dell'autore di un fatto riconducibile all'ipotesi di percosse o di lesioni lievissime a seguito di violenza domestica. Il contenuto dell'ammonimento consiste nella sollecitazione a tenere una condotta conforme alla legge e nell'adozione dei provvedimenti accessori in materia di armi e di munizioni. La finalità è quella di scoraggiare, nel contesto delle relazioni affettive e sentimentali, contegni violenti o comunque disdicevoli, che potrebbero degenerare e preludere ad illeciti penali. A seguito dell'ammonimento, il Questore provvede anche ad informare, senza indugio, l'autore del fatto circa i servizi disponibili sul territorio, inclusi i consultori familiari, i servizi di salute mentale e i servizi per le dipendenze, come individuati dal Piano d'azione straordinario, finalizzati ad intervenire nei confronti degli autori di violenza domestica o di genere.

Si tratta di una misura di prevenzione modellata sulla base di quella già prevista per il reato di atti persecutori dall'art. 8 d.l. 23.2.2009 n. 11 ed, infatti, quanto alla disciplina, il legislatore stesso rimanda espressamente – per quanto non diversamente previsto – al regime previsto per l'ammonimento dello *stalker*, precisando che «*si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8, commi 1 e 2, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, come modificato dal presente decreto*» (art. 3 co. 2 d.l. 93/2013).

Tra le due misure di prevenzione sussistono, peraltro, significative differenze.

In primo luogo, nell'ammonimento a seguito di percosse o lesioni lievissime è stata introdotta anche la possibilità di disporre da parte del Prefetto, su richiesta del Questore, la sospensione della patente per un periodo da uno a tre mesi (art. 3 co. 2 d.l. 93/2013)¹, salvo che, tenuto conto delle condizioni economiche del nucleo familiare, risulti che l'esigenze lavorative dell'interessato non possono essere garantite con il rilascio temporaneo di un permesso di guida, per determinate fasce orarie.

In secondo luogo, mentre l'ammonimento a seguito di percosse o lesioni lievissime può essere disposto «anche» in assenza di querela, l'ammonimento a seguito di atti persecutori può essere disposto dal questore «solo» in assenza di querela. La ragione di quest'ultima asimmetria deriva, in realtà, dal fatto che il nuovo ammonimento è stato concepito nelle intenzioni del legislatore come misura «para-cautelare» rispetto a fatti di reato di competenza del Giudice di pace (per i quali è prevista l'applicabilità di misure cautelari personali). L'ammonimento veniva così previsto dal legislatore proprio per rafforzare la tutela della persona offesa in tutti quei casi in cui il Giudice non avrebbe potuto disporre un provvedimento cautelare. Tuttavia, in sede di conversione la l. n. 119/2013 ha trasferito la competenza per le lesioni lievissime in danno di coniuge, convivente, figlio e genitore adottivo o affine al Tribunale, facendo così venir meno la natura «para-cautelare» dell'ammonimento. In altre parole, nel caso di lesioni lievissime infra-domestiche, oggi risultano applicabili sia le misure cautelari personali disposte dal Tribunale sia l'ammonimento del Questore; misura di prevenzione che, quindi, in concreto rischia di perdere la sua funzione afflittiva di fronte ad una ben più grave misura cautelare. Resta, invece, confermata la funzione «para-cautelare» dell'ammonimento nel caso di atti persecutori, dato che tale misura risulta applicabile solo in assenza di querela (*rectius*: «fino a quando non è proposta querela») e resta, quindi, finalizzata a garantire alla vittima una tutela sollecita ed anticipata rispetto al procedimento penale per il reato di cui all'art. 612 *bis* Cp. Ed, in effetti, niente esclude che l'ammonimento si riveli misura extragiudiziale sufficiente a fare recedere dal proposito criminoso lo *stalker*, anche se non va ignorato il pericolo che, in certi casi, l'ammonimento possa fungere da fattore di «accentuazione» del livello di aggressività comportamentale².

Per quanto concerne l'ambito applicativo, la nuova misura è destinata ad operare in relazione ai fatti riconducibili – in forma consumata o tentata – al reato di percosse *ex art.* 581 Cp (ipotesi inserita in sede di

¹ In senso critico sulla possibilità di disporre la sospensione della patente a seguito dell'ammonimento, v. E. Lo Monte, Ripetita (*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*, in *penalecontemporaneo.it*, 7, secondo cui «quale nesso intercorra tra violenza domestica e sospensione della patente di guida non è dato sapere; quasi che per commettere fatti di violenza sia necessaria la patente di guida».

² Così in senso critico, v. A. Pulvirenti, *Note problematiche su alcuni profili procedurali del delitto di "atti persecutori" (Stalking)*, in *DFam* 2011, 2, 939.

conversione) ed al reato di lesioni lievissime *ex art.* 582 co. 2 Cp, dalle quali derivi cioè una malattia la cui durata non sia superiore ai venti giorni e non concorra un'aggravante che le renda procedibili d'ufficio. Tali fatti – per espressa previsione – devono essere commessi nell'ambito della c.d. “violenza domestica”. Nel tentativo di definire quest'ultimo concetto, il legislatore della riforma ha specificato che, ai fini dell'applicazione della nuova misura, per violenza domestica si intendono «*uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima*». Nonostante gli apprezzabili sforzi definitivi, emergono alcune perplessità. Innanzitutto, il riferimento alla “gravità” degli atti di violenza – postulando un parametro discrezionale – potrebbe risultare in concreto di difficile accertamento, soprattutto se si pensa al caso delle lesioni lievissime tentate, in cui – in assenza di certificati medici che stabiliscano con oggettività la prognosi di malattia – il Questore potrebbe trovarsi nella difficile situazione di dover fare affidamento solo sulle dichiarazioni rese dalla parte offesa, eventualmente in contrasto con quelle rese dall'agente. Parimenti, il riferimento al carattere “non episodico” degli atti di violenza implica un accertamento, non sempre così agevole, circa la natura abituale o meno delle lesioni o delle percosse, che deve ricavarsi dalle investigazioni delle forze dell'ordine e dalle dichiarazioni rese dalle persone informate dei fatti.

In realtà, tali perplessità possono almeno in parte essere superate se si tiene conto che, a differenza dell'accertamento giudiziario, il provvedimento di ammonimento non presuppone l'acquisizione della prova del fatto penalmente rilevante, ma richiede semplicemente la sussistenza di un quadro indiziario che renda “verosimile”, secondo collaudate massime di esperienza, l'avvenuto compimento di un fatto riconducibile alle ipotesi criminose, con la conseguenza che il Questore deve soltanto apprezzare la fondatezza dell'istanza, formandosi il ragionevole convincimento sulla plausibilità e attendibilità delle vicende esposte, senza che sia necessario il compiuto riscontro dell'avvenuta lesione del bene giuridico tutelato dalle norme penali incriminatrici³.

Ai fini dell'applicazione della nuova misura di prevenzione si richiede, altresì, che il fatto sia stato segnalato alle forze dell'ordine in

³ In questo senso, sulla diversità dell'accertamento probatorio nella procedura amministrativa di ammonimento ed in quella giudiziaria, v. T.A.R. Perugia 10.4.2013 n. 226, in *FAMM TAR* 2013, 1168. V. anche T.A.R. Venezia 4.3.2013 n. 331, in *FAMM TAR* 2013, 796, secondo cui, in relazione agli atti persecutori, l'ammonimento «*non richiede che si sia raggiunta la prova del reato, ma che si faccia riferimento ad elementi dai quali è possibile desumere un comportamento persecutorio o gravemente minaccioso che abbia ingenerato nella vittima un forte stato di ansia e di paura; ciò implica l'esercizio di apprezzamenti discrezionali circa la valutazione della fondatezza dell'istanza, aventi ad oggetto l'acquisizione di una ragionevole certezza sulla plausibilità e verosimiglianza delle vicende esposte, senza che sia necessario un compiuto ed analitico riscontro dell'avvenuta lesione del bene giuridico tutelato*».

forma «*non anonima*». Mentre, il testo originario del decreto-legge comprendeva anche il caso delle segnalazioni anonime, in sede di conversione il legislatore ha preferito limitarne l'applicazione a quelle non anonime. A tutela del dichiarante si prevede, comunque, che la segnalazione sia utilizzabile soltanto ai fini dell'avvio del procedimento e che, in ogni atto del procedimento, le generalità dell'eventuale segnalante debbano essere omesse, salvo che la segnalazione risulti manifestamente infondata (art. 3 co. 4 d.l. 93/2013).

2. Per quanto riguarda la disciplina del procedimento amministrativo, stante il richiamo di chiusura al regime previsto dall'art. 8 d.l. 11/2009 – in quanto compatibile – e la sostanziale omogeneità tra le due misure di prevenzione, si ritengono applicabili anche al nuovo ammonimento «*gli approdi interpretativi cui era pervenuta la giurisprudenza sull'ammonimento dello stalker*»⁴. Quindi, il Questore, ove ritenga fondata la segnalazione, procede se necessario ad assumere le informazioni utili da parte degli organi investigativi e a sentire le persone informate dei fatti, allo scopo «*di formare il proprio prudente convincimento circa la fondatezza dell'istanza*»⁵. Si tratta, comunque, di un'attività meramente discrezionale: non si può escludere che, in determinate ipotesi, l'audizione di persone informate dei fatti sia del tutto superflua se la stessa persona segnalante, unitamente alla richiesta di ammonimento, fornisce all'Autorità di polizia elementi documentali (come, ad esempio, un *file* audio) dal contenuto rappresentativo pressoché inconfutabile. In questi casi, si ritiene che condizionare l'ammonimento alla previa audizione di terzi soggetti, o anche soltanto differirne l'adozione nell'attesa di tale adempimento, costituirebbe un inutile appesantimento dell'*iter* procedimentale⁶.

Stante la natura «para-cautelare» della misura e le ragioni di celerità, non sussiste l'obbligo del preventivo avviso di avvio del procedimento previsto dall'art. 7 l. 7.8.1990 n. 241⁷, a meno che il destinatario ne abbia fatto espressa richiesta; in tal caso la comunicazione è richiesta a pena di illegittimità del provvedimento amministrativo per difetto di istruttoria⁸. La procedura di ammonimento, in quanto basata su criteri di valutazione che possono essere opinabili, necessita di specifica motivazione in ordine ai fatti sui quali si basa e tali fatti, pur nell'ambito dell'ampia valutazione discrezionale amministrativa, devono poter es-

⁴ C. Russo, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n. 93)*, in *Il penalista, Speciale riforma*, 2013, 79.

⁵ T.A.R. Bolzano 11.3.2013 n. 87, in *Famm TAR* 2013, 3, 790.

⁶ In questo senso, v. A. Pulvirenti, *Note problematiche*, cit. 939.

⁷ Così, v. T.A.R. Firenze 25.3.2013 n. 485, in *Famm TAR* 2013, 3, 824 e T.A.R. Brescia 8.5.2013 n. 444, in banca dati *Dejure*, secondo cui «*la comunicazione di avvio può essere omessa qualora l'autorità di pubblica sicurezza ravvisi motivi di urgenza. Questa condizione può essere considerata normale, vista la natura degli interessi coinvolti e il rischio che il rispetto delle garanzie procedurali possa prolungare lo stato di sofferenza della vittima*». Sul punto, cfr. anche Cons. St. 23.2.2012 n. 1069, in *Famm TAR* 2012, 2, 281, secondo cui la comunicazione potrebbe venire omessa ricorrendo particolari esigenze di celerità.

⁸ V. sul punto T.A.R. Catanzaro 14.3.2012 n. 259, in *Famm TAR* 2012, 970.

sere conosciuti dall'interessato per la sua difesa giurisdizionale, volta a sindacare la logicità e la coerenza dell'ammonimento perché, diversamente, il soggetto destinatario dell'atto non avrebbe nessuna possibilità di difendersi. Per questi motivi, *«l'accesso agli atti su cui si basa il provvedimento d'ammonimento è, pertanto, rilevante e necessario, per cui non può applicarsi il divieto generalizzato d'accesso, giustificato con esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico o di repressione della criminalità, con la conseguenza che la motivazione dell'ammonimento, fondata sul richiamo ad atti e dichiarazioni ai quali è stato negato l'accesso, equivale a inesistenza della motivazione»*⁹. Alla stessa stregua, in giurisprudenza si ritiene che anche l'omessa audizione del destinatario dell'ammonimento – che ne abbia fatto espressa richiesta – comporta l'inevitabile invalidità del provvedimento¹⁰.

⁹ Cons. St. 29.5.2013 n. 438, in *Famm CDS* 2013, 1443.

¹⁰ V., *ex multis*, T.A.R. Aosta 12.11.2013 n. 66, in *Famm TAR* 2013, 3289.

Art. 4

Tutela per gli stranieri vittime di violenza domestica

1. Dopo l'articolo 18 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, è **inserito** il seguente:

*“Art. 18-bis (Permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica) 1. Quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 582, 583, 583-bis, 605, 609-bis e 612-bis del codice penale o per uno dei delitti previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, commessi sul territorio nazionale in ambito di violenza domestica, siano accertate situazioni di violenza o abuso nei confronti di uno straniero ed emerga un concreto ed attuale pericolo per la sua incolumità, come conseguenza della scelta di sottrarsi alla medesima violenza o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, con il parere favorevole dell'autorità giudiziaria precedente ovvero su proposta di quest'ultima, rilascia un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza. Ai fini del presente articolo, si intendono per violenza domestica **uno o più atti, gravi ovvero non episodici**, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attual-*

mente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

2. Con la proposta o il parere di cui al comma 1, sono comunicati al questore gli elementi da cui risulti la sussistenza delle condizioni ivi indicate, con particolare riferimento alla gravità ed attualità del pericolo per l'incolumità personale.

3. Il medesimo permesso di soggiorno può essere rilasciato dal questore quando le situazioni di violenza o abuso emergano nel corso di interventi assistenziali dei centri **antiviolenza, dei servizi sociali territoriali** o dei servizi sociali specializzati nell'assistenza delle vittime di violenza. In tal caso la sussistenza degli elementi e delle condizioni di cui al comma 2 è valutata dal questore sulla base della relazione redatta dai medesimi servizi sociali. **Ai fini del rilascio del permesso di soggiorno è comunque richiesto il parere dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del comma 1.**

4. Il permesso di soggiorno di cui ai commi 1 e 3 è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, segnalata dal procuratore della Repubblica o, per quanto di competenza, dai servizi sociali di cui al comma 3, o comunque accertata dal questore, ovvero quando vengono meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio.

4-bis. *Nei confronti dello straniero condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui al comma 1 del presente articolo, commessi in ambito di vio-*

lenza domestica, possono essere disposte la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione ai sensi dell'articolo 13 del presente testo unico.

5. *Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche ai cittadini di Stati membri dell'Unione europea e ai loro familiari.*"

Interferenze di natura amministrativa

Commento redazionale

SOMMARIO: 1. Un nuovo capitolo di rapporti tra processo penale e procedure amministrative in tema di immigrazione. – 2. Il ruolo dell'autorità giudiziaria nella revoca del permesso "speciale". – 3. Espulsione e revoca del permesso di soggiorno nei confronti dei condannati per reati di violenza domestica.

1. La disposizione qui riportata instaura un importante collegamento tra il procedimento penale – in particolare, tra l'autorità giudiziaria procedente – e l'*iter*, di natura eminentemente amministrativa, di rilascio del permesso di soggiorno, venendo a incidere direttamente sul TuImm. La previsione si inserisce in una rete di legami già piuttosto nutrita, che lega il fenomeno della immigrazione con quello della giustizia penale e che, nel tempo, ha dato luogo a una progressiva "contaminazione" tra la sfera amministrativa e quella processuale penale¹. Sebbene, tuttavia, altri esempi di tale correlazione siano stati, nel tempo, analizzati per metterne in luce l'effetto di sfavore che rischiano di giocare nei confronti dello straniero sottoposto a procedimento penale², nella disposizione in esame la condizione di clandestinità viene individuata come caratteristica di particolare vulnerabilità della vittima³. Infatti, la *ratio* più autentica della norma sembra da reperirsi proprio nella finalità che giustifica lo "straordinario" intervento amministrativo, subordinandolo alla sussistenza di un grave rischio per l'incolumità dello straniero irregolare, conseguente alla scelta di quest'ultimo di sottrarsi alla situazione

¹ Per un esame analitico dei rapporti tra processo penale e immigrazione, cfr A. Caputo, *Immigrazione e procedimento penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, VII, Torino 2011, 529 ss.

² Osserva attentamente A. di Martino, *Intervento penale in materia di immigrazione e suoi limiti*, in *Immigrazione illegale e diritto penale un approccio interdisciplinare*, a cura di E. Rosi, F. Rocchi, Napoli 2013, 8, che tale legame quasi mai si traduce in un'accessorietà strutturale della disciplina penale a quella extra-penale, come apparentemente dovrebbe accadere, ma in vere e proprie tipizzazioni 'di contesto', che hanno peraltro sempre scontato evidenti limiti di tecnica normativa; v. anche A. Comello, *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *DigDPen*, VII Agg., Torino 2013, 296.

³ V. H. Belluta, *supra*, 68 ss.

violenta, magari rendendo delle dichiarazioni eteroaccusatorie all'autorità giudiziaria.

Il legislatore pone a carico di quest'ultima un onere di segnalare al questore l'accertamento di una vicenda di violenza domestica perpetrata a danno di un soggetto che, per sottrarsene, abbia necessità di fruire di un permesso di soggiorno, secondo le previsioni poi specificamente dedicate a tale atto amministrativo dal successivo art. 5 del decreto legge convertito. Laddove la vicenda sia altrimenti pervenuta alla conoscenza del questore, l'autorità procedente dovrà, comunque, rilasciare un parere favorevole.

Stante la natura extraprocedimentale di tale segnalazione, pare necessario prestare attenzione innanzitutto ai presupposti indicati dal legislatore.

In primo luogo, il procedimento penale dal quale scaturisce la rilevanza della situazione deve avere ad oggetto uno dei gravi reati espressamente indicati dal primo comma del nuovo art. 18-bis TuImm, oppure uno dei delitti indicati all'art. 380 Cpp. Come spesso accade, accanto alla selezione "qualitativa" della fattispecie – che potrebbe di per sé sola apparire in questo caso ingiustificatamente "selettiva" – si inserisce quella "quantitativa", rappresentata qui dal richiamo complessivo all'insieme dei reati che, per la gravità che li contraddistingue, prevedono l'arresto obbligatorio in flagranza. Successivamente, si specifica che, ai meri fini della concessione del permesso di soggiorno, per «violenza domestica» devono intendersi «uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima». Certamente la formula non pare troppo felice, soprattutto laddove fa riferimento, in termini espressamente alternativi, alla gravità o alla non episodicità del fatto di reato. Altro dato certamente di non facile lettura è il richiamo al concetto di violenza «economica»... Pare tuttavia legittimo affermare che i fenomeni cui il legislatore intende evidentemente fare riferimento, con finalità espressamente orientate a un risultato per lo più estraneo al processo penale (certo, non si può trascurare nemmeno una certa possibile ricaduta endoprocedimentale della concessione del permesso di soggiorno, rappresentata dalla possibilità per la vittima di partecipare al procedimento penale per i fatti dai quali è scaturita la concessione del permesso stesso), sono certamente più facili da percepire, nella loro negatività contestualizzata nell'episodio concreto, che non da sistematizzare in categorie dogmatiche. Sotto questo aspetto, il vincolo "domestico", che deve caratterizzare le situazioni rilevanti, appare molto diluito, facendosi riferimento, nel testo, anche a rapporti interpersonali e di coabitazione ormai venuti meno.

Nella disposizione si fa altresì carico all'autorità giudiziaria di trasmettere al questore gli «elementi» dai quali emergano le suddette condizioni, a sostegno della richiesta di emissione del permesso. Il riferi-

mento non è espressamente rivolto agli atti del procedimento, giacché pare sufficiente a soddisfare la condizione normativa una informativa sommaria circa i fatti per i quali l'autorità giudiziaria sta procedendo, soprattutto per quanto riguarda la fase delle indagini preliminari. In proposito ci si deve domandare se possano essere trasmessi, nel rispetto dei canoni della segretezza investigativa⁴, atti del procedimento stesso, al fine di non costringere l'autorità giudiziaria al compimento di ulteriori attività che non abbiano una specifica incidenza endoprocedimentale.

In relazione a questa considerazione, pare probabile che un ruolo significativo nell'avvio della procedura di concessione del permesso di soggiorno "particolare" avranno, secondo la previsione dell'art. 4 co. 2, anche i centri anti-violenza e i servizi di assistenza sociale cui è specificamente dedicato il successivo art. 5 del provvedimento in esame. Anche in tali casi, però, si rende necessario che all'informazione dettagliata fornita dai servizi sociali, si associ il parere dell'autorità giudiziaria che sta procedendo, nelle forme di cui sopra.

2. Un ruolo altrettanto rilevante è stato assegnato dalla disposizione in esame non già all'autorità giudiziaria procedente, bensì al solo procuratore della Repubblica – nonché ai servizi sociali e anti-violenza – nel meccanismo di revoca del permesso di soggiorno accordato ai sensi dei co. 1-3 del presente articolo. Si richiede, infatti, agli indicati soggetti, di dare comunicazione – al questore, par d'intendere – di eventuali condotte incompatibili con le finalità sottese alla "straordinaria" concessione del permesso amministrativo. Si deve ritenere che abbiano una possibile incidenza revocatoria tutte le condotte della vittima che risultino in contrasto con la volontà, originariamente espressa, di sottrarsi alla condizione di violenza e, quindi, anche di collaborare con l'autorità giudiziaria. In tal senso, l'onere imposto a quest'ultima è davvero significativo, gravando il p.m. o il giudice di attivarsi presso l'autorità amministrativa ai fini della revoca del permesso stesso... Indubbiamente, attraverso il procedimento penale possono facilmente filtrare atteggiamenti che il legislatore vuole scoraggiare, cercando di convincere le vittime a rimanere salde nel proprio intento di sottrarsi alla condizione di violenza attraverso la concessione di un permesso "condizionato". La soluzione scelta dal legislatore – il quale attribuisce l'onere di "denuncia" anche agli specifici servizi anti-violenza dell'assistenza sociale – per un verso, grava il procuratore della Repubblica di un ulteriore onere, per nulla gradevole, di segnalazione di condotte contrarie alla finalità del permesso "speciale" e, per altro verso, gli offre, però, uno strumento in grado di cristallizzare l'apporto conoscitivo e partecipativo della vittima, quanto mai essenziale, soprattutto in relazione ai reati qui rilevanti, al procedimento penale.

⁴ Il catalogo delle eccezioni alla segretezza imposta dall'art. 329 Cpp non è certo breve (v. V. Maffeo, *sub art. 329 Cpp*, in *Codice di procedura penale commentato*⁴, a cura di A. Giarda e G. Spangher, II, Milano 2010, 4109), ed è caratterizzato proprio dalla previsione di una serie di *disclosures* a favore di altre pubbliche autorità, con finalità cui la presente disposizione può dirsi omogenea.

3. Di segno diverso, invece, la previsione dell'aggiunto co. 4-*bis* del presente articolo, la quale si rivolge non già alla vittima della "violenza", bensì a colui che sia stato accertato esserne l'autore o che, quantomeno, si sia vista applicata una pena per tale imputazione. Infatti, il sopraggiungere di una sentenza, anche non definitiva, di accertamento della responsabilità o di applicazione della pena richiesta dalle parti per uno dei delitti indicati al primo comma può comportare la revoca dell'"ordinario" permesso di soggiorno che il "condannato" abbia già in precedenza ottenuto, nonché l'espulsione ai sensi dell'art. 13 TuImm. L'uso delle virgolette è d'obbligo, per via della scelta del legislatore di agganciare la revoca del provvedimento amministrativo ma, soprattutto, l'espulsione (amministrativa), ad un accertamento di responsabilità non definitivo. Scelta particolarmente discutibile soprattutto in un ambito di fattispecie in cui le statistiche mostrano la frequente impossibilità di arrivare ad un accertamento irrevocabile di colpevolezza, nonostante la precedente applicazione della misura cautelare più afflittiva⁵. Certo, la formula prescelta dal legislatore sembra escludere opportunamente l'instaurarsi di un automatismo, lasciando all'autorità amministrativa uno spazio di discrezionalità che ricade nei confini tracciati dal TuImm⁶.

Da ultimo pare opportuno segnalare che la previsione del quinto comma dell'articolo in commento, che estende, ove compatibili, i precetti dettati anche agli stranieri cittadini dell'Unione europea pare inserirsi nel *trend* già in precedenza inaugurato con il d.lgs. 28.2.2008 n. 32, che ha profondamente modificato il d.lgs. 8.2.2007 n. 30, attuativo della direttiva 2004/38/CE, relativa alla libertà di soggiorno e di stabilimento dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari. È conseguito, infatti, a tale intervento novativo un netto peggioramento della condizione del cittadino UE⁷, accompagnato da tutte le perplessità che un tale esito può generare. Anche il presente procedimento, come si accennava, sembra finire per estendere al cittadino dell'Unione europea solo gli aspetti negativi della disciplina, correlati all'espulsione di cui al co. 4-*bis*, stanti le diverse condizioni che regolano, invece, la legittimità del soggiorno, cui in base al predetto d.lgs. 30/2007 il cittadino dell'Unione ha diritto, in presenza dei requisiti lì specificamente indicati.

Artt. 5-6

Omissis

⁵ Cfr. i dati segnalati da E. Valentini, Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro, in *Pol. dir.* 2011, 303, in relazione alla percentuale del trenta per cento di soggetti che risultano sottoposti a una misura cautelare custodiale cui poi non fa seguito, tuttavia, un accertamento definitivo di responsabilità.

⁶ Per un'analisi dei rapporti tra procedimento penale ed espulsione v. A. Caputo, *Immigrazione e procedimento penale*, cit., 531 ss.

⁷ V. ancora A. Caputo, *op. cit.*, 557 ss.

Art. 7

*Disposizioni in materia di arresto in flagranza
in occasione di manifestazioni sportive e per il contrasto alle rapine,
nonché in materia di concorso delle forze armate
nel controllo del territorio*

1. All'articolo 8, comma 1-quinquies, della legge 13 dicembre 1989, n. 401, le parole «30 giugno 2013» sono sostituite dalle seguenti: «30 giugno 2016.»

2. All'articolo 628, terzo comma, del codice penale, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al numero 3-bis), dopo le parole «articolo 624-bis» sono aggiunte le seguenti: «o in luoghi tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»;

b) dopo il numero 3-quater), è aggiunto il seguente:

«3-quinquies) se il fatto è commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne;

3-sexies (soppresso).».

3. (omissis)

3-bis. All'articolo 260 del codice penale è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Le disposizioni del presente articolo si applicano, altresì, agli immobili adibiti a sedi di ufficio o di reparto o a deposito di materiali dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, l'accesso ai quali sia vietato per ragioni di sicurezza pubblica.».

4. All'articolo 682 del codice penale è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Le disposizioni del primo comma si applicano, altresì, agli immobili adibiti a sedi di ufficio, di reparto o a deposito di materiali dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, il cui accesso è vietato per ragioni di sicurezza pubblica.».

L'ennesimo intervento di contrasto a forme di criminalità diffusa

Commento di ANDREA CABIALE e MARIANA PAOLI*

SOMMARIO: 1. La modifica apportata dal decreto. – 2. La disciplina dell'arresto in flagranza “differita”. – 3. I sospetti di illegittimità costituzionale. – 4. L'uso anomalo delle proroghe. – 5. Le altre modifiche introdotte dall'art. 7 d.l. 93/2013. – 6. Le neo aggravanti speciali del delitto di rapina. – 7. (Segue) La fattispecie accessoria incentrata sul *locus commissi delicti*. – 8. (Segue) La rilevanza dell'età del soggetto passivo. – 9. (Segue) La valenza delle nuove aggravanti in sede di commisurazione della pena. – 10. L'art. 7 co. 3-bis e co. 4 d.l. 93/2013: l'estensione di reati di cui agli artt. 260 e 682 Cp.

* Il dott. Cabiale ha redatto i paragrafi 1-4; la dott. Paoli ha redatto i paragrafi 5-9.

1. La disposizione in commento è la prima di una serie di norme dedicate al contrasto di fenomeni di criminalità diversi dalla violenza di genere, affrontata nel precedente Capo del decreto¹.

Il co. 1 dell'art. 7 modifica infatti la speciale disciplina processuale, introdotta nel 2003, per arginare gli episodi di disordine e violenza spesso legati alle manifestazioni sportive, in particolare agli incontri calcistici². La modifica, tuttavia, non incide il contenuto degli strumenti "emergenziali" allora predisposti, ma – con una prassi ormai consolidata – si limita a prorogarne l'efficacia per la quinta volta (fino al 30 giugno 2016).

2. Come è noto, il d.l. 20.2.2003 n. 28 – così come risultante dalla legge di conversione (l. 24.4.2003 n. 88) – ha introdotto nell'art. 8 l. 13.12.1989 n. 401, due disposizioni «a tempo»³, ossia i commi 1-*ter* e 1-*quater*: il primo attualmente stabilisce che, in relazione ad alcuni reati commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive (specificamente elencati nel precedente comma 1-*bis*⁴), «quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera comunque in stato di flagranza ai sensi dell'art. 382 del codice di procedura penale colui il quale, sulla base di documentazione video fotografica dalla quale emerge inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro quarantotto ore dal fatto».

Il successivo comma 1-*quater* prevede, poi, che, per i medesimi reati, l'applicazione delle misure coercitive possa essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli artt. 274 co. 1 lett. *c* e 280 Cpp.

In breve, attraverso queste due disposizioni, il legislatore ha voluto agevolare l'applicazione di misure cautelari e pre-cautelari, in relazione

¹ Per una sintesi delle disposizioni contenute nel d.l. 93/2013, si veda A. Ciasterna, *Dall'allarme sociale per i casi di 'femminicidio' un intervento a 360 gradi su sicurezza e giustizia*, in *GD* 2013 (36), 57-58; Id., *Con un riequilibrio delle esigenze di sicurezza il provvedimento arriva sul 'banco di prova'*, *ivi* (44), 73-74.

² Per un approfondimento in merito alle disposizioni processuali introdotte dal d.l. 20.2.2003 n. 28 conv. con mod. in l. 24.4.2003 n. 88, si vedano M.F. Cortesi, *Misure antiviolenza negli stadi*, Milano 2007, 119-131; K. La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal genus alla species*, Padova 2011, 173-177; F. Vergine, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Torino 2009, 394-399.

³ Così si esprime V. Chiusano, *Legge 'a tempo' contro la violenza. Si applicherà fino a maggio 2005 l'arresto 'differito'*, in *D&G* 2003 (18), 10.

⁴ Si tratta dei reati commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, per i quali è obbligatorio o facoltativo l'arresto ai sensi degli artt. 380 e 381 Cpp e dei reati di lancio di materiale pericoloso, scavalco ed invasione di campo in occasione di manifestazioni sportive, violazione del divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive, anche se non accompagnato dalla prescrizione del questore di presentarsi presso l'ufficio di polizia nelle giornate di svolgimento delle manifestazioni sportive.

alle condotte pericolose e violente, che sovente s'innestano nell'ambito degli eventi sportivi⁵.

La flagranza è stata quindi estesa per un considerevole arco temporale (le quarantotto ore successive alla commissione del fatto), consentendo così l'arresto ben oltre la conclusione della manifestazione sportiva: si immagini, infatti, cosa potrebbe accadere se la misura precautelare dovesse essere eseguita subito, magari all'interno di un settore dell'impianto sportivo particolarmente turbolento⁶. Inoltre, la polizia giudiziaria dispone ora di tempi più lunghi per identificare i soggetti autori del reato, «evitando, quindi, che nella concitazione del momento siano adottati provvedimenti, di natura penale, anche restrittivi, nei confronti di persone solo apparentemente coinvolte nelle violenze»⁷.

All'arresto, può poi sempre seguire – in forza del co. 1-*quater* – l'esecuzione di una misura cautelare, che, sulla base dei limiti edittali stabiliti dal Cpp, non sarebbe invece applicabile per tutti i reati richiamati dall'art. 8 l. 401/1989⁸.

3. Sebbene ai meccanismi appena illustrati possa essere riconosciuta una certa efficacia deterrente, la disciplina del cosiddetto arresto "differito" ha suscitato alcuni dubbi.

Questa *fictio iuris*, attraverso cui la situazione di chi è stato effigiato in immagini fotografiche o televisive viene equiparata allo stato di flagranza⁹, contrasterebbe con i principi costituzionali in materia di libertà personale e, in particolare, con l'art. 13 co. 3 Cost., secondo cui «l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori», solo «in casi eccezionali di necessità ed urgenza».

Molti sostengono infatti che la fattispecie di arresto prevista dal predetto co. 1-*ter* prescinda da una situazione di «eccezionale urgenza nel provvedere»¹⁰, ossia da un pericolo nel ritardo¹¹ che legittimi l'adozione di provvedimenti restrittivi della libertà personale, direttamente da parte della polizia giudiziaria¹².

⁵ Si vedano O. Forlenza, *Sull'eccezionalità della deroga alla flagranza l'ultima parola spetta ora al Parlamento*, in *GD* 2003 (9), 22-24; M. Laudi, *Violenza negli stadi: le nuove misure di repressione*, in *DPP* 2003, 946.

⁶ Si veda, in questo senso, A. Laronga, *Flagranza differita e attività difensiva. Dal fermo dell'indiziato fino ai problemi con gli stranieri*, in *D&G* 2006 (47), 63.

⁷ Così si esprime la Relazione governativa al d.l. 28/2003, in *GD* 2003 (9), 21.

⁸ Si veda M.F. Cortesi, *Gli istituti processuali per la prevenzione e la repressione degli episodi di violenza nell'ambito delle manifestazioni sportive*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. Spangher, VII, *Modelli differenziati di accertamento*, I, a cura di G. Garuti, Torino 2011, 489-490.

⁹ In questo senso, V. Chiusano, *Ritorna la «quasi-flagranza». Per i tifosi violenti, arresto entro le 36 ore dal fatto*, in *D&G* 2003 (10), 9.

¹⁰ Così si esprime O. Forlenza, *op. cit.*, 25.

¹¹ In questo senso, A. Laronga, *op. cit.*, 63.

¹² In questo senso, si vedano M. Brazzi, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza e il fermo*, Milano 2012, 37-39; S. Campanella, D. Notaro, *Commento al d.l. 20.8.2001 n. 336, conv. con modificazioni in l. 19.10.2001 n. 337*, in *LP* 2003, 46; M.F. Cortesi, *Misure antiviolenza negli stadi*, cit., 129-130; R. Dedola, *Flagranza e diritti costituzionali. Una legge forse irrispettosa dell'art. 13 Costituzione*, in

Questa critica non pare priva di fondamento: in effetti, una disposizione che consente di arrestare il presunto autore del reato, anche decine di ore dopo la commissione del fatto, non sembra certo finalizzata alla salvaguardia di ragioni d'urgenza¹³; l'impressione è che il legislatore ne abbia comunque presunto l'esistenza, per dare modo alle forze dell'ordine di intervenire «con agio»¹⁴.

Proprio per mitigare tali sospetti di incostituzionalità e impedire che l'introduzione dell'istituto in questione fallisse una seconda volta (come già accaduto nel 2001¹⁵), la legge di conversione del d.l. 28/2003 stabilì che la nuova disciplina avrebbe avuto efficacia soltanto fino al 31 dicembre 2005¹⁶.

La nuova tipologia di arresto assumeva quindi i contorni di una misura emergenziale e temporanea: un congegno certamente discutibile, ma comunque destinato a scomparire due anni più tardi, quando – grazie ai provvedimenti legislativi assunti – il fenomeno della violenza, legato alle manifestazioni sportive, si reputava che si sarebbe ridotto¹⁷.

4. Eppure, come è noto, la sorte dei commi 1-ter e 1-quater è stata diversa: il termine è stato spostato in avanti prima al 30 giugno 2007¹⁸ e poi al 30 giugno 2010¹⁹; infine, è stato aggiunto all'art. 8 l. 401/1989, il co. 1-*quinquies*, che originariamente indicava il 30 giugno 2013²⁰ e ora

D&G 2003 (12), 11; K. La Regina, *op. cit.*, 175-177; E. Lo Monte, *Considerazioni sulla recente normativa in tema di violenza negli stadi: un 'calcio' ai teppisti e due ai principi costituzionali*, in CP 2005, 1477-1478; V. Spigarelli, *Ecco perché la flagranza differita si deve ritenere incostituzionale. Le garanzie non possono variare in funzione del reato*, in D&G 2003 (18), 14.

¹³ Bisogna tuttavia segnalare che parte della dottrina e la giurisprudenza ritengono invece che questa forma di arresto sia compatibile con i parametri costituzionali: si vedano le considerazioni di A. Barile, *L'arresto differito è un falso problema. La nuova legge non è incostituzionale. La restrizione prevista è un ibrido tra fermo e arresto*, in D&G 2003 (12), 17-18; V. Chiusano, *Legge 'a tempo' contro la violenza*, cit., 11; M. Laudi, *op. cit.*, 947; F. Vergine, *op. cit.*, 397-398. In giurisprudenza, si veda Cass. 10.4.2007 n. 17178, in RP 2007, 737, che ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità eccepita dal ricorrente «per la ragionevolezza, la giustificabilità e la conformità a Costituzione della previsione normativa [l'art. 8 co. 1-ter l. 401/1989] che – per effetto di contesti storici e fenomeni eccezionali e compiutamente definiti – giustifica la possibilità di peculiari modalità spazio-temporali per effettuare l'arresto di persone identificate quali autori di un reato sulla base di elementi documentali e storico-fattuali pur sempre raccolti e acquisiti fin dal momento della oggettiva realizzazione del reato».

¹⁴ Così, testualmente, R. Dedola, *op. cit.*, 11.

¹⁵ In merito a questo provvedimento e sulla mancata conversione della disposizione che prevedeva l'introduzione dell'arresto in flagranza "differita", si vedano A. Barile, *op. cit.*, 17; S. Campanella, D. Notaro, *op. cit.*, 13-49; V. Chiusano, *Ritorna la «quasi-flagranza»*, cit., 8.

¹⁶ In questo senso, M.F. Cortesi, *Gli istituti processuali per la prevenzione e la repressione degli episodi di violenza nell'ambito delle manifestazioni sportive*, cit., 493; V. Chiusano, *Legge 'a tempo' contro la violenza*, cit., 11.

¹⁷ In questo senso, V. Chiusano, *Legge 'a tempo' contro la violenza*, cit., 11.

¹⁸ Si veda l'art. 6 co. 1 d.l. 30.6.2005 n. 115 conv. con mod. in l. 17.8.2005 n. 168.

¹⁹ Si veda l'art. 4 co. 2 d.l. 8.2.2007 n. 8 conv. con mod. in l. 4.4.2007 n. 41.

rinvia al 30 giugno 2016 (data entro la quale, con tutta probabilità, si assisterà a un nuovo intervento estensivo).

In questo modo, di proroga in proroga, uno strumento che apparentemente continua a essere “a scadenza breve”, è di fatto entrato a far parte del nostro ordinamento in maniera stabile: la sua efficacia si protrae ormai da ben undici anni, nonostante gli intenti iniziali apparissero diversi.

Sembra allora opportuno interrogarsi sul *modus operandi* adottato dal legislatore.

Nel disegno di legge per la conversione del d.l. 93/2013, si afferma che il venir meno di questa peculiare facoltà di arresto aveva aperto «un vuoto di tutela negli strumenti di contrasto dei delitti commessi in occasione di manifestazioni sportive. Grazie alla misura in commento è stato, infatti, possibile conseguire importanti risultati contro il tifo violento, come testimoniano i dati riguardanti l'ultima stagione, nel corso della quale si sono registrati non solo una diminuzione degli eventi in cui vi sono state vittime di tali fenomeni (-29,3 per cento), ma anche un significativo incremento del numero degli autori di episodi di violenza denunciati (+44 per cento) e arrestati (+30 per cento circa). In considerazione di ciò, la disposizione [l'art. 7 co. 1 d.l. 93/2013] prevede la facoltà di arresto in parola per altri tre anni e, più precisamente, fino al 30 giugno 2016».

Insomma, sembra che il legislatore consideri questa disciplina come un imprescindibile tassello della legislazione di contrasto agli episodi di violenza legati allo sport, tant'è che la sua eliminazione – si afferma – genererebbe un «vuoto di tutela».

L'arresto “differito” ha quindi dismesso i panni della misura emergenziale e la ragione per cui – almeno formalmente – conserva un'efficacia circoscritta nel tempo sembra la stessa di undici anni fa, ossia placare le critiche di chi ne sostiene la non perfetta aderenza ai dettami dell'art. 13 Cost.

Pare tuttavia necessaria una riflessione: un conto è prevedere, *una tantum*, una misura momentanea, che – benché controversa – viene tollerata proprio perché presto destinata a scomparire; altro è continuare a prorogarla: in quest'ultimo caso, il pretesto della provvisorietà perde inevitabilmente consistenza e il giudizio sui contenuti non può che farsi più severo.

Insomma, sembra ormai opportuno che il legislatore formalizzi l'attuale situazione di fatto, eliminando ogni limitazione temporale all'efficacia dei predetti commi 1-ter e 1-quater²¹.

²⁰ Si veda l'art. 1 co. 1 d.l. 12.11.2010 n. 187 conv. con mod. in l. 17.12.2010 n. 217.

²¹ Pare opportuno segnalare che il già ricordato d.l. 8/2007 aveva previsto la stabilizzazione definitiva, nel nostro ordinamento, della disciplina relativa all'arresto in flagranza “differita”; tuttavia, ci fu un «ripensamento *in extremis*» nella legge di conversione, che condusse alla proroga fino al 30 giugno 2010 (si veda M.F. Cortesi, *Gli istituti processuali per la prevenzione e la repressione degli episodi di violenza nell'ambito delle manifestazioni sportive*, cit., 493-494).

A ben vedere, infatti, un così frequente uso della proroga può destare, già di per sé, diverse perplessità, indipendentemente dalle caratteristiche della misura prorogata.

5. Come già segnalato, tra le previsioni del d.l. 14.8.2013 n. 93 (così come emendato dalla legge di conversione) che esulano dallo schema prototipico degli atti di violenza determinata da motivi di genere²², possiamo annoverare le statuizioni di cui agli artt. 7 e 8, contenuti nel capo II recante “*Norme in materia di sicurezza per lo sviluppo, di tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica e per la prevenzione e il contrasto di fenomeni di particolare allarme sociale*”. Tali precetti normativi incidono, principalmente, su *figurae criminis* di particolare attualità criminologica, ampliando la varietà casistica delle fattispecie accessorie del delitto di rapina (art. 628 Cp) e di furto (art. 625 Cp). Oltre ai menzionati reati patrimoniali ad aggressione unilaterale, oggetto della riforma in esame è il complesso di circostanze del delitto di ricettazione (art. 648 Cp), nel quale vengono introdotte – per la prima volta – alcune aggravanti speciali, incentrate sulla particolare tipologia del c.d. reato presupposto.

Benché il d.l. 93/2013 manifesti un evidente *favor* nei confronti dello strumento circostanziale²³, esso ha, altresì, determinato – nell’intento di implementare il livello di tutela dell’ordine pubblico e della si-

²² Come abbondantemente sottolineato in precedenza, il presente decreto legge costituisce – stando alla sua intitolazione – un testo legislativo orientato all’adozione di misure volte al contrasto della c.d. violenza di genere, onde rafforzare la tutela offerta ai «*soggetti più deboli*». La repressione di questo fenomeno criminoso attraverso la predisposizione di sanzioni efficaci, nonché commisurate al concreto disvalore proprio di tali vicende, è stato sollecitato – a più riprese – sia dall’Unione Europea sia dalle altre Organizzazioni internazionali, i cui dettami sono confluiti, solo da ultimo, nella Direttiva 2012/29/UE e nella convenzione di Istanbul approvata l’11 maggio 2011 dal Consiglio d’Europa. Benché siffatta convenzione non sia (ancora) stata ratificata da un numero sufficiente di Stati (la convenzione di Istanbul è stata firmata da trentadue Stati, potendo entrare in vigore solo in seguito a dieci ratifiche, otto delle quali devono provenire da Stati membri del Consiglio d’Europa. L’autorizzazione alla ratifica della convenzione di Istanbul, da parte dello Stato italiano, è avvenuta ad opera della l. 27.6.2013 n. 77), il d.l. 14.8.2013 n. 93 potrebbe rappresentare il tentativo di adeguare l’ordinamento italiano alle aspettative europee, con anticipo rispetto all’entrata in vigore del trattato.

Sebbene sia espressamente dedicato al contrasto della violenza di genere, il provvedimento legislativo in esame ha colto l’occasione per incidere su molteplici ed eterogenei istituti – sia sostanziali sia processuali – nei brevi tempi consentiti dalla legislazione d’urgenza, *ex art. 77 Cost.*

L’unica cifra aggregante dell’articolato – distonico rispetto agli altisonanti obiettivi enunciati nel preambolo – è rappresentata da una spiccata finalità deterrente, la quale ha dato luogo a disposizioni difficilmente compatibili con taluni principi fondamentali dell’ordinamento penale.

²³ Per talune riflessioni in merito al d.l. 93/2013 nel suo complesso v. F. Macrì, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in DPP 2014, 11 ss.; v. anche G. Pavich, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in CP 2013, 12, 4314 ss.; Id., *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013. S. Recchione, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: prima lettura*, *ivi*, 2013; nonché in GD 2013 (44), 8 ss.

curezza collettiva – l’espansione del fatto tipico proprio dei reati di cui agli artt. 682 e 260 Cp.

Occorre, tuttavia, stabilire se (e come) i *nova* legislativi in commento possano ritenersi conformi ai principi fondamentali che governano il diritto penale, analizzandone i profili di criticità.

6. L’art. 7 co. 2 d.l. 14.8.2013 n. 93 novella l’art. 628 co. 3 Cp, introducendo due circostanze aggravanti speciali (ad effetto speciale) del delitto di rapina, le quali prevedono un’autonoma cornice edittale (reclusione da quattro anni e sei mesi a venti anni e multa da 1.032 a 3.098 euro).

Il presupposto di applicazione delle *neo*-aggravanti è costituito, rispettivamente, dal *locus commissi delicti* e dalla particolare condizione anagrafica del soggetto passivo del reato: mentre la prima circostanza (inserita nel co. 3-*bis*, introdotto dall’art. 3 co. 27 lett. a) l. 15.7.2009 n. 94) inasprisce il trattamento sanzionatorio del delitto perpetrato «*in luoghi tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*», la seconda (di cui al co. 3-*quinqüies*) coglie il maggior disvalore della rapina commessa «*nei confronti di persona ultrasessantacinquenne*».

Il legislatore d’urgenza (art. 3-*sexies* d.l. 93/2013) aveva predisposto una terza aggravante speciale del reato di cui all’art. 628 Cp, contemplando l’ipotesi della *presenza di un minore* al momento di commissione del fatto. Tale fattispecie circostanziale è stata espunta in sede di conversione, quale conseguenza della diretta modificazione dell’art. 61 Cp, al cui n. 11-*quinqüies* viene previsto l’aumento fino a un terzo di pena ove i «*delitti non colposi contro la vita e l’incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all’art. 572 c.p.*» vengano realizzati al cospetto e/o ai danni di minori (o in pregiudizio di persona in stato di gravidanza²⁴). Ciò nonostante, la nuova aggravante comune non sarà applicabile al reato di rapina, in ragione del suo inquadramento sistematico. Infatti, benché presenti un’oggettività giuridica “bivalente” – tutelando non soltanto il patrimonio ma anche la libertà morale e/o l’integrità psico-fisica della vittima – quello previsto all’art. 628 Cp è considerato, a tutti gli effetti, un delitto patrimoniale²⁵.

Le due fattispecie accessorie “sopravvissute” agli emendamenti della legge di conversione, non possono propriamente dirsi di nuovo conio, rappresentando una mera specificazione delle ipotesi di ‘minorata difesa’ già contemplate dall’art. 61 n. 5 Cp – così come riformato dall’art.

²⁴ La scelta di introdurre un’aggravante relativa ad un novero di reati maggiormente ampio ed accumulato dalla base violenta della condotta, ha trovato ispirazione nell’art. 46 della Convenzione di Istanbul, in tema di c.d. violenza assistita.

²⁵ Cfr., *ex multis*, F. Macrì in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Parte speciale*, X, *I delitti contro il patrimonio*, Torino 2011, 175, per cui «è solo attraverso l’offesa patrimoniale consistente nell’attacco all’altrui possesso di cosa mobile che la violenza alla persona assume quel significato che dà al delitto di rapina la sua ragione di esistenza autonoma». Sul punto (in senso contrario alla natura plurioffensiva del reato di rapina) v. anche D. Brunelli, voce “*Rapina*”, in *DigDPen*, XI, Torino 1996, 18 ss.

3 co. 27 lett. a l. 15.7.2009 n. 94 (c.d. pacchetto sicurezza 2009) – il quale incrementa la pena base del reato ove l'agente abbia «*profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*».

7. (*Segue*). Il co. 3-*bis* dell'art. 628 Cp è stato introdotto dall'art. 3 co. 27 lett. a l. 15.7.2009 n. 94, il quale – tramite il richiamo all'art. 624-*bis* Cp – ha previsto un inasprimento sanzionatorio laddove il reato di rapina venga commesso in un «*edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa*». Tale novella ha offerto una risposta sanzionatoria adeguata al tasso di disvalore espresso da una particolare – nonché diffusa – casistica di rapine, in cui l'offesa tipica è acuita dalla violazione della sfera privata (*melius*: vita domestica) che il soggetto passivo è costretto a subire. L'introduzione di un'aggravante *ad hoc* consente di applicare una pena sensibilmente superiore (reclusione fino a vent'anni) rispetto al concorso fra i reati di cui agli artt. 628 e 614 Cp²⁶.

Il d.l. 93/2013 – in continuità con la direttrice politico-criminale adottata dal legislatore del 2009 – aggiunge un inciso al co. 3-*bis*, estendendo il novero dei siti rilevanti ai fini dell'aumento di pena ai «*luoghi tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*». Siffatta operazione di "ortopedia" giuridica soggiace ad una logica eminentemente dissuasiva, finalizzata alla repressione del crescente fenomeno dei cc.dd. *furti violenti* che – soprattutto quando realizzati in contesti di maggiore vulnerabilità della vittima – incidono sensibilmente sul livello di sicurezza urbana, destando un particolare allarme sociale.

Il profilo di maggior disvalore sotteso alla fattispecie accessoria introdotta dall'art. 7 co. 2 lett. a d.l. 14.8.2013 n. 93 è incentrato sul luogo di commissione del reato, seppur inteso in un'ottica funzionale rispetto alla reazione difensiva della persona offesa (o delle Forze dell'Ordine) la quale – in ragione delle peculiarità del contesto prescelto dal *reo* – deve risultare ostruita.

Al fine di determinare i connotati tipici della circostanza introdotta dal legislatore del 2013, alla luce delle evidenti affinità semantiche con l'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 5 Cp., pare opportuno fare riferimento agli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sviluppatisi in merito a quest'ultima. In particolare, per quanto attiene al "grado" di vulnerabilità necessario per la contestazione della circostanza *de qua*, la difesa della vittima dovrà risultare ostacolata, ancorché non sia necessaria la sua totale neutralizzazione²⁷.

²⁶ Sulla valenza dell'aggravante *de qua* v. A. Gargani, in AA.VV., *Commento al "pacchetto sicurezza"*. L. 15 luglio 2009, n. 94, a cura di A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici, G.A. De Francesco, Torino 2011, 417 s.; v. anche F. Macrì, *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 213 s., in cui si rileva come l'aggravante di cui all'art. 628 co. 3 n. 3-*bis* Cp primo inciso, trova applicazione – a differenza dell'art. 614 Cp – indipendentemente dal consenso del titolare dello *ius excludendi* in merito alla permanenza e/o ingresso nel proprio domicilio.

²⁷ V. *ex multis* Cass. 22.3.86 in CP 1987, 1885 ss.; Cass. 7.1.88, *ivi*, 89, 1455 ss.

Per quanto riguarda, invece, l'individuazione dei *luoghi* che, per le loro qualità intrinseche ed estrinseche, si rivelano idonei ad infondere allo scenario del reato una capacità ostativa rispetto alla difesa del soggetto passivo, il diritto vivente ha tradizionalmente interpretato tale elemento extrapenale in senso lato, dilatando notevolmente l'ambito di applicazione della circostanza²⁸.

Nonostante il contenuto tipico del nuovo fattore aggravante -di cui all'art. 628 co. 3 n. 3-*bis* Cp, ultimo inciso- possa sembrare simmetrico rispetto al disposto dell'art. 61 n. 5 Cp, a ben guardare emergono differenze di non poco momento e irriducibili alle diverse ricadute in merito all'entità dell'inasprimento sanzionatorio. In particolare, fra gli elementi della circostanza speciale di nuovo conio non compare il requisito dell'*"approfittamento"*, richiesto invece dall'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 5 Cp. Tale lemma ha rappresentato il perno ermeneutico di quella parte di dottrina e giurisprudenza volta ad espungere la fattispecie accessoria di cui all'art. 61 n. 5 Cp dal novero delle circostanze oggettive, onde delimitarne la portata applicativa²⁹. Da tale angolo visuale, al fine di applicare l'inasprimento di pena, occorrerà fornire la prova in merito all'intenzionalità con cui l'agente ha tratto vantaggio dalla situazione di minorata difesa, la quale dovrà risultare da lui conosciuta. È proprio siffatto *quid* psicologico - ad avviso dei sostenitori della natura soggettiva della circostanza in oggetto - ad esprimere il maggior grado di rimproverabilità del *reo*, giustificando la diversa graduazione del trattamento sanzionatorio.

Per converso, in assenza di ogni riferimento al termine "profittare" la fattispecie circostanziale introdotta nel 2013, può essere ricondotta al *genus* delle aggravanti oggettive ex art. 70 co. 1 n. 1 Cp (in quanto relativa alle modalità dell'azione criminosa). Di conseguenza, ai fini dell'applicazione dell'elemento accessorio di cui trattasi, sarà (necessario e) sufficiente che il fatto tipico sia compiutamente realizzato in un contesto delittuoso che, per le sue caratteristiche, abbia scemato le possibilità di una difesa pubblica e/o privata³⁰.

Infine, in ragione dell'affinità tipica e contiguità sistematica delle aggravanti speciali della rapina che "convivono" in seno al co. 3-*bis* dell'art. 628 Cp - l'una introdotta dalla l. 94/2009 e, l'altra dal d.l. 93/2013 -

²⁸ Ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 Cp, infatti, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente che il sito in cui il reato viene commesso sia un «luogo isolato» (v. T. Napoli 6.11.2009 in www.leggiditalia.it); T. Rovereto, 11.3.2010, in www.dejuregionuffrè.it.

²⁹ Depongono in favore della natura oggettiva dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 Cp F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*³, Padova 2009, 398. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano 2003, 466 ss.; in giurisprudenza v. Cass. 18.5.1984 n. 3064 in *RP* 1985, 66 ss.; Cass. 30.11.96, in *CP* 1999, 499 ss., con nota di M.C. Bisacci; Cass. 2.12.2010 n. 712 in *CEDCass*; Cass. 24.11.2010, n. 1319, in *CEDCass*; Militano, invece, per la natura soggettiva G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte generale*⁴, Bologna 2007, 215.

V. anche T. Padovani, voce "Circostanze del reato", in *DigDPen* II, Torino 1988, 218 per cui «il ricorso alla locuzione 'profittare' denota che il reo abbia consapevolmente sfruttato la situazione» tuttavia, la necessità di tale connotato psichico «non è incompatibile con il carattere obiettivo della circostanza stessa a norma dell'art. 70 c.p.».

se ne rende necessario il confronto logico-strutturale. In particolare, fra le due fattispecie accessorie intercorre una relazione di specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta: il primo inciso del n. 3-*bis* risulta specifico rispetto alla tipologia e natura dei luoghi menzionati mentre, il secondo, si rivela speciale per aggiunta in quanto richiede l'effettiva compressione della difesa pubblica o privata (a separare le due circostanze infatti vi è "o" e non "o altri").

8. (*Segue*). L'art. 7 co. 2 lett. *b* d.l. 14.8.2013 n. 93 introduce un'ulteriore fattispecie accessoria del delitto di rapina (art. 628 co. 3, n. 3-*quinquies* Cp), aggravando il trattamento sanzionatorio (reclusione da quattro anni e sei mesi a venti anni e della multa da 1.032 a 3.098 euro), nei casi in cui il reato sia perpetrato nei confronti di un soggetto ultrasessantacinquenne.

L'attribuzione all'età della persona offesa di una valenza aggravante della pena, si rivela perfettamente in linea con la *ratio* dominante l'intero testo legislativo, ossia quella di inasprire – perseguendo una finalità eminentemente deterrente – la sanzione inflitta a fronte di taluni comportamenti 'violenti' perpetrati ai danni di individui posti in una situazione di inferiorità psico-fisica³¹. In questa categoria di "soggetti più deboli" rientrano, a pieno titolo, gli "esponenti della terza età", vale a dire le persone fisiche che – alla luce dei principali studi demografici, a cui la novella in commento si è evidentemente uniformata – abbiano compiuto sessantacinque anni³². In particolare, l'elevato potenziale vittimologico connesso alla senilità, può acuire il tasso di disvalore manifestato dai fenomeni criminali commessi ai danni degli anziani, anche in ragione delle più gravi ripercussioni (psicologiche e fisiche) che la condotta delittuosa può provocare nei confronti di un individuo in età avanzata. Pertanto, la giustificazione di un inasprimento di pena nel caso in cui l'offesa tipica riguardi un anziano, trova la sua ragion d'essere – più che nella maggiore rimproverabilità del *reo* – nella spiccata offensività che permea l'illecito penale³³.

³⁰ Se l'aggravante introdotta all'art. 628 co. 3 n. 3-*bis* Cp dal d.l. 14.8.2013 n. 93 costituisce una circostanza oggettiva, per converso, la minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 Cp è stata tendenzialmente interpretata dalla giurisprudenza quale circostanza soggettiva; sul tema v. A. Gargani, *op. cit.*, 411 ss.

³¹ L'introduzione di un inasprimento sanzionatorio nei confronti della rapina qualificata dall'aver commesso il fatto in danno di soggetto 'anziano', era stata suggerita anche dal d.d.l. Mazzuca presentato alla Camera il 1° giugno 1994 (consultabile sul sito www.camera.it) il quale – all'art. 5 – proponeva che all'art. 628 co. 3 Cp fosse aggiunto il n. 3-*bis*, il quale avrebbe dovuto comportare un aumento di metà della pena ove il reato fosse commesso «con violenza o minaccia nei confronti di persona anziana».

³² Preme evidenziare, peraltro, come il *genus* "anziani" sia una categoria eterogenea all'interno della quale rientrano i concetti di "terza" "quarta" e "quinta" età; su tali distinzioni v., *ex multis*, M. Tognetti Bordogna, *I grandi anziani tra definizione sociale e salute*, Milano 2007.

³³ Sul tema v. P. Cipolla, *L'anziano vittima dei reati patrimoniali*, in *GM* 2011, 3019 ss.

Per quel che concerne la rilevanza della condizione anagrafica della vittima, l'art. 1 co. 7 l. 15.7.2009 n. 94 ha inserito un espresso riferimento in seno alle ipotesi (comuni) di minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 Cp – richiamato nel complesso delle circostanze speciali della truffa ex art. 640 co. 2 n. 2-bis Cp³⁴ – prevedendo un aggravamento sanzionatorio per aver «*profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*». Tuttavia, la dottrina maggioritaria³⁵ e parte della giurisprudenza³⁶ ritengono che la novella del 2009 sia sfornita di una reale valenza innovativa³⁷, ben potendo l'età (senile) del soggetto passivo rilevare anche in forza della previgente formulazione dell'art. 61 n. 5 Cp³⁸ (quale 'circostanza di persona')³⁹.

La nuova fattispecie accessoria speciale inserita dal d.l. in commento non si limita a "replicare" il contenuto tipico della già esistente ipotesi di minorata difesa, introducendo alcune novità sostanziali. Invero, ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 Cp, si rivela essenziale procedere ad un accertamento 'bifasico': da un lato, è necessario che il dato formale della senescenza sia accompagnato da un effettivo decadimento delle capacità psico-fisiche del soggetto passivo e, da un altro lato, tale stato di inferiorità cognitiva e/o fisica dell'offeso, deve – in concreto – aver agevolato il compimento dell'*iter criminis*⁴⁰. Per converso, nella nuova circostanza di cui all'art. 628 co. 3 n. 3-*quinquies*

³⁴ Sul tema v. A. Gargani, *op. cit.*; S. Turchetti, *Truffa aggravata dall'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*, in AA.VV., *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta, Milano 2010, 220 ss.

³⁵ F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Padova 2007, 398; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 666 ss.; A. Della Bella, in AA.VV., *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino 2010, 205 ss.

In senso contrario v. G. Marinucci - E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano 2009, 483, i quali attribuiscono alla riforma del 2009 in merito all'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 5 Cp una effettiva capacità innovatrice.

³⁶ Cfr. Cass. 3.4.2008, n. 19725, inedita; Cass. 17.9.2008 n. 39023, in *FI* 2009, II, 260 ss.; Cass. 12.10.2007 in *GD* 2007 (48), 94 ss.; Cass. 21.6.1983, in *RP* 1984, 802 ss.; T. Genova, 30.3.2005, in cui – avuto riguardo delle concrete modalità di esecuzione del fatto criminoso e delle condizioni psico-fisiche della vittima – viene applicata l'aggravante prevista dall'art. 61 n. 5 in caso di reato commesso ai danni di un sessantunenne.

³⁷ Cfr. P. Pisa, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata mini-riforma*, in *DPP* 2009, p. 7 ss.; A. Della Bella, *L'ultimo atto del "Pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *CM* 2009, 711 ss.

³⁸ Cfr. Cass. 17.5.1966 n. 102808; Cass. 30.3.1994 in www.dejuregiuffrè.it.

³⁹ Per un'analisi in merito alla rilevanza dell'età senile sui reati a tutela del bene giuridico patrimoniale v. P. Cipolla, *Lanziano vittima dei reati patrimoniali*, cit.

⁴⁰ V. Cass. 11.12.2013 n. 1759 in *DG online*, per cui «*in tema di minorata difesa, l'età non può di per sé costituire condizione autosufficiente ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 5, c.p., dovendo essere accompagnata da fenomeni di decadimento o di indebolimento delle facoltà mentali o da ulteriori condizioni personali, quali il basso livello culturale del soggetto passivo, che determinano un diminuito apprezzamento critico della realtà, favorendo la contribuzione del reato. L'età matura non è dunque condizione sufficiente per ritenere l'aggravante; si richiede, al contrario, un decadimento fisico che abbia favorito la commissione del reato*». nello stesso senso Cass.

Cp, il riscontro di tali elementi non rientra tra i presupposti applicativi dell'aggravante, rilevando unicamente il dato formale dell'età del titolare del bene giuridico protetto.

Attraverso l'art. 7 co. 2 lett. b d.l. 14.8.2013 n. 93, il legislatore ha forgiato una disposizione che solleva alcune perplessità: in primo luogo, attribuendo rilevanza ad un dato 'convenzionale' e meramente quantitativo, il d.l. 93/2013 ha dato vita ad una presunzione (assoluta) di minorata difesa in capo a tutti quei soggetti che abbiano superato la soglia dei sessantacinque anni, in modo difficilmente compatibile con il principio di uguaglianza⁴¹. In secondo luogo, sul piano politico criminale, la scelta di ancorare l'aumento di pena alla particolare età della persona offesa – prescindendo dall'effettivo peso rivestito dall'età stessa in seno alla dinamica del reato – pone il rischio che siano più gravemente puniti fatti che, valutati nella loro concretezza, potrebbero non esprimere un *quid pluris* di offensività, né una più intensa rimproverabilità dell'agente. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso in cui il rapinato (ultrasessantacinquenne) sia un soggetto anagraficamente più giovane del rapinatore il quale, pur trovandosi in una situazione psico-fisica di svantaggio rispetto alla vittima designata, riesce comunque a portare a compimento la rapina in ragione della propria esperienza nelle attività malavitose; contestare, in una tale ipotesi, la fattispecie accessoria di cui all'art. 628 co. 3 n. 3-*quinquies* Cp, potrebbe dare vita ad un inaccettabile automatismo punitivo, svincolato da qualsivoglia canone di maggior disvalore. In terzo luogo, occorre valutare la compatibilità dei criteri soggettivi di imputazione delle aggravanti (art. 59 co. 2 Cp) con la formulazione impiegata dal legislatore del 2013. In particolare, nei casi *border line*, in cui l'età della persona offesa non si ponga ben al di là della soglia di rilevanza normativamente fissata, sarà arduo stabilire se la detta circostanza sia stata conosciuta (o quanto meno conoscibile) da parte del *reo*, soprattutto in assenza di elementi esteriori tendenzialmente univoci che rendano percepibile la senilità del titolare del bene giuridico. Inoltre, posta l'inapplicabilità dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*quinques* Cp al delitto di rapina (per i motivi anzidetti), la logica adottata nella legge di conversione al fine di selezionare i "soggetti più deboli" la cui offesa determina un trattamento sanzionatorio differenziato, appare di difficile comprensione.

17.5.1966 n. 102808; Cass. 30.3.1994; Cass. 7.10.2010 n. 35997, con nota di S. Corbetta, in *DPP* 2010, 1422 ss, nonché in *CP* 2011,6, 2153 ss., con nota di V. Notargiacomo; Cass. 13.7.2011, n. 38347; Cass. 7.4.2010, n. 15303 in www.dejuregiuffrè.it; Uff. Ind. Prel. Napoli 10.12.2012, *ivi*, per cui, in un caso di tentato omicidio nei confronti della moglie, il giudicante statuisce che «nella fattispecie non ne ricorrono i presupposti, poiché le condizioni di luogo e l'orario notturno furono ininfluenti, essendo il delitto avvenuto nell'abitazione che sia il suo autore che la vittima ben conoscevano ed anche l'età della vittima – di nove anni meno anziana dell'aggressore – non ebbe alcun rilievo nell'agevolare la condotta delittuosa. L'aggravante in parola, deve, pertanto escludersi».

⁴¹ Cfr. Relazione n. III/01/2013 del 22.8.2013 dell'Ufficio del Massimario presso la Corte di Cassazione in www.penalecontemporaneo.it.

Per la necessità di scongiurare un tale automatismo punitivo (anche se in relazione alla riforma del 2009) v. A. Gargani, *op. cit.*; A. Peccioli, *Le modifiche al codice penale (I)*, in *DPP* 2009, 1197 ss.; in senso contrario v. P. Cipolla, *op. cit.*

Non sembra infatti condivisibile – né conforme agli obiettivi enucleati nel preambolo del d.l. 93/2013 – l’attribuzione di espressa valenza aggravante all’età senile, *ut talis*, del soggetto passivo, senza che il medesimo inasprimento venga esteso alla rapina qualificata dalla minore età del titolare del bene giuridico protetto.

In definitiva, benché abbia manifestato il condivisibile intento di valorizzare il ruolo della ‘vittima’ all’interno dell’ordinamento penale, tentando di rafforzare la tutela di una categoria di soggetti maggiormente esposti a condotte criminali, la riforma in esame solleva alcuni dubbi di carattere interpretativo, i quali dovranno essere sciolti attraverso un’interpretazione quanto più scevra da automatismi punitivi. Per converso, attenendosi ad un’esesesi strettamente letterale, il contrasto con taluni presidi garantistici del diritto penale, quali il principio di colpevolezza e di offensività, sarà, verosimilmente, inevitabile.

9. (*Segue*). In ragione dei connotati propri della disciplina sul concorso di circostanze tradizionalmente adottata nell’ordinamento italiano, il legislatore del 2013, al fine di garantire un’effettiva capacità sanzionatoria nei confronti della violenza realizzata ai danni di soggetti deboli, ha inciso sul meccanismo di bilanciamento fra circostanze eterogenee di cui all’art. 69 Cp. Il d.l. 14.8.2013 n. 93 ha infatti annoverato la *neo-circostanza* aggravante di cui all’art. 628 co. 3 n. 3-*bis* Cp fra le cc.dd. *circostanze blindate*. Tali fattispecie accessorie – il cui crescente impiego ha avuto inizio con la normativa antiterrorismo del secolo scorso⁴² – nascono come correttivi alla latitudine dei poteri spettanti al giudice in sede di dosimetria della pena. Le cc.dd. circostanze privilegiate, in forza di una previsione legislativa *ad hoc*, accedono al reato base in via automatica, restando immuni al meccanismo previsto dall’art. 69 Cp. Inoltre, eventuali attenuanti verranno calcolate sul *quantum* di pena risultante dall’applicazione della circostanza sottratta dal bilanciamento. Rappresenta un’eccezione a detta regola, l’attenuante della minore età di cui all’art. 98 co. 1 Cp, la quale – a seguito dell’intervento della Consulta del 1994⁴³ – non può soccombere in caso di sussistenza simultanea con un’aggravante che comporti la pena dell’ergastolo e, in caso di concorso con una o più circostanze blindate, tornerà ad applicarsi il regime ordinario dettato dall’art. 69 Cp. Il particolare “peso” accordato dal d.l. 93/2013, tuttavia, afferisce unicamente alla circostanza introdotta all’art. 628 co. 3 n. 3-*bis* Cp, secondo inciso, in forza del richiamo operato dal quarto comma dell’art. 628 Cp. La nuova aggravante speciale in tema di età della persona offesa (di cui all’art. 7 co. 2 lett. *b* d.l. 14.8.2013 n. 93), per converso, rimane soggetta alla disciplina ordinaria, con conseguente affievolimento delle sue potenzialità applicative.

⁴² Cfr. art. 1 co. 3 d.l. 15.12.79 n. 625, conv. con. modif. l. 6.2.1980 n. 15, in relazione a reati commessi per finalità di terrorismo o eversione dell’ordine costituzionale; per un commento v. G.A. De Francesco, *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980*, n. 15, in *LP* 1981, 35 ss.

⁴³ Cfr. C. Cost. 28.4.1994, n. 168, in *GI* 1995, I, 357 ss.

10. Con l'art. 7 co. 3-*bis* (introdotto solo in sede di conversione, nel corso dell'esame referente) e 4 d.l. 14.8.2013 n. 93, il legislatore è intervenuto su due ulteriori figure criminose collocate nel codice penale, in perfetta armonia con il *leit motiv* dell'intera novella.

La prima modificazione (contenuta nel co. 3-*bis*) concerne il delitto di cui all'art. 260 Cp rubricato "introduzione clandestina in luoghi militari e possesso ingiustificato di mezzi di spionaggio". La seconda fattispecie novellata (co. 4) è la contravvenzione – di natura espressamente sussidiaria – enucleata dall'art. 682 Cp relativa all'"ingresso arbitrario in luoghi, ove l'accesso è vietato nell'interesse militare dello stato". Con tali *figurae criminis*, prima della riforma in commento, era sanzionata – sia pur attraverso diverse modalità – l'intrusione all'interno di determinati luoghi, il cui accesso risulta vietato esclusivamente per motivi di carattere militare.

Le analogie strutturali fra le due norme incriminatrici sono plurime: *in primis*, si rivelano entrambe poste a presidio del bene giuridico dell'*interesse militare dello stato*⁴⁴; *in secundis*, per quanto attiene alla tecnica di tutela, esse rappresentano reati di pericolo astratto, connotati da una rilevante anticipazione della soglia di punibilità. Inoltre, sia la contravvenzione di cui all'art. 682 Cp, sia il più grave delitto previsto dall'art. 260 Cp, richiedono lo stesso presupposto, ossia la sussistenza di un (legittimo) provvedimento di divieto di accesso emanato dall'Autorità competente⁴⁵. L'unica differenza morfologica fra le due fattispecie si apprezza in ordine alla modalità di esecuzione della condotta; l'art. 260 n. 1 Cp, infatti, quale delitto a forma vincolata, postula che l'abusivo ingresso all'interno dei luoghi indicati avvenga "clandestinamente" ovvero "con inganno"; tale requisito modale di offesa, per converso, non è richiesto ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 682 Cp.

Oltre a sanzionare la condotta di semplice "introduzione" nei modi e nei luoghi vietati dalla norma, peraltro, l'ipotesi delittuosa prende in considerazione l'ingiustificata detenzione, in prossimità dei luoghi normativamente individuati, di mezzi idonei a commettere i delitti di spionaggio di cui agli artt. 256, 257, 258 Cp, nonché il possesso ingiustificato di documenti o "qualsiasi altra cosa" atta a fornire notizie concernenti la sicurezza dello Stato. Tant'è che la fattispecie di cui all'art. 260 Cp viene comunemente denominata "spionaggio indiziario", tutelando anticipatamente l'interesse dello Stato ad evitare la potenziale divulgazione di notizie concernenti la sicurezza militare del paese⁴⁶ e reprimendo gli atti meramente preparatori – idonei ma *non* univoci – rispetto ai veri e propri delitti di spionaggio. In ragione di tali connotati tipologici, la *figura*

⁴⁴ V. Cass. 19.2.2004 n. 9618 in *RP* 2004, 633 ss. che non ha ritenuto un poligono di tiro un luogo idoneo per la configurazione del reato di cui all'art. 682 Cp in quanto non finalizzato a tutelare l'interesse militare dello Stato.

⁴⁵ V. *ex multis* Cass. 16.1.1997, in *CP* 1998 812 ss.; Cass. 26.9.1996, in *CP* 1997, 2448 ss.; Cass. 6.5.1996, in *CP* 1996, 3661 ss.

⁴⁶ Cfr. G. Fiandaca - E. Musco *Diritto penale, Parte speciale*, I, IV ed., Bologna 2007, 78; Cass. 22.11.65; in *GP* 1966. 1039 ss.

criminis in oggetto è stata considerata come “reato di sospetto”, con dubbi di compatibilità costituzionale⁴⁷.

L'art. 7 co. 4 d.l. 93/2013 rende applicabili le sanzioni previste dall'art. 682 Cp nei confronti di chiunque si introduca abusivamente in «*immobili adibiti a sedi di ufficio, di reparto o a deposito di materiali dell'amministrazione della pubblica sicurezza, il cui accesso è vietato per ragioni di sicurezza pubblica*»; in sede di conversione, anche il reato di cui all'art. 260 Cp – in entrambe le sue declinazioni – viene esteso ai luoghi pocanzi individuati. Tale intervento, a mente della relazione illustrativa del Governo al d.d.l. di conversione, sarebbe volto a coordinare la normativa vigente con la riforma del segreto di Stato – avvenuta ad opera della l. 3.8.2007 n. 124 e dei relativi regolamenti attuativi – colmando, così, «*un vuoto di tutela della riservatezza dei luoghi dell'amministrazione della pubblica sicurezza, in primis, della Polizia di Stato, che ha suscitato problemi di carattere interpretativo*»⁴⁸. L'art. 6 d.P.C.M. 12.6.2009 n. 7, ha infatti definito «*luoghi di interesse per la sicurezza della Repubblica*» anche le «*strutture delle amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato e di polizia*», assoggettando tali stabili ad un regime di accesso limitato e modulato attraverso diversi gradi di segretezza⁴⁹.

Quello del 2013, peraltro, non è stato il primo intervento legislativo volto ad estendere il novero dei luoghi in cui l'ingresso non autorizzato dalle competenti Autorità assuma rilevanza penale: si pensi, ad es., all'art. 2 co. 5 d.l. 23.5.2008 n. 90 conv. l. 14.7.2008 n. 123 (recante “*misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti in Campania*”) il quale ha esteso le sanzioni di cui all'art. 682 Cp nei confronti di «*chiunque si introduc[a] abusivamente nelle aree di interesse strategico nazionale ovvero impedisc[a] o rend[a] più difficoltoso l'accesso autorizzato alle aree medesime*». Analoga dilatazione è stata realizzata dalla legge di stabilità 2012 (l. 12.11.2011, n. 183), il cui art. 19 co. 2 (rubricato “*interventi per la realizzazione del corridoio Torino-Lione e del Tunnel del Tenda*”) ha previsto che «*chiunque si introduce abusivamente nelle aree di interesse strategico nazionale di cui al comma 1 ovvero impedisce o ostacola l'accesso autorizzato alle aree medesime è punito a norma dell'articolo 682 del codice penale*».

Con la novella in commento, pertanto, è stata modificata non soltanto l'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 682 Cp, ma anche il più grave delitto previsto dall'art. 260 Cp, in ossequio all'esigenza di sicurezza pubblica in ordine a luoghi e informazioni considerate particolarmente sensibili e bisognose di una specifica tutela (penale).

⁴⁷ Cfr. G. Fiandaca - E. Musco, cit., 77.

⁴⁸ Così, testualmente, la Relazione illustrativa del Governo al d.d.l. di conversione del decreto legge, consultabile sul sito www.giustizia.it.

⁴⁹ Sulla l. 124/2007 v., *ex multis*, A. Massera - M. Simoncini, *La tutela amministrativa del segreto di stato e delle informazioni classificate*, in *GDA* 2012, 362 ss.

Art. 7-bis

Operazioni congiunte nell'ambito di accordi internazionali di polizia

1. Agli appartenenti agli organi di polizia degli Stati membri dell'Unione europea e degli altri Stati esteri, distaccati dalle autorità competenti, che partecipano nel territorio nazionale ad operazioni congiunte disposte sulla base e secondo le modalità indicate da accordi internazionali di cooperazione di polizia sono attribuite le funzioni di ufficiale o agente di pubblica sicurezza e di ufficiale o agente di polizia giudiziaria secondo quanto previsto dalla normativa nazionale e dai medesimi accordi.

2. Fatte salve diverse disposizioni contenute nei trattati internazionali ratificati dall'Italia, nei casi contemplati dagli accordi di cui al comma 1, l'uso delle armi di servizio e del relativo munizionamento, che siano stati preventivamente autorizzati dallo Stato, è consentito unicamente in caso di legittima di-

fesa secondo quanto previsto dalla normativa nazionale. Nei medesimi casi, ai veicoli utilizzati nel territorio nazionale dal personale di cui al comma 1 si applicano le stesse norme nazionali in materia di circolazione stradale previste per l'espletamento dei servizi di polizia, comprese quelle concernenti le prerogative di impiego di dispositivi sonori e luminosi e di passaggio ai pedaggi.

3. Fatte salve diverse disposizioni contenute nei trattati internazionali ratificati dall'Italia, la responsabilità civile e penale degli appartenenti agli organi di polizia degli Stati membri dell'Unione europea e degli altri Stati esteri che operano nel territorio nazionale ai sensi del comma 2 è regolata dagli accordi di cooperazione di cui al medesimo comma e, in mancanza, dalla normativa nazionale.

Verso una prospettiva di disciplina delle squadre investigative comuni?

Commento di ANDREA CABIALE

SOMMARIO: 1. La genesi della disposizione. – 2. Le squadre investigative comuni nel panorama internazionale – 3. Il difficile cammino verso l'introduzione nell'ordinamento italiano. – 4. Il deludente contenuto dell'art. 7-bis. – 5. Nuove speranze nell'attuale legislatura.

1. L'art. 7-bis rappresenta una disposizione piuttosto anomala all'interno del d.l. 93/2013: inizialmente assente nel testo del provvedimento, è stato infatti inserito durante l'esame del disegno di legge di

conversione, da parte delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia¹; in sede di discussione alla Camera, alcuni deputati ne avevano poi chiesto la soppressione, ritenendolo «inopinatamente introdotto [...] senza un'adeguata discussione e senza chiarirne effettivamente le implicazioni»².

Qualche indicazione sulla sua *ratio* è tuttavia reperibile nei *dossiers* redatti dai Servizi studio di Camera³ e Senato⁴: la novella mirerebbe a «disciplinare lo *status*, l'uso delle armi e la responsabilità civile e penale degli appartenenti ad organi di polizia, anche di paesi dell'Unione europea, che si trovino ad operare sul territorio italiano, in base ad accordi internazionali» e, «pur senza affermarlo esplicitamente», costituirebbe «una prima parziale attuazione alla decisione quadro n. 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sull'istituzione delle squadre investigative comuni sopranazionali»⁵.

2. In quest'ottica, il contenuto della disposizione in commento appare subito più chiaro e sembra l'ennesimo tentativo di aprire la via per l'adozione – all'interno del nostro ordinamento – di una analitica regolamentazione delle “squadre investigative comuni”.

Tale ben noto strumento processuale consente di creare «unità operative, formate da investigatori appartenenti a diversi Stati», chiamati a svolgere la propria attività «senza incontrare il limite rappresentato dai confini nazionali»⁶; si tratta, dunque, in linea generale, di un «fenomeno di conduzione congiunta di indagini transfrontaliere», che consente la «successiva messa in comune del materiale probatorio acquisito»⁷.

Oltre a rappresentare una valida «alternativa alla classica commissione rogatoria»⁸, la squadra investigativa comune pare quindi una delle più avanzate “forme miste” di cooperazione giudiziaria e di polizia tuttora esistenti⁹.

¹ Si veda la *Relazione «sulle linee generali del disegno di legge di conversione n. 1540-A», Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n. 90, 3.10.2013, in www.camera.it.

² Si veda il *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n. 93, 9.10.2013, in www.camera.it.

³ Si veda il *Dossier di «documentazione per l'esame in Assemblea»*, n. 60/1, 2.10.2013, in www.camera.it.

⁴ Si veda il *Dossier del Servizio studi sull'A.S. n. 1079*, ottobre 2013, n. 64, in www.senato.it.

⁵ Così si legge nel *Dossier di «documentazione per l'esame in Assemblea»*, n. 60/1, cit.

⁶ Così si esprime A. Scella, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in *QuestG* 2010 (5), 138.

⁷ Così, testualmente, A. Mangiaracina, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *CP* 2004, 2190.

⁸ Si veda ancora A. Mangiaracina, *op. cit.*, 2190; nello stesso senso, A. Iannuzzi, *La cooperazione tra le autorità di polizia*, in AA.VV., «Spazio europeo di giustizia» e *procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, a cura di L. Kalb, Torino 2012, 178; G. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in *Prova penale e unione europea*, Bologna 2009, 102-103.

⁹ In questo senso, si vedano A. Iannuzzi, *op. cit.*, 177; Z. Secchi, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *DocG* 2000, 1120; F. Spiezia, *Le linee evolutive*

La comunità internazionale si occupa di questo tema ormai da diversi anni, sebbene laboratorio privilegiato resti indubbiamente l'Unione Europea.

I primi tentativi di agevolare l'attività degli organi di polizia al di fuori dello Stato di appartenenza risalgono infatti alla convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che consente agli operatori di polizia di "osservare" una persona, anche nel territorio di un altro Stato contraente (art. 40), oppure di ivi inseguirla, se colta in flagranza di reato (art. 41)¹⁰.

Acquisita però la consapevolezza che «un conto è permettere occasionali sconfinamenti da parte delle forze di polizia del Paese limitrofo, altro conto è creare i presupposti affinché alcune investigazioni siano svolte in modo congiunto»¹¹, già nel trattato di Amsterdam (1997) e nel Consiglio europeo di Tampere (15 ottobre 1999), si ipotizzò esplicitamente l'istituzione di unità miste di investigazione¹².

Il dibattito assunse poi definitiva concretezza, poco dopo, con la stipula della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea¹³, che disciplina capillarmente la formazione delle squadre investigative comuni, nonché i poteri e la responsabilità dei suoi componenti (artt. 13-16)¹⁴.

In attesa che tale convenzione venisse ratificata, gli articoli relativi alle squadre investigative comuni – a esclusione dell'art. 14 – sono stati riproposti nella già citata decisione quadro 2002/465/GAI, per dotarli di una sorta di efficacia anticipata¹⁵.

Infine, la raccomandazione del Consiglio, 8.05.2003, ha fornito un modello di accordo per la costituzione delle squadre¹⁶ e la facoltà di promuoverne la formazione è stata estesa anche a *Europol* ed *Eurojust*¹⁷.

della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo, in E. Aprile, F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano 2009, 197.

¹⁰ Per approfondire il contenuto di questi due istituti, si veda E. Aprile, *Nuovi strumenti e tecniche investigative nell'ambito U.E.: intercettazioni all'estero, operazioni di polizia oltre frontiera, attività sotto copertura e videoconferenze con l'estero*, in CP 2009, 447-449; C.M. Paolucci, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino 2011, 474-475.

¹¹ Così si esprime A. Scella, *op. cit.*, 138.

¹² Si vedano A. Scella, *op. cit.*, 139; A. Vitale, *Le squadre investigative comuni*, in AA.VV., *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di L. Filippi, P. Gualtieri, P. Moscarini, A. Scalfati, Padova 2010, 69.

¹³ Il testo della Convenzione può essere letto in D&G 2000 (22), 64-74.

¹⁴ Per una analitica illustrazione dei contenuti della Convenzione, relativi alle squadre investigative comuni, si vedano G. Iuzzolino, *Le squadre investigative*, in *Squadre investigative e arresto europeo. Gli strumenti per la consegna 'non estradizionale'*, *Insero speciale*, in D&G 2003 (15), X-XII; F. Spiezia, *op. cit.*, 199-204; A. Vitale, *op. cit.*, 70-79.

¹⁵ Si veda F. Spiezia, *op. cit.*, 198.

¹⁶ In merito a questo provvedimento, si veda *Verso la costituzione di squadre investigative comuni*, *Osservatorio non giurisdizionale*, a cura di A. Saccucci, in DPP 2003, 1050-1051.

¹⁷ Si vedano gli artt. 6 e 7 della decisione 2002/187/GAI del 28.2.2002, istitutiva di *Eurojust*, e la decisione 2009/371/GAI del 6.4.2009, per quanto riguarda invece

Attualmente, in ambito europeo, la squadra investigativa comune sembra ormai rappresentare un metodo diffuso di indagine, che coinvolge pubblici ministeri, magistrati e ufficiali di polizia giudiziaria di diversi Paesi membri¹⁸. Nel 2011, infatti, grazie al coordinamento di *Eurojust*, presso cui è stato istituito il Segretariato della rete delle squadre investigative comuni, sono stati formati 33 nuclei di investigazione misti, a conferma «della migliore conoscenza che le autorità nazionali hanno di questo strumento e della loro propensione ad avvalersene in misura sempre maggiore nello svolgimento della propria attività operativa»¹⁹.

Insomma, l'Unione europea ha predisposto adeguati strumenti normativi e gli Stati membri, percependo l'importanza del nuovo istituto cooperativo, ne hanno sfruttato le potenzialità²⁰.

3. Come inizialmente si accennava, la situazione italiana è, all'opposto, assolutamente desolante: la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale non è mai stata ratificata, né la nostra legislazione si è mai adeguata alla decisione quadro 2002/465/GAI.

Nei già richiamati dossier dei Servizi studio di Camera e Senato, si afferma piuttosto laconicamente che «anche nella scorsa legislatura [XVI], dopo aver tentato di operare in tal senso anche in XV e XIV legislatura, la Camera ha avviato l'esame dell'A.C. 4262, già approvato dal Senato, che prevedeva l'istituzione di squadre investigative comuni sovranazionali, in attuazione della decisione quadro n. 2002/465/GAI [...] Il provvedimento non ha mai concluso l'*iter*»²¹.

In effetti, nel corso degli anni, questo tema è stato affrontato da diversi disegni di legge, che però sono sempre decaduti, senza mai giungere a un approdo definitivo²².

La motivazione di questi numerosi e costanti fallimenti – a prima vista – non pare facilmente comprensibile.

L'Italia, infatti, ha ratificato diversi accordi internazionali, nei quali esplicitamente si prevede la possibilità di costituire nuclei investigativi comuni²³.

Europol. Per approfondimenti, si vedano D. Manzione, *EUROJUST e squadre investigative comuni*, in *LP* 2002, 973; F. Spiezia, *op. cit.*, 198; A. Vitale, *op. cit.*, 70-73.

¹⁸ In questo senso, A. Chmielinski Bigazzi, *Il rapporto 2011 e il Piano strategico per il triennio 2012-2014 di EUROJUST: tra bilancio e prospettive future*, in *www.penalcontemporaneo.it*.

¹⁹ Si veda ancora la *Relazione annuale 2011 di Eurojust*, cit., 39.

²⁰ Si può ancora ricordare che, in base all'attuale art. 89 TFUE, «il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, stabilisce le condizioni e i limiti entro i quali le autorità competenti degli Stati membri di cui agli articoli 82 e 87 possono operare nel territorio di un altro Stato membro in collegamento e d'intesa con le autorità di quest'ultimo».

²¹ Così si legge nel *Dossier del Servizio studi sull'A.S. n. 1079*, cit.

²² Per un quadro completo dei disegni di legge presentati durante la XIV, XV e la XVI legislatura, si veda A. Vitale, *op. cit.*, 82-88.

²³ Per ulteriori approfondimenti, si veda F. Spiezia, *op. cit.*, 199.

Ci si riferisce, in primo luogo, all'accordo Italia-Svizzera²⁴ (ratificato con la l. 5.10.2001 n. 367), il cui art. XXI stabilisce che «nell'ambito di fatti oggetto di procedimenti penali in ciascuno dei due Stati, le autorità giudiziarie interessate, eventualmente accompagnate da organi di polizia possono [...] operare congiuntamente in seno a *gruppi d'indagine comuni*»; oppure all'accordo sulla mutua assistenza giudiziaria fra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America (ratificato con la l. 16.3.2009 n. 25) in cui le parti contraenti vengono invitate a prendere «le misure necessarie» per consentire «la costituzione e l'operatività di *squadre investigative comuni* nel rispettivo territorio [...] al fine di agevolare le indagini o azioni penali che coinvolgono uno o più Stati membri e gli Stati Uniti d'America» (art. 5 co. 1).

Inoltre, esortazioni dello stesso tenore si rivengono poi nell'art. 19 della convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale (ratificata con la l. 16.3.2006 n. 146, la quale ben potrebbe essere di per sé considerata base normativa sufficiente per l'istituzione di una squadra investigativa comune con altro Paese che abbia ratificato e trasposto la medesima)²⁵, nonché nell'art. 24 del trattato di Prüm, cui l'Italia ha recentemente aderito (l. 30.6.2009 n. 85).

A questo punto, la mancata adozione dei soli strumenti elaborati in seno all'Unione europea potrebbe allora apparire contraddittoria, o comunque frutto di una mera negligenza, non dettata da particolari ragioni di ostilità, o diffidenza, nei confronti delle squadre investigative comuni²⁶. Tuttavia, a meglio considerare, tutti gli accordi e le convenzioni ratificati dall'Italia hanno soltanto auspicato l'uso di tale forma di cooperazione internazionale; nessuno di essi, però, ne ha previsto un'analitica disciplina.

In altre parole, finora, il legislatore italiano si è limitato ad aderire all'affermazione di principio, secondo cui possono essere formati gruppi d'indagine transnazionale; messo però di fronte all'opportunità di recepire regole concrete (quelle europee), che finalmente ne consentano la concreta costituzione, continua a rimanere inerte.

Ecco allora che l'insuccesso dei disegni di legge approdati in Parlamento assume un'altra foggia e, dietro l'imbarazzante e perdurante inerzia del legislatore, paiono celarsi motivazioni ben più corpose rispetto alla mera noncuranza.

In effetti, i nodi da sciogliere, intorno all'istituzione delle squadre investigative, sono molti e tutt'altro che semplici. È in primo luogo necessario stabilire se il Ministro della giustizia possa interferire nelle de-

²⁴ Per approfondimenti sul contenuto di questo accordo, si veda A. Mangiaracina, *op. cit.*, 2192-2194.

²⁵ Per approfondimenti sulle disposizioni contenute in questa Convenzione in merito alle squadre investigative comuni, si vedano E. Marotta, *La cooperazione di polizia secondo la Convenzione di Palermo*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, a cura di M. Cherif Bassiouni, Milano 2005, 238-239; A. Nunzi, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, *ibidem*, 225.

²⁶ Si veda, in questo senso, A. Scella, *op. cit.*, 141.

cisioni dell'autorità giudiziaria sulla formazione della squadra²⁷ e poi se l'uso di tale strumento di cooperazione debba essere limitato soltanto a certe tipologie di reato²⁸. Altrettanto impegnative paiono le scelte in merito al termine di durata del gruppo investigativo²⁹ e all'utilizzabilità delle prove da esso acquisite³⁰.

Infine, può certamente destare perplessità l'idea che, nell'ambito di indagini comuni, agenti "stranieri" agiscano, all'interno del territorio italiano, sotto copertura, o con falso nome: probabilmente non per caso, mentre la convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale prevede espressamente lo svolgimento congiunto di indagini sotto copertura (art. 14)³¹, tale "delicata" disposizione non è stata riprodotta nella successiva decisione quadro 2002/465/GAI.

In definitiva, le questioni da affrontare sono parecchie e potrebbe essere questa la vera ragione dei molti ritardi del legislatore italiano.

4. All'interno di questo disarmante contesto, l'art. 7-bis pare una goccia nel mare.

Il suo contenuto, infatti, con qualche precisazione aggiuntiva, è molto simile all'art. 21 della già citata l. 85/2009, attuativa del trattato di Prüm, che ha regolato «*Status e poteri dei componenti di operazioni comuni*»³².

La rubrica della disposizione in commento è molto più altisonante («Operazioni congiunte nell'ambito di accordi internazionali di polizia») e sembra preludere a una vera e propria regolamentazione delle squadre investigative comuni.

²⁷ In merito a questo tema, si vedano le considerazioni critiche di G. Melillo, *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, in DPP 2008, 123; A. Vitale, *op. cit.*, 86.

²⁸ Si vedano A. Mangiaracina, *op. cit.*, 2198; G. Melillo, *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, cit., 123; A. Scella, *op. cit.*, 148.

²⁹ C.M. Paolucci, *op. cit.*, 481-485.

³⁰ Per approfondire tale questione, si vedano G. Iuzzolino, *Le squadre investigative comuni*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. La decisione quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano 2006, 58-61; A. Mangiaracina, *op. cit.*, 2199-2200; G. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, cit., 106-111; A. Scella, *op. cit.*, 150-151.

³¹ Per approfondire il contenuto di questa disposizione, si vedano E. Aprile, *op. cit.*, 449-450; G. Barrocu, *Le indagini sotto copertura*, Napoli 2011, 205-209; G. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, cit., 94-100.

³² Tale disposizione stabilisce, al primo comma, che «ai fini dell'attuazione dell'articolo 24 del Trattato, gli appartenenti agli organi di polizia degli altri Stati contraenti che partecipano sul territorio nazionale ad operazioni comuni, distaccati dalle autorità rispettivamente competenti, possono svolgere le funzioni previste dall'atto costitutivo delle unità miste, sottoscritto dall'Autorità di pubblica sicurezza individuata ai sensi dell'articolo 3, nei limiti consentiti dalle disposizioni di legge o di regolamento in vigore nel territorio dello Stato. Agli stessi soggetti, nei medesimi limiti, sono attribuite le funzioni di agente di pubblica sicurezza e di agente di polizia giudiziaria». Il secondo comma invece precisa che «salvo che sia diversamente stabilito dall'atto costitutivo, il porto nel territorio dello Stato delle armi e delle attrezzature di cui all'articolo 28 del Trattato deve essere autorizzato a norma dell'articolo 9 della legge 21 febbraio 1990, n. 36, e successive modificazioni».

Tuttavia, di tali “operazioni congiunte” e del loro svolgimento non si parla affatto, rinviando per la relativa disciplina a generici «accordi internazionali di cooperazione di polizia», o ai «trattati internazionali ratificati dall'Italia»; ci si limita infatti a precisare *status*, poteri e responsabilità di coloro che vi partecipano.

Il co. 1 attribuisce ai membri delle squadre le «funzioni di ufficiale o agente di pubblica sicurezza e di ufficiale o agente di polizia giudiziaria»; il co. 2 disciplina l'uso di armi, veicoli, dispositivi sonori e luminosi e il passaggio ai pedaggi. Infine, l'ultimo comma afferma – del tutto superfluo – che «la responsabilità civile e penale» di tali soggetti è regolata dagli accordi di cooperazione o, in mancanza, dalla normativa nazionale.

In breve, il senso dell'art. 7-bis è il seguente: qualora la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale, o la decisione quadro n. 2002/465/GAI vengano adottate nel nostro ordinamento, gli investigatori “stranieri”, inseriti nelle squadre investigative comuni, saranno equiparati ad agenti e ufficiali di polizia e la loro responsabilità civile e penale sarà regolata secondo quanto stabilito negli atti recepiti, o da eventuali norme interne.

Dopo quasi quindici anni di attesa, la montagna sembra aver partorito il topolino. Pare infatti che il legislatore stia percorrendo il cammino all'inverso, occupandosi prima della meno impegnativa disciplina di dettaglio; in questo modo, paradossalmente, il nostro ordinamento regola la posizione giuridica dei membri delle squadre investigative comuni, ma nessuna norma consente invece di istituirle.

5. Conclusivamente, è bene precisare che un tenue spiraglio di luce proviene da due proposte di legge dell'attuale legislatura, presentate il 1.8.2013 e il 6.2.2014: la prima prevede la ratifica della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale ed è stata assegnata da diversi mesi alle Commissioni riunite II Giustizia e III Affari Esteri; la seconda ricalca invece un disegno di legge, presentato durante la XV legislatura, per l'attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI, ed è stata da poco assegnata alla 2^a Commissione permanente (Giustizia).

Sembra difficile prevedere le sorti di queste due iniziative e nutrire particolare fiducia nel loro successo. Da quest'ultimo punto di vista, però, tenuto conto della *ratio* che sembra averne animato l'introduzione, l'art. 7-bis vale molto più del suo contenuto concreto, testimoniando – quantomeno – che l'interesse legislativo per le squadre investigative comuni resta ancora vivo³³.

³³ Si vedano anche le riflessioni di G. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, cit., 106, che precisa come, in ogni caso, indagini congiunte possano essere compiute anche prescindendo dalla formazione di squadre investigative comuni. L'Autore ricorda come «dopo l'eccidio di Duisburg, nonostante l'impossibilità, per parte italiana di far ricorso all'istituto disciplinato dall'art. 13 della Convenzione UE del 29 maggio 2000, dovuta alla mancanza di ogni ratifica e disciplina di adattamento interno [...], pubblici ministeri italiani e tedeschi hanno comunque lavorato allo stesso tavolo», scambiandosi informazioni, incrociando gli esiti delle attività investigative e ripartendone gli sforzi.

Art. 8

Contrasto al fenomeno dei furti in danno di infrastrutture energetiche e di comunicazione

1. Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 625, primo comma, dopo il numero 7) è inserito il seguente:

«7-bis) se il fatto è commesso su componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica;»;

b) all'articolo 648, primo comma, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La pena è aumentata quando il fatto

riguarda denaro o cose provenienti da delitti di rapina aggravata ai sensi dell'articolo 628, terzo comma, di estorsione aggravata ai sensi dell'articolo 629, secondo comma, ovvero di furto aggravato ai sensi dell'articolo 625, primo comma, n. 7-bis).».

2. All'articolo 380, comma 2, lettera e), del codice di procedura penale, dopo le parole «numeri 2), prima ipotesi, 3) e 5)» sono inserite le seguenti: «, nonché 7-bis)» e dopo la lettera f) è inserita la seguente: «f-bis) delitto di ricettazione, nell'ipotesi aggravata di cui all'articolo 648, primo comma, secondo periodo, del codice penale.».

Le nuove aggravanti del furto e della ricettazione fra automatismi punitivi e istanze garantistiche

Commento di MARIANA PAOLI

SOMMARIO: 1. La nuova aggravante speciale del delitto di furto. – 2. Le modifiche alla disciplina del delitto di ricettazione. – 3. La modifica della misura precautelare dell'arresto obbligatorio in flagranza.

1. L'art. 8 c. 1 lett. a d.l. 14.8.2013 n. 93 novella l'art. 625 Cp, ampliando il (già ipertrofico¹) novero delle circostanze aggravanti speciali

¹ L'esuberanza delle aggravanti del furto (nonché delle circostanze aggravanti in generale) rappresenta una *vexata quaestio* (sul tema v. T. Padovani, *op. cit.*); basti pensare che nel codice Zanardelli (artt. 403-404) le ipotesi aggravatrici del furto erano (addirittura) venti.

Ha parzialmente ridotto il novero delle aggravanti speciali del delitto di furto il pacchetto sicurezza 2001 (art. 2 c. 2 l. 26.3.2001 n. 128) il quale ha elevato le circostanze di “furto con strappo” e “furto in abitazione” ad autonome figure delittuose (di

del reato di furto, tramite l'inserzione del n. 7-bis nell'art. 625 co. 1, il quale prevede la reclusione da uno a sei anni e la multa da 103 a 1.032 euro nel caso in cui oggetto dell'atto predatorio siano «componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica».

Sul piano politico criminale, l'introduzione di tale fattispecie accessoria persegue l'intento di contrastare i ripetuti episodi criminosi dei cc.dd. "furti di rame", la cui consistenza statistica risulta in preoccupante espansione soprattutto a far data dal 2010, anno in cui il prezzo del materiale si è innalzato vertiginosamente (da 4,65 a 6,82 euro/kg). La necessità di reprimere la menzionata prassi criminosa e di arginarne le gravi ricadute² – sia sul piano economico-sociale, sia su quello dell'ordine e della sicurezza pubblica – è avvalorata dall'istituzione – in data 24.2.2012, presso il dipartimento della pubblica sicurezza (direzione della polizia criminale) – di un osservatorio *ad hoc* di durata biennale destinato, principalmente, al monitoraggio del fenomeno e alla pianificazione di adeguate contromisure³. È stato proprio tale organo, governato da una logica ispirata al concetto della c.d. *sicurezza partecipata*⁴ e della *polizia di prossimità*⁵, a proporre una modifica legislativa tesa ad inasprire le sanzioni previste in relazione a siffatta *species* di furto⁶.

Stanti tali premesse, il contenuto tipico della nuova fattispecie circostanziale di cui all'art. 625 n. 7-bis Cp, risulta incentrato sulle particolari qualità dell'oggetto materiale della condotta e, più precisamente, sull'appartenenza dello stesso ad infrastrutture funzionali all'erogazione di servizi pubblici (sistema ferroviario, sistema elettrico etc.). È da escludere che il particolare composto metallico della *res* sottratta sia da solo sufficiente per l'applicazione della circostanza, dovendo sussistere, per converso, il precitato collegamento funzionale con l'erogazione di un servizio pubblico.

cui all'art. 624-bis Cp). A distanza di 8 anni le fattispecie sono state di nuovo incrementate con il c.d. pacchetto sicurezza 2009, il quale ha inserito (agli artt. 625-bis e *ter*) due nuove aggravanti (sul punto v. A. Gargani, *op. cit.*; nonché, in senso critico G. Amarelli, *Il furto aggravato dal mezzo fraudolento: tra offensività e tipicità rinasce il furto semplice?*, in *CP* 2014, 3, 813 ss.).

² A causa del fenomeno in oggetto, nel periodo 2010-2012 Ferrovie dello Stato ha stimato un danno pari a 30 milioni di euro, di cui 12 milioni per gli interventi di ripristino. Rilevante (e preoccupante) si rivela il numero di coloro che restano folgorati mentre nell'atto di sottrazione dei cavi di rame essendo, com'è noto, un ottimo conduttore di elettricità.

³ Il protocollo istitutivo e le attività dell'Osservatorio nazionale sono consultabili sul sito del Ministero dell'interno www.interno.gov.it.

⁴ Con tale lemma si intende la sinergia di organi e soggetti eterogenei – quali cittadini, istituzioni politiche e di polizia – finalizzata al perseguimento dell'obiettivo di incrementare il livello della pubblica sicurezza e della percezione della stessa.

⁵ Tale espressione sta ad indicare un regime di intervento informato ad un'ottica di stampo preventivo.

⁶ Invero, l'Osservatorio nazionale sui furti di rame aveva proposto l'introduzione di una figura autonoma di reato di "furto in danno di infrastrutture destinate all'erogazione di servizi pubblici".

Rimane da chiedersi quali siano i connotati del 'vincolo' fra il materiale sottratto e l'infrastruttura, necessari per l'irrogazione dell'aumento di pena previsto dall'art. 625 co. 1 n. 7-*bis* Cp: in particolare, dovendosi individuare, la *ratio* dell'aggravante di nuovo conio, nell'intento di sanzionare più gravemente il furto realizzatore di un danno (o del pericolo di danno) per la fruizione del servizio pubblico, l'applicazione dovrà essere esclusa nel caso in cui la presenza della *res furtiva* nella sfera di pertinenza di un'infrastruttura normativamente individuata, sia ascrivibile a circostanze occasionali, in difetto di una durevole destinazione all'infrastruttura stessa. Diversamente opinando, verrebbe a mancare quel *quid pluris* di offensività idoneo a giustificare l'inasprimento sanzionatorio.

Tuttavia, l'introduzione della fattispecie accessoria in commento assume una valenza più simbolica che reale in quanto, le condotte di sottrazione e impossessamento di siffatti materiali, potevano ritenersi aggravate ai sensi dell'art. 625 n. 7 Cp, il quale contempla il furto di cose destinate a «*pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza*»⁷. L'unica differenza apprezzabile introdotta dall'art. 8 lett. a d.l. 93/2013 è costituita dall'atteggiarsi del vincolo di destinazione nei confronti dell'erogazione di un servizio pubblico: mentre, nell'art. 625 n. 7 Cp, esso grava *direttamente* sul materiale sottratto, tale legame finalistico, per quanto attiene all'aggravante di nuovo conio, intercorre non già fra la *res furtiva* e l'erogazione del servizio, bensì fra questo e l'infrastruttura dalla quale la cosa viene sottratta. Nonostante il (condivisibile) intento di contenere un fenomeno criminale tendente a una crescente diffusione, difficilmente l'aggravante che qua può dirsi idonea al raggiungimento dello scopo perseguito. La nuova ipotesi di furto presenta un'effettività sanzionatoria limitata: ad essa, infatti, non è stata attribuita la valenza di titolo autonomo di reato – a differenza del 'furto con strappo' e del 'furto in abitazione' di cui all'art. 624-*bis* Cp – né le è stata conferita alcuna posizione di privilegio in sede di bilanciamento di circostanze eterogenee, ben potendo la medesima essere neutralizzata in caso di concorso con altre circostanze attenuanti.

2. Tramite l'art. 8 c. 1. lett. b d.l. 14.8.2013 n. 93 il legislatore introduce nell'art. 648 Cp tre circostanze aggravanti speciali del delitto di ricettazione.

La prima si configura ove il c.d. reato presupposto sia costituito dalla rapina aggravata ai sensi dell'art. 628 co. 3 Cp. Le ragioni politico-criminali sottese a tale scelta legislativa sono riconducibili al maggior disvalore attribuito a siffatte ipotesi delittuose e, di conseguenza, alla perpetuazione della situazione antiggiuridica discendente dalla successiva ricettazione. La seconda aggravante di nuovo conio è integrata laddove la *res* ricettata provenga dal delitto di estorsione aggravato dalla ricorrenza delle medesime situazioni idonee a circostanziare il reato di rapina *ex art.* 628 co. 3 Cp.

⁷ V., *ex plurimis*, Cass. 14.11.2013 n. 6639; App. Perugia, 9.10.2013; T. Bologna 13.3.2010, tutte reperibili in *Dejure*.

In via preliminare, occorre valutare se il rinvio operato dall'art. 629 co. 2 Cp, sia formale ovvero recettizio. Solo nel primo caso, infatti, le aggravanti speciali introdotte dalla l. 15.7.2009 n. 94 e, successivamente, dal d.l. 14.8.2013 n. 93, saranno suscettibili di aggravare il delitto di estorsione e, di conseguenza, quello di ricettazione *ex art.* 648 co. 1 Cp. Come rilevato dalla dottrina pronunziatasi successivamente all'emanazione del pacchetto sicurezza 2009, sarebbe preferibile interpretare il rinvio di cui all'art. 629 Cp come recettizio⁸; ad opera della novella in commento, pertanto, il delitto di ricettazione potrà risultare aggravato solo ove il reato presupposto coincida con l'estorsione aggravata dalla sussistenza di taluna delle situazioni descritte nella "originaria" formulazione dell'art. 628 Cp co. 3 (ossia le ipotesi contemplate ai nn. 1, 2, 3).

La terza fattispecie accessoria introdotta dall'art. 8 c. 1 d.l. 93/2013 contempla l'ipotesi in cui il furto aggravato di cui all'art. 625 co. 1 n. 7-*bis* Cp rappresenti il presupposto criminoso della condotta del *receptor*. La repressione del fenomeno delittuoso del c.d. *furto di rame in danno di infrastrutture destinate all'erogazione di servizi pubblici* è perseguito dal legislatore del 2013 non soltanto attraverso la predisposizione di un'aggravante *ad hoc* del delitto di furto, ma anche per mezzo di una fattispecie accessoria speciale della ricettazione. Tuttavia, la previsione di un'aggravante in forma, per così dire, "mediata", potrebbe dare luogo ad un inasprimento automatico della pena, realizzando un *vulnus* del principio di colpevolezza. Invero, si pone il rischio che il giudicante, di fronte a fatti sussumibili nell'alveo applicativo dell'art. 648 co. 1, secondo periodo Cp, applichi l'aggravante in questione senza procedere ad alcun riscontro in merito alla conoscenza/conoscibilità della particolare origine della *res* ricettata. Benché ai fini del reato di ricettazione (in forma base) sia irrilevante la conoscenza dello specifico reato da cui proviene il bene – essendo sufficiente «la "conoscenza laica" del "profano": cioè della generica provenienza illecita della cosa»⁹ acquistata, ricevuta o occultata – nel quadro della nuova aggravante sarà necessario apprezzare, in forza dell'art. 59 co. 2 Cp, almeno la conoscibilità del contenuto tipico della circostanza speciale. Sul piano applicativo, pertanto, non sarà agevole fornire la prova in merito alla conoscenza/conoscibilità in capo all'agente circa la riconducibilità del bene ricettato proprio a quel particolare tipo di furto circostanziato; si pensi all'ipotesi in cui il reo, pur consapevole dell'origine delittuosa dell'oggetto materiale della condotta, sia convinto che esso provenga da un altro delitto quale, ad esempio, l'appropriazione indebita di cui all'art. 646 Cp. Alla luce di tali considerazioni, l'applicazione concreta della norma rischia di oscillare tra il paradigma della responsabilità oggettiva e la paralisi applicativa conseguente ad un accertamento rigoroso della responsabilità penale.

⁸ In questo senso v. F. Macrì, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, cit., 265.

⁹ Così F. Mantovani, *Diritto penale, parte speciale. Delitti contro il patrimonio* cit., 255; nella medesima prospettiva v., *ex plurimis*, G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, II, *Delitti contro il patrimonio*, Bologna 2007, 244.

3. A completamento della disciplina introdotta sul piano sostanziale, il legislatore d'urgenza ha modificato l'assetto normativo dell'arresto obbligatorio in flagranza di cui all'art. 380 Cpp.¹⁰ Tale misura precautelare, attraverso la disposizione in esame (art. 8 c. 2 d.l. 14.8.2013 n. 93), viene estesa alle ipotesi di furto e ricettazione aggravate, rispettivamente, ai sensi degli artt. 625 co. 1 n. 7-*bis* e 648 co. 1 secondo periodo Cp.

In tema di furto, anche la formulazione dell'art. 380 Cpp previgente alla riforma in esame, prevedeva svariate ipotesi di arresto obbligatorio in caso di sussistenza di talune aggravanti speciali¹¹. Per quanto attiene, invece, al delitto di ricettazione aggravato, quello del 2013 rappresenta il primo intervento normativo volto ad estendere la disciplina dell'arresto obbligatorio a siffatto reato; ciò anche in ragione della precedente assenza di aggravanti speciali del delitto di cui all'art. 648 Cp. Tuttavia, in tema di ricettazione aggravata, l'estensione dell'arresto obbligatorio solleva le medesime (e forse addirittura acuite) difficoltà applicative manifestatesi sul piano sostanziale. In particolare, a seguito della riforma, graverà sugli agenti e ufficiali di polizia giudiziaria – e, se nel caso, anche sui privati *ex art.* 383 Cpp – il compito di verificare, da un lato, che l'arrestato si sia rappresentato la derivazione della *res* ricettata dalla particolare tipologia di reati individuati dall'art. 648 co. 1 secondo periodo Cp e, da un altro lato, che tale derivazione, sul piano oggettivo, risulti effettiva. Inoltre, non pare rispondere ad un criterio di ragionevolezza – e, pertanto, suscita dubbi di compatibilità costituzionale¹² – l'incongruenza sistematica fra le lett. *e* e *f-bis*) dell'art. 380 Cpp. Infatti, mentre nel primo caso – ossia furto aggravato *ex art.* 625 co. 1 n. 7-*bis* Cp – l'arresto obbligatorio è escluso ove ricorra l'attenuante della speciale tenuità del fatto di cui all'art. 62 n. 4 Cp, nell'ipotesi di ricettazione aggravata dal mero acquisto, ricezione od occultamento dei medesimi materiali, la sussistenza della menzionata attenuante non rileva in alcun modo.

In definitiva, l'inasprimento del trattamento sanzionatorio dei delitti contro il patrimonio presi in considerazione dalla riforma del 2013, si riverbera sul piano processuale, attraverso l'estensione di strumenti funzionali ad appagare il sentimento di sicurezza collettivo, a scapito delle fondamentali istanze garantistiche vigenti nel nostro ordinamento¹³.

¹⁰ Per una prima applicazione v. Trib. Milano, 29.8.2013, ined.

¹¹ In particolare, le ipotesi circostanziali per le quali l'art. 380 Cpp prevede l'arresto obbligatorio in flagranza sono enucleate negli artt. 4 l. 8.8.1977, n. 533, 625, primo comma, numeri 2, prima ipotesi, 3 e 5 Cp.

¹¹ V., in questi termini, A. Di Tullio D'Elisiis, in *www.Altalex.com*.

¹² Cfr. in merito alle modifiche processuali operate dal c.d. pacchetto sicurezza del 2009 A. Cisterna, in AA.VV., *Commentario al "pacchetto sicurezza"*, cit., 408 ss.

Art. 9

Frode informatica commessa con sostituzione d'identità digitale

1. All'articolo 640-ter del codice penale, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo il secondo comma, è inserito il seguente: «La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 600 a euro 3.000 se il fatto è commesso con **furto o indebito utilizzo dell'identità digitale** in danno di uno o più soggetti.»;

b) al terzo comma, dopo le parole «di cui al secondo» sono inserite le seguenti: «e terzo».

2. (soppresso).

3. Al decreto legislativo 13 agosto

2010, n. 141, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 30-ter, dopo il comma 7, è inserito il seguente: «7-bis. Fatto salvo quanto previsto dal comma 7, nell'ambito dello svolgimento della propria specifica attività, gli aderenti possono inviare all'ente gestore richieste di verifica dell'autenticità dei dati contenuti nella documentazione fornita dalle persone fisiche nei casi in cui ritengono utile, sulla base della valutazione degli elementi acquisiti, accertare l'identità delle medesime.»;

b) (soppresso).

La tutela dell'identità digitale nella nuova circostanza aggravante del delitto di frode informatica

Commento di SOFIA MILONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela dell'identità personale nella rete Internet. – 3. Ambito di applicazione della nuova circostanza aggravante. – 4. Regime sanzionatorio e procedibilità. – 5. La mancata estensione della responsabilità dell'ente.

1. Con l'art. 9 co. 1 d.l. 14.8.2013 n. 93, conv. in l. 15.10.2013 n. 119, il legislatore ha introdotto una circostanza aggravante ad effetto speciale inserendo un nuovo comma all'art. 640-ter Cp¹. Si è scelto di sanzionare più gravemente, tra le condotte che integrano la c.d. frode informatica, quelle che realizzano «furto o indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti». L'intento appare quello di rinsaldare, sulla

¹ Per un'analisi di tale fattispecie si rimanda a F. Mucciarelli, *Commento all'art. 10 della l. n. 547 del 1993*, in *LP* 1996, 136 ss.; C. Pecorella, *Commento Art. 640-ter Cp*, in *Codice penale commentato*, Artt. 575-734-bis, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano 2011, 6417 ss.; R. Bartoli, *La frode informatica tra "modellistica", diritto vigente, diritto vivente e prospettive di riforma*, in *DInf* 2011, 383 ss.

scia delle indicazioni emerse in sede europea ed internazionale per garantire un approccio integrato alla criminalità informatica², la tutela dell'identità personale nella rete Internet ove appaia bersaglio privilegiato, e al contempo "intermedio", di condotte atte ad offendere un bene giuridico ulteriore. Non si è infatti optato per la previsione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc* che sanziona il c.d. *digital identity theft*; bensì si è previsto un aggravamento sanzionatorio per quei fatti, consistenti nell'alterazione del sistema informatico o nell'intervento senza diritto su dati, informazioni e programmi ad esso pertinenti, realizzati secondo modalità commissive esprimenti un particolare disvalore in quanto lesive del bene giuridico identità personale, significativamente vulnerabile nel cyberspazio, e in grado, conseguentemente, di minare la fiducia dei cittadini, peraltro già scarsa, nelle relazioni sociali ed economiche basate sull'offerta *online* di servizi.

Con la disposizione in esame si è deciso di intervenire anche sulla disciplina di diritto amministrativo, la quale per prima ha considerato le peculiarità del fenomeno delle frodi commesse mediante furto di identità e ne ha pertanto fornito un inquadramento normativo così come dei mezzi preventivi di contrasto. Il riferimento è al sistema pubblico di prevenzione delle frodi nel settore del credito al consumo o dei pagamenti dilazionati o differiti, di cui al Titolo V-bis del d.lgs. 13.8.2010 n. 141, introdotto con d.lgs. 11.4.2011 n. 64. Esso predispose degli strumenti volti ad accertare l'identità e la capacità reddituale dei richiedenti il finanziamento: in particolare, l'art. 30-ter co. 7 d.lgs. n. 141/2010 prevede che gli aderenti a detto sistema – *in primis* banche e intermediari finanziari – possano inviare al gestore del relativo archivio di dati – una società designata dal Ministero dell'economia e delle finanze, la Consap s.p.a. – richieste di verifica dell'autenticità dei dati contenuti nella documentazione loro fornita dalle persone fisiche e giuridiche, purché nei casi e per le finalità previste per la prevenzione del furto di identità. Con l'art. 9 co. 3, che ha aggiunto il comma 7-bis all'art. 30-ter d.lgs. 141/2010, è stata specificata l'operatività di tale meccanismo di richiesta – con inevitabili effetti, quindi, sul bilanciamento tra l'interesse alla prevenzione delle frodi e la tutela della *privacy* dei consumatori – prevedendo che la richiesta di verifica dell'autenticità dei dati proveniente dal soggetto aderente al sistema di prevenzione sia subordinata alla valutazione, operata dallo stesso in base agli elementi acquisiti, sulla sua utilità al fine di accertare l'identità della persona fisica richiedente.

² Si vedano, in particolare, la comunicazione della Commissione europea del 22.5.2007, Com(2007)267, consultabile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0267&from=EN>; il considerando 14 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio*, consultabile alla pagina web <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0321+0+DOC+XML+V0//IT>; infine l'*OECD Scoping paper on Online Identity Theft*, 2008, documento dell'OCSE, disponibile all'indirizzo <http://www.oecd.org/dataoecd/35/24/40644196.pdf>, che contiene un'approfondita analisi del fenomeno dell'*identity theft*, anche con riferimento allo stato dell'arte nelle legislazioni degli stati membri dell'organizzazione.

Nel corso dell'esame in prima lettura del d.d.l. di conversione del d.lgs. 93/2013 è stata invece soppressa la lettera *b* dell'art. 9 co. 3, che interveniva a modificare l'art. 30-*sexies* d.lgs. 141/2010, contenente la disciplina della procedura di riscontro dell'autenticità dei dati da parte dell'ente gestore dell'archivio. Era stata originariamente contemplata la possibilità di rideterminare, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, la misura delle componenti del contributo dovuto all'ente gestore da parte dell'aderente al sistema di prevenzione per ogni interrogazione della banca dati.

2. Agli interrogativi, sollevati a partire dall'avvento del *cybercrime*, aventi ad oggetto le modalità di adeguamento del diritto positivo a fatti caratterizzati da forme nuove di offesa – almeno quanto a strumenti e tecniche utilizzati – ai beni giuridici da proteggere, si è provveduto in parte mediante la “torsione” di fattispecie esistenti, in parte mediante l'introduzione di nuove³.

Quanto al c.d. furto di identità nella rete, nonostante la diffusione del comportamento⁴ e la sua indubbia capacità lesiva, anche a prescindere dalla realizzazione di ulteriori fatti illeciti – dai quali, peraltro, è spesso seguito – non si è avvertito il bisogno di introdurre una fattispecie incriminatrice apposita. Del resto, da un lato, la stessa nozione di furto di identità è rimasta, fino all'intervento in commento, del tutto estranea al nostro ordinamento, o comunque circoscritta all'ambito della prevenzione amministrativa delle frodi nel settore del credito al consumo. Dall'altro, il relativo comportamento risulta spesso prodromico alla realizzazione di reati di vario tipo, già contemplati nel nostro ordinamento: dalla truffa o dalla frode informatica all'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, dall'indebita utilizzazione di carte di credito al riciclaggio; ragion per cui, anche per evitare esiti draconiani, è stata spesso tralasciata, se non addirittura criticata⁵, la ricerca di un'ulteriore contestazione, in concorso con questi ultimi reati, che potesse cogliere un disvalore autonomo del fenomeno.

Purtuttavia, dinanzi al suo incedere nella rete – ambiente propizio alla creazione di “nuove” identità, diverse da quella reale o sovrapponibili a quelle altrui – e al conseguente bisogno di protezione, la giurisprudenza ha considerato applicabile alle condotte di furto di identità *online* l'art. 494 Cp, che punisce il delitto di sostituzione di persona, spesso accertato in concorso con certi delitti contro il patrimonio stante

³ Con la l. 23.12.1993 n. 547, è stato compiuto l'intervento più ampio inserendo nel codice penale tutta una serie di fattispecie costituenti reati “informatici” o “telematici”; una successiva integrazione è avvenuta con la l. 18.3.2008 n. 48. In proposito si rinvia a C. Pecorella, *Il diritto penale dell'informatica*, Padova 1997; L. Picotti, *Reati informatici*, in *EG*, VIII, Roma 2000, 1 ss.; Id. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova 2004.

⁴ Si rimanda alle statistiche contenute nei report pubblicati nei siti www.furto-identita.com e www.identitytheftobservatory.eu.

⁵ Si veda R. Cappitelli, *La sostituzione di persona nel diritto penale italiano*, nota a Cass. 11.12.2003 n. 8670, in *CP* 2005, 2993.

la diversità del bene giuridico tutelato. La Suprema Corte ha così ritenuto integrasse il reato di sostituzione di persona la condotta di colui che crei ed utilizzi un *account* di posta elettronica attribuendosi falsamente le generalità di un soggetto esistente e a sua insaputa e ne faccia uso nei rapporti con gli altri utenti della rete, inducendoli in errore, al fine di arrecare un danno patrimoniale o non patrimoniale⁶.

Tale operazione ermeneutica ha posto in risalto la specifica questione dell'estensione degli elementi normativi contenuti nella disposizione – «persona», «falso nome», «falso stato», «qualità a cui le legge attribuisce effetti giuridici» – agli elementi su cui incide la condotta di furto di identità nella rete – dati variamente riconducibili ad un'identità virtuale più che ad una persona fisica, come le credenziali di accesso ai sistemi informatici – che, sebbene risolta dalla giurisprudenza sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, si ripropone comunque, sotto il profilo dell'effettività della tutela, per i dubbi sull'idoneità di un reato a forma vincolata commissiva⁷ a ricomprendere le condotte sin qui richiamate. Se, da un lato, infatti si è difesa l'applicazione estensiva dell'art. 494 Cp, ritenendo che la protezione dell'identità debba estendersi anche ai contrassegni personali – come i cosiddetti *nicknames* – utilizzati nelle comunicazioni via Internet, i quali attribuiscono un'identità sicuramente virtuale, ma non per questo priva di una dimensione concreta possibile oggetto di lesione⁸, dall'altro si è preso atto di ostacoli applicativi difficilmente superabili, come quello relativo all'accertamento dell'elemento costitutivo del reato rappresentato dall'induzione in errore, il quale non sembra compatibile con l'esecuzione automatizzata di richieste inoltrate ai sistemi informatici⁹.

3. A seguito dell'intervento in commento la tutela dell'identità digitale in sé considerata continua a soggiacere in parte ai suddetti limiti applicativi derivanti dalla difficoltà di adattare una fattispecie come l'art. 494 Cp all'appropriazione di dati altrui, *lato sensu* identificativi, in Internet; d'altra parte, con la scelta del legislatore di fornire una risposta più severa a dei fenomeni complessi, risultanti dalla combinazione del furto d'identità con una delle condotte idonee ad integrare la frode informatica¹⁰, si è fornito un nuovo e potenzialmente incisivo – stante la

⁶ Cfr. Cass. 8.11.2007 n. 46674 in *CEDCass.* m. 238504 e in *DInf* 2008, con nota di C. Flick, *Falsa identità su internet*; Cass. 15.12.2011 n. 12479, in *CEDCass.* m. 252227; Cass. 28.11.2012, n. 18826, in *CP* 2014, n. 1, 146.

⁷ A. Pagliaro, *Falsità personale*, in *ED*, XVI, 1967, 646; L. Degl'Innocenti, sub art. 494 Cp, in *Codice penale*⁵, a cura di T. Padovani, Milano 2011, 3627.

⁸ Cfr. Cass. 28.11.2012, cit.

⁹ Così R. Flor, *Phishing, Identity theft e Identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *RIDPP* 2007, 908, che esprime chiaramente le proprie perplessità sull'estensione dell'art. 494 Cp alle condotte del "mondo virtuale".

¹⁰ Come sottolinea L. Pistorelli, *Relazione Ufficio del Massimario Cassazione* n. III/01/2013 del 22.8.2013, 7: «in definitiva l'intenzione del legislatore sembrerebbe quella di punire più gravemente le frodi realizzate mediante l'accesso abusivo al sistema informatico grazie all'indebito utilizzo dell'identità digitale altrui».

necessità di vagliarne la futura applicazione giurisprudenziale – strumento di tutela.

L'aggravante introdotta in seno al reato di frode informatica, in seguito alle modifiche apportate dalla legge di conversione del d.l. 93/2013, fa riferimento diretto, quanto alle modalità commissive della condotta, al «furto o indebito utilizzo dell'identità digitale», espressione in grado di cogliere ampiamente la varietà e la peculiarità degli atti in cui può concretarsi una violazione dell'altrui identità nella rete¹¹. La formulazione originaria era, invece, «sostituzione dell'identità digitale», certamente meno comprensiva e più ambigua di quella introdotta dalla l. 119/2013, in quanto, parallelamente all'espressione contenuta nella disposizione di cui all'art. 494 Cp, risultava limitata alla specifica condotta di surrogazione¹².

Per definire l'ambito di applicazione della circostanza in esame, è necessario preliminarmente delinearne gli elementi costitutivi. Innanzitutto deve notarsi che la legge penale recepisce per la prima volta il concetto di «identità digitale», senza però fornirne un autonomo significato. In difetto di una definizione normativa anche in ambito extrapenale, tale nozione necessiterebbe di una concorde cristallizzazione dottrinale e giurisprudenziale. Un nucleo definitorio pare comunque già rintracciabile¹³ – aldilà dell'accezione ampia che ricomprende i vari aspetti dell'identità della persona nella rete, di certo poco compatibile con l'imperativo di determinatezza in materia penale – nell'«insieme delle informazioni e delle risorse concesse da un sistema informatico al suo utilizzatore all'esito di un processo di identificazione»¹⁴.

Per quanto riguarda la nozione di «furto», in sede di dibattito parlamentare¹⁵ si è fatto riferimento alla definizione di furto di identità contenuta dall'art. 30-bis d.lgs. 141/2010. Essa è incentrata sul concetto di «impersonificazione», distinto in totale e parziale: con l'uno si intende l'«occultamento totale della propria identità mediante l'utilizzo indebito di dati relativi all'identità e al reddito di un altro soggetto»; con l'altro l'«occultamento parziale della propria identità mediante l'impiego, in

¹¹ Per un'analisi giuridica e sociologica delle varie condotte che possono integrare il furto di identità, con particolare riferimento al contesto dei *social network*, si veda P. Cipolla, *Social network, furto di identità e reati contro il patrimonio*, in *GM* 2012, 2672 ss.

¹² Così è stato infatti prontamente osservato da L. Pistorelli, *Relazione Ufficio del Massimario*, cit., 7.

¹³ F. Resta, *Identità personale e identità digitale*, in *DInf* 2007, 514. Tale definizione è stata in effetti richiamata per qualificare l'espressione «identità digitale» ora contenuta nell'art. 640-ter co. 3 nei commenti pubblicati all'indomani della modifica (si vedano L. Pistorelli, *Relazione Ufficio del Massimario*, cit., 7 e F. Cajani, *La tutela penale dell'identità digitale alla luce delle novità introdotte dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119)*, in *CP* 2014, n. 3, 1096).

¹⁴ Questo trova, invece, esplicito riferimento all'art. 1, lett. *u-ter* d.lgs. 7.3.2005 n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale*; in particolare, viene definito come «validazione dell'insieme dei dati attribuiti in modo esclusivo ed univoco ad un soggetto, che ne consentono l'individuazione nei sistemi informativi, effettuata attraverso opportune tecnologie anche al fine di garantire la sicurezza dell'accesso».

forma combinata, di dati relativi alla propria persona e l'utilizzo indebito di dati relativi ad un altro soggetto [...]». Deve osservarsi come possa sorgere qualche dubbio sull'esportabilità di tale definizione nella legge penale: non solo perché è espressamente fornita ai soli fini del decreto in materia di credito al consumo che la contiene, ma anche per il fatto che la sua adozione renderebbe superfluo e ridondante il riferimento alla condotta alternativa di «indebito utilizzo» che pure integra la circostanza aggravante in commento.

D'altra parte, resta ovvio che la nozione ricavabile dall'art. 624 Cp non può costituire idoneo referente ai fini dell'individuazione della nozione di furto di cui all'art. 640-ter co. 3 Cp: come ha affermato la Suprema Corte in relazione alla duplicazione di *files* informatici, non pare possibile ricondurre al concetto di «cosa mobile» dati e informazioni¹⁶. Sembra piuttosto preferibile considerare «furto» l'utilizzo *non iure* di informazioni riconducibili all'identità digitale altrui, all'insaputa del soggetto titolare. L'«indebito utilizzo» resterebbe configurabile allorché il soggetto agente sia autorizzato all'utilizzo delle informazioni, ma non rispetti le finalità per le quali l'autorizzazione è stata concessa.

Com'è stato prontamente osservato¹⁷, resta poco chiaro perché il legislatore abbia precisato che il furto o l'indebito utilizzo dell'identità digitale debbano avvenire «in danno di uno o più soggetti», come se al danno evento della condotta di frode informatica debba accompagnarsi un ulteriore e distinto danno, indifferentemente patrimoniale o non patrimoniale, in capo alla vittima della violazione dell'identità digitale. Risultando superfluo tale duplice riscontro, è probabile che l'espressione in parola venga ritenuta una trascurabile imprecisione del testo.

Così come configurata, la circostanza aggravante in esame sembra potenziare le già ampie possibilità applicative della fattispecie di frode informatica, così da ricomprendere – sotto un trattamento sanzionatorio più elevato – ipotesi di *phishing*¹⁸ o acquisizioni indebite di *account* di

¹⁵ Si veda il *Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 1079 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, la locuzione "furto o indebito utilizzo dell'identità digitale" in luogo della locuzione "sostituzione dell'identità digitale", impiegata dal decreto-legge*, a cura dell'Ufficio ricerche sulle questioni istituzionali, sulla giustizia e sulla cultura, Ed. provvisoria, ottobre 2013, n. 64, 102-103, su www.senato.it.

¹⁶ Cass. 13.11.2003 n. 2110, in *CEDCass.* m. 229785; più recentemente Cass. 21.12.2010 n. 44840, disponibile alla pagina <http://www.altalex.com/index.php?id-not=51270>.

¹⁷ L. Pistorelli, *Relazione Ufficio Massimario della Cassazione*, cit., 7.

¹⁸ Sul fenomeno del *phishing*, come tecnica di *social engineering*, in quanto costituisce una metodologia di comportamento sociale indirizzata a carpire informazioni personali oppure abitudini o stili di vita, e sulla relativa bibliografia si rimanda a R. Flor, *Phishing, Internet fraud, identity theft: nuove forme di criminalità online*, in L. Picotti (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie, Quaderni per la riforma del codice penale*, Padova 2007. La modalità più diffusa, almeno tradizionalmente, consiste nell'invio di *e-mail*, apparentemente provenienti da enti reali, come banche, il cui contenuto è volto ad indurre il destinatario a rilasciare i propri dati relativi all'accesso ad aree informatiche riservate, tramite, ad esempio, la connessione ad una pagina *web* non autenticata.

social network o di piattaforme di *e-commerce*, seguite da condotte di alterazione del sistema informatico o, più frequentemente, di intervento senza diritto su dati, programmi ed informazioni ad esso pertinenti, con ingiusto profitto per sé e altrui danno.

La Suprema Corte si è già mostrata incline, del resto, a valorizzare la condotta di «intervento senza diritto» su dati e informazioni del sistema informatico, contemplata all'art. 640-ter, così ricomprendendovi, ad esempio, il caso di utilizzazione della *password* – illecitamente ottenuta – per entrare nel sistema informatico di *home banking* del correntista, per poi stornare fondi dal conto corrente, o quello di utilizzazione, da parte del dipendente dell'agenzia delle entrate, della *password* in dotazione per manomettere la posizione di un contribuente effettuando sgravi non giustificati¹⁹. Se prima, in casi simili, l'aver utilizzato illecitamente i dati attinenti all'identità digitale altrui avrebbe potuto integrare tutt'al più la fattispecie di cui all'art. 494 Cp, in concorso con quella di frode informatica, e solo in presenza del riscontro di tutti i suoi elementi costitutivi – tra i quali quello relativo all'induzione in errore può risultare particolarmente difficile in casi come questo – adesso potrà, più agevolmente, contestarsi il nuovo art. 640-ter co. 3 Cp. L'art. 494 Cp potrebbe semmai trovare applicazione, eventualmente in concorso materiale con l'art. 640-ter²⁰ – così come con l'art. 640 Cp – ove le condotte utilizzate per carpire illecitamente i dati identificativi altrui siano consistite nella sostituzione di persona o nell'utilizzo di falso nome o falsa qualità, perpetrati ad esempio attraverso l'invio di *e-mail* di *phishing*, e siano state in grado di ingenerare un errore nel destinatario e indurlo così a rivelare i propri dati.

La nuova fattispecie accessoria, in definitiva, pare idonea a ricomprendere molteplici ipotesi di utilizzo dell'identità digitale altrui illecitamente acquisita; si intuisce che, se dovesse essere seguito dalla giurisprudenza un indirizzo volto a garantire la massima estensione al campo di applicazione della frode informatica, la circostanza aggravante in commento potrebbe effettivamente fornire un contributo prezioso al rafforzamento della tutela dell'identità digitale. Ad esempio, un intervento senza diritto su dati e/o informazioni contenuti nel sistema informatico potrebbe essere configurato tanto nel caso di furto di identità dell'utente di piattaforma di *e-commerce*, compiuto di regola tramite invio di *e-mail* di *phishing*, seguito dall'effettuazione di vendite fittizie per ottenere pagamenti anticipati – attualmente ricondotto agli artt. 494 e

¹⁹ Cass. 24.2.2011, n. 9891, in *CEDCass.*, m. 249675; si veda anche Cass. 24.11.2003, n. 4576, in *GI* 2004, 2363, con nota di S. Ferrari, *Appunti in tema di frode informatica*. Più recentemente Cass. 6.3.2013 n. 13475, in *CEDCass.* m. 254911.

²⁰ Si è affermato in realtà che la nuova previsione dell'art. 640-ter co. 3 Cp costituirebbe, almeno nella maggior parte dei casi astrattamente configurabili, un reato complesso rispetto all'art. 494 Cp (Cosi' F. Cajani, *op. cit.*, 1104). Non sembra comunque, a parere di chi scrive, che possa affermarsi, anche alla luce delle considerazioni prima svolte – ad esempio quelle relative alla difficoltà di applicare a concetti “informatici” le nozioni contenute nel reato di sostituzione di persona – una completa sovrapposizione tra le due norme, poste peraltro a tutela di beni giuridici diversi.

640 Cp – quanto nell'ipotesi di acquisizione indebita di un *account* personale di una piattaforma di *social network* per utilizzarlo a fini di profitto e con altrui danno, non necessariamente patrimoniale²¹.

Diversamente, ove la giurisprudenza dovesse optare per un'applicazione restrittiva dell'art. 640-ter Cp, allora anche la tutela dell'identità personale nella rete Internet sarebbe ridimensionata e soggetta ai limiti dell'art. 494 Cp, così da rendere forse preferibile un intervento legislativo che dia autonoma rilevanza al c.d. furto d'identità – inteso come indebito utilizzo dei dati identificativi altrui finalizzato alla commissione di crimini, sulla scorta di quanto già previsto oltreoceano²² – o estenda la relativa circostanza aggravante ad altri reati.

4. La pena prevista per il caso in cui sia accertata la circostanza aggravante del furto o indebito utilizzo dell'identità digitale è determinata in modo autonomo rispetto a quella contemplata per l'ipotesi semplice di frode informatica e risulta più elevata anche di quella fissata per le altre ipotesi aggravate²³.

La pena della reclusione è da individuare all'interno di una nuova cornice edittale che si estende da due a sei anni, così da consentire l'applicazione di misure cautelari coercitive *ex art.* 280 Cpp e la disposizione di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche nel corso delle indagini nel rispetto dei limiti di cui all'art. 266 co. 1 lett. *a* Cpp. La multa, da applicare congiuntamente, è da determinarsi entro un intervallo compreso tra 600 e 3000 euro. Inoltre, in conseguenza della modifica di cui all'art. 9 co. 1 lett. *b* d.l. 93/2013, il regime di procedibilità è equiparato a quello delle altre circostanze aggravanti, per cui non è necessaria la querela della persona offesa.

Inutile ribadire come il divario tra la disciplina sanzionatoria dell'ipotesi semplice e quella dell'ipotesi aggravata, così come i rilevanti riflessi in ambito processuale appena accennati, riflettano comprensibilmente il disvalore della condotta lesiva dell'identità personale – digitale – altrui.

5. In sede di conversione del d.l. 93/2013 è stato espunto il comma 2 dell'art. 9, il quale prevedeva l'inserimento, tra i reati presupposto

²¹ Di quest'idea F. Cajani, *op. cit.*, 1105.

²² Negli Stati Uniti, con l'*Identity Theft and Assumption Deterrence Act* del 1998, è stata introdotta una fattispecie a sé stante che punisce il soggetto che «*knowingly transfers or uses, without lawful authority, a means of identification of another person with the intent to commit, or to aid or abet, any unlawful activity that constitutes a violation of Federal law, or that constitutes a felony under any applicable State or local law*» (per un commento a tale approccio e si veda G. Ziccardi, *Furto d'identità*, in *DigDPen* Agg. 2010, 253 ss. Una simile definizione è stata adottata dall'OCSE nel documento *Scoping paper on online identity theft*, cit., 12: «*ID theft occurs when a party acquires, transfers, possesses, or uses personal information of a natural or legal person in an unauthorised manner, with the intent to commit, or in connection with, fraud or other crimes*».

²³ Secondo l'art. 640-ter co. 2 «la pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1549 se ricorre una delle circostanze previste dal numero 1 del secondo comma dell'art. 640, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema».

della responsabilità amministrativa dell'ente di cui all'art. 24-*bis* d.lgs. 8.6.2001 n. 231, del delitto di cui all'art. 640-*ter* co. 3 Cp, nonché del delitto di indebito utilizzo, falsificazione, alterazione e ricettazione di carte di credito o di pagamento di cui all'art. 55 co. 9 d.lgs. 21.11.2007 n. 231 e degli illeciti penali previsti dal d.lgs. 30.6.2003 n. 196 in materia di protezione dei dati personali; quindi le fattispecie di trattamento illecito dei dati, di falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante e di inosservanza dei provvedimenti del Garante, di cui rispettivamente agli artt. 167, 168 e 170 d.lgs. 196/2003.

L'intento del decreto, poi smentito dalla legge, era di estendere la responsabilità degli enti che "trattano" i dati personali altrui – ivi compresi, evidentemente, quelli legati all'identità digitale – onde evitare che questi potessero trarre vantaggio dalle condotte scorrette poste in essere dai propri soggetti apicali o sottoposti. È facile immaginare come gli enti maggiormente interessati sarebbero stati istituti di credito o di telecomunicazioni, così stimolati all'adozione di modelli interni di organizzazione e gestione idonei a prevenire la commissione dei suddetti reati.

Anche gli enti gestori di piattaforme di *social network* o di *e-commerce* sarebbero stati potenziali destinatari di questa norma con riferimento alle eventuali condotte di frode informatica lesiva dell'identità digitale, o comunque in violazione delle regole di trattamento dei dati personali altrui, realizzate dai soggetti riconducibili alle categorie di cui all'art. 5 lett. *a* e lett. *b* d.lgs. 231/2001. Alla luce, da un lato, della progressiva espansione della categoria dei reati presupposto della responsabilità dell'ente e del conseguente incitamento all'adozione di modelli virtuosi di *compliance* nelle imprese di vari settori, dall'altro della non remota possibilità da parte di enti pubblici e privati di trarre vantaggio da certe condotte illecite relative all'uso indebito di dati personali altrui – soprattutto a fini commerciali – non sembra, a parere di chi scrive, che la modifica dell'art. 24-*bis* avrebbe comportato una distonia rispetto ai reati già contemplati all'interno dell'articolo stesso²⁴, né tantomeno rispetto all'atteggiamento complessivo del legislatore con riguardo alla pressante ed attuale esigenza di protezione dei beni giuridici considerati. Anzi, sarebbe stata un'occasione propizia per rafforzare la tutela della sicurezza e affidabilità dei sistemi informatici attraverso l'implementazione di meccanismi preventivi di controllo, soprattutto tramite misure tecnologiche adottabili da parte degli stessi enti che li gestiscono.

Artt. 9-*bis* - 13

Omissis

²⁴ Si ricorda che con l'introduzione dell'art. 24-*bis* d.lgs. 231/2001 ad opera dell'art. 7 l. 18.3.2008 n. 48, che ha esteso la responsabilità amministrativa degli enti a tutta una serie di reati informatici commessi nell'interesse o a vantaggio degli stessi, è stata data attuazione all'art. 12 della convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, firmata a Budapest il 23.11.2001. Il delitto di frode informatica – salva l'ipotesi aggravata del fatto commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico, già prevista dall'art. 24 – era, però, rimasto escluso dal nuovo elenco.

**In attesa della riforma della diffamazione a mezzo stampa:
una riflessione sui limiti e sulle possibilità della tutela penale**

di SOFIA MILONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tutela penale dell'onore e libertà di stampa. Le ragioni di un equilibrio precario. – 3. "Sotto i riflettori" della Corte europea dei diritti dell'uomo: la disciplina vigente della diffamazione a mezzo stampa tra efficacia e proporzione. – 4. Le principali modifiche proposte dal disegno di legge in discussione. – 5. (*Segue*) Rettifiche e dichiarazioni come cause sopravvenute di non punibilità. – 6. (*Segue*) Quale ruolo per il risarcimento del danno? – 7. Efficacia delle sanzioni e realtà dell'impresa giornalistica: verso una possibile estensione della responsabilità dell'ente? – 8. L'estensione delle disposizioni penali ai responsabili delle testate giornalistiche radiotelevisive e *online* registrate – 9. Considerazioni conclusive.

1. Le recenti condanne alla pena detentiva inflitte nei confronti di giornalisti – che nella specie rivestivano anche la qualifica di direttore del periodico¹ – oltre ad aver sollevato indignazione nei dibattiti seguiti sui media, e ad aver indotto molti (non solo giornalisti) ad ergersi a paladini della libertà di stampa, hanno ridestato anche le attenzioni del Parlamento, il quale ha ritenuto opportuno elaborare un intervento di modifica delle disposizioni penali vigenti per stemperarne il draconiano rigore e così evitare che, attraverso la previsione edittale di una pena detentiva per i casi di diffamazione a mezzo stampa, sia ostacolato il libero esercizio del diritto consacrato all'art. 21 Cost., unanimemente considerato irrinunciabile in una società democratica.

Quale che sia stato l'input della presentazione del disegno di legge sulla riforma dei reati a mezzo stampa – il tentativo di salvare *in extremis* il soggetto specificamente condannato, la sensibilità alle osservazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, la coscienza della necessità di un mutamento di rotta del diritto penale nella tutela dell'onore in bilanciamento con il diritto alla libera espressione – si deve registrare la rinnovata attenzione nei confronti dei reati a mezzo stampa e del dibat-

¹ Il riferimento è *in primis* alla sentenza di condanna definitiva, inflitta a Sallusti, per concorso nel reato di diffamazione commesso dall'autore, firmatosi con un pseudonimo, dell'articolo incriminato, pubblicato sul quotidiano "Libero" di cui Sallusti era allora il direttore, (Cass. 26.9.2012 n. 41249, disponibile su www.penalecontemporaneo.it). Si ricorda anche la sentenza non definitiva, T. Milano, 21.5.2013, che ha condannato il direttore di "Panorama", Mulé a otto mesi di reclusione e 200 euro di multa per il reato di omesso controllo di cui all'art. 57 Cp.

tito sulle modifiche da apportare alle disposizioni del codice penale e della legge sulla stampa. A distanza di oltre un anno dalla presentazione del progetto di legge n. 925 alla Camera², la tanto attesa riforma non è stata, peraltro, ancora approvata.

Nella speranza che, placatosi il fervore riformatore iniziale, non si sfoci in un deludente nulla di fatto – come peraltro è già avvenuto in passato – questo scritto si prefigge l'obbiettivo di mettere in luce le principali proposte messe in campo e i *desiderata* dell'eventuale *restyling* dell'intervento penalistico in questa materia.

2. L'attuale polemica contro l'applicazione della pena detentiva nei confronti di giornalisti condannati per diffamazione rappresenta, in realtà, soltanto l'epifenomeno di un disagio ben più profondo che il diritto penale avverte laddove sia chiamato a presidiare quei beni della persona che secondo la migliore dottrina sono caratterizzati da inafferrabilità – in quanto si sostanziano di concetti etico-sociali³ – nel rispetto degli angusti limiti che il temperamento con altri beni costituzionalmente tutelati gli impone.

È evidente, infatti, che l'intervento del diritto penale a tutela dei beni della persona più facilmente aggredibili, *in primis* l'onore, debba rispondere non solo alla naturale esigenza preventiva delle condotte lesive, ma anche all'imperativo di determinatezza delle fattispecie. Tali esigenze risultano ancora più sensibili nel diritto penale della stampa: la prima è acuita dall'inevitabile dilatazione del *vulnus* arrecato, la seconda è resa ancora più pressante dalla necessità di non ostacolare il libero esercizio di un diritto, insopprimibile in un regime democratico, quale quello alla manifestazione del proprio pensiero e all'informazione sui fatti di pubblico interesse; consacrato non solo dall'articolo 21 Cost., ma anche dalle Carte dei diritti internazionali ratificate dal nostro ordinamento⁴.

Tuttavia quest'ultima esigenza sembra dover subire un ridimensionamento a causa della natura del bene tutelato – non essendo agevole ancorarla saldamente al terreno giuridico⁵ – che può causare il cedi-

² Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, presentato dall'On. Costa il 13.5.2013, approvato il 17.10.2013 alla Camera e attualmente all'esame del Senato con il numero 1119 (consultabile nel sito <http://www.senato.it>). Immediatamente dopo la condanna di Salusti era stato presentato il d.d.l. 3491, i cui lavori si sono arenati a seguito dello sciopero proclamato dalla FNSI nel novembre 2013.

³ A. Manna, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova 1989, 219 ss. Simili considerazioni e ulteriori sviluppi sulle possibili alternative di tutela al diritto penale si ritrovano in Id., *Tutela penale della personalità*, Bologna 1993.

⁴ Si ricordano l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.

⁵ La questione della definizione del bene giuridico dell'onore e della sua rilevanza in sede penale rappresenta un *leitmotiv* della letteratura giuridica. Limitando i riferimenti all'essenziale si richiamano qui E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974, 8 ss.; A. Manna, *Beni della personalità*, cit.; più recentemente il dibattito è stato ripreso da A. Tesaro, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino 2005 e A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, Roma 2013, 11 ss.

mento dei confini della fattispecie a seconda del caso. Non deve meravigliare, quindi, che, per aggirare il problema, si sia proposta la ricerca di nuove forme di tutela più duttili, compatibili anche con un minor grado di tipicità.

Ad ogni modo, la crisi di legittimazione dell'intervento del diritto penale negli illeciti contro l'onore, in particolare quelli commessi a mezzo stampa, dipende non solo dalle difficoltà di individuare un sostrato tangibile e oggettivo del bene giuridico – che i tentativi della dottrina di affinare il concetto di onore non sembrano ancora avere del tutto risolto – e di valutare l'antigiuridicità della condotta esercitata “nelle vesti” di diritto di cronaca, di critica o satira. Vi contribuiscono innegabilmente i dubbi sull'efficacia⁶ e sulla proporzione dell'intervento stesso; proprio questi sono i profili, innegabilmente connessi alle scelte sul piano sanzionatorio, sui quali il recente dibattito riformatore si è maggiormente concentrato e su cui anche in questa sede si avverte il bisogno di soffermarsi.

La sanzione penale, per svolgere efficacemente il suo ruolo di tutela degli interessi selezionati in termini di prevenzione generale e speciale, deve rispettare il rapporto di proporzione con l'offesa e costituire l'*extrema ratio* nei casi in cui altre tipologie di sanzioni non garantiscano una tutela adeguata. Sebbene la questione della scelta della sanzione idonea costituisca logicamente un *posterius* rispetto all'opzione per l'intervento penale e alla selezione delle condotte penalmente rilevanti, è bene interrogarsi sulle possibili alternative alla risposta sanzionatoria attualmente prevista.

A tal proposito, si tratta di verificare se una modifica dell'impianto sanzionatorio degli illeciti a mezzo stampa, ispirata ad una dimensione funzionale della risposta penale, sia idonea a recuperare la legittimazione della tutela penale rispetto alle istanze favorevoli al ricorso a sanzioni di natura diversa⁷ proprio sul temibile banco di prova degli illeciti a mezzo stampa, ove si impone con forza, sulla scia delle indicazioni so-

⁶ Si veda in proposito A. Manna, *Beni della personalità*, cit., 177 ss., che trae dell'indagine statistica curata dal Centro Calamandrei (*L'orientamento del Tribunale di Roma in tema di diffamazione a mezzo stampa: un'indagine statistica*, in *DInf* 1986, 207 ss.) il segnale di un *deficit* di certezza, prontezza e severità della sanzione. Più recentemente S. Peron, *La diffamazione tramite mass-media*, Padova 2006, ha sottolineato come il Tribunale di Milano, nel periodo compreso tra il 2001 e il 2004, abbia pronunciato condanne a pena detentiva nel 3,7% dei procedimenti instaurati, e abbia applicato in questi casi una pena non superiore ai 12 mesi.

⁷ È noto il dibattito sulla portata del ruolo simbolico del diritto penale, che investe ovviamente la concezione della sussidiarietà penale; cruciale è la questione dell'opportunità di scegliere la sanzione penale anche al di fuori dei casi di strettissima necessità, laddove essa sia ritenuta indispensabile perché la sola in grado di imprimere lo stigma necessario ad esprimere la riprovazione della condotta illecita da parte dell'ordinamento e quindi di riaffermare in modo “energico” il bene tutelato (sull'argomento cfr. G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Bologna 2009, 30 s.; la questione è affrontata da A. Manna, *Tutela penale della personalità*, cit., 23 ss., che paventa i rischi di un ricorso eccessivo alla sanzione penale in chiave simbolica).

vranazionali⁸, la necessità di garantire il minor sacrificio degli interessi antagonisti alla norma penale a pena di ostacolare, altrimenti, l'esercizio di una prerogativa fondamentale in una società democratica.

All'esito di una rapida messa a fuoco delle principali carenze della disciplina vigente, saranno oggetto di riflessione, oltre alla prospettiva dell'abolizione o della drastica riduzione del ricorso alla pena detentiva – il 'mantra' del dibattito riformatore – anche quelle relative all'introduzione di una causa di non punibilità sopravvenuta – contemplata nel d.d.l. 1119 ma rimasta in sordina – e all'estensione della responsabilità amministrativa degli enti al reato di diffamazione. Un cenno meriterà anche l'estensione delle disposizioni penali previste per il direttore del periodico ai soggetti responsabili delle testate giornalistiche registrate radiotelevisive e *online*.

3. Prima di affrontare gli specifici profili problematici della disciplina della diffamazione a mezzo stampa in prospettiva *de iure condendo*, è opportuno fornire un quadro sintetico del diritto vigente. Come noto, esso è costituito tanto dalle disposizioni del codice penale sulla diffamazione, quanto dalle disposizioni speciali della l. 8.2.1947 n. 47, approvata dall'Assemblea costituente nella consapevolezza della necessità di fornire una regolamentazione specifica, da un punto di vista sia amministrativo sia penale, di quello che allora costituiva indubbiamente il mezzo di comunicazione dotato della più ampia diffusione.

L'art. 595 co. 3 Cp prevede una circostanza aggravante del delitto di diffamazione per il caso in cui l'offesa sia arrecata «con il mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità»; ove sia riscontrata, la cornice edittale della pena della reclusione si estende da sei mesi a tre anni mentre, per quanto riguarda la multa, il tetto massimo è abolito e la sua soglia minima è fissata in 516 euro. Dal canto suo, l'art. 13 della legge sulla stampa contempla una fattispecie circostanziale in base alla quale, qualora la diffamazione commessa col mezzo della stampa consista nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena applicabile è quella della reclusione da uno a sei anni, congiunta con la multa non inferiore a 258 euro⁹.

Quanto appena affermato dimostra come il legislatore, tanto quello autoritario del 1930 quanto quello costituzionale del 1948, abbia riconosciuto netta prevalenza alle esigenze di repressione e prevenzione generale, scaturenti dalla maggiore gravità dell'offesa alla reputazione altrui arrecata col mezzo della stampa, rispetto a quelle di contenimento del rischio di dissuasione nei confronti dell'esercizio, da parte dei giornali-

⁸ Ci si riferisce, in particolare, alle osservazioni del Consiglio d'Europa e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che saranno oggetto di analisi più avanti.

⁹ Da sottolineare, inoltre, che le ipotesi semplici di diffamazione sono attribuite alla competenza del giudice di pace *ex art. 4 d.lgs. 28.8.2000 n. 274*, con la conseguenza che non sono punite in ogni caso con pena detentiva. Nel caso di diffamazione a mezzo stampa la competenza spetta al Tribunale monocratico.

sti, di quel diritto-dovere di informare i cittadini che pure costituisce una vera e propria funzione pubblica.

Tanto premesso, appare innegabile che il rigore delle previsioni legislative sia, in realtà, stemperato al momento dell'applicazione giurisprudenziale; in questa sede, infatti, l'irrogazione di una pena detentiva risulta assai rara, o perché non viene contestata l'aggravante di cui all'art. 13 l. 47/1948, o perché essa viene ritenuta equivalente rispetto ad altre circostanze attenuanti riconosciute o, ancora, quand'anche la pena venga inflitta, purché nei limiti dell'art. 163 Cp, essa rimane sospesa¹⁰.

L'eccezionalità dei casi in cui la pena detentiva è concretamente irrogata, come è avvenuto nel caso concernente il direttore Sallusti, non deve però indurre a trascurare un problema che certamente esiste – e riguarda, a parere di chi scrive, non solo la previsione edittale di una pena detentiva, anche abbastanza elevata, ma l'intera "strategia" sanzionatoria – e che, come si vedrà, ha una portata ben più estesa anche rispetto all'attuale dibattito sui reati a mezzo stampa: a partire dalla necessità di contemperare la tutela costituzionale e convenzionale della libertà di espressione con il diritto all'onore, può ritenersi adeguato un intervento del diritto penale puramente sanzionatorio – per di più ancorato alla comminatoria della tradizionale pena detentiva – o pare più opportuno ripensare la sua conformazione, attraverso tanto l'espansione di altre tipologie di pene quanto la rinuncia all'irrogazione delle stesse ove abbinata a strumenti in grado di garantire il soddisfacimento delle insopprimibili esigenze preventive?

Il *deficit* di effettività della sanzione penale è strettamente connesso, come si è visto, al carente rapporto di proporzione con il fatto. Un'attenta considerazione di tale questione è oggi a maggior ragione necessaria in conseguenza dello scrutinio effettuato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla legittimità delle pene inflitte per i reati a mezzo stampa¹¹.

L'art. 10 Cedu riconosce il diritto alla libertà di espressione e, al contempo, prevede la possibilità di sottoporlo a limitazioni ogni qual volta emerga la necessità di salvaguardare certe esigenze contrapposte, tra cui la «reputazione e i diritti altrui».

¹⁰ È ciò che emerge dai dati raccolti dal Centro Calamandrei, seppur riferiti a circa un trentennio fa, citati da A. Manna, *Beni della personalità*, cit., 183 s. Nel caso di Sallusti la sospensione condizionale non era stata concessa essendo stata riconosciuta l'impossibilità di una prognosi positiva sui futuri comportamenti del direttore de "Il Giornale" dal momento che aveva già riportato ben sei condanne ex art. 57 Cp e una per diffamazione.

¹¹ Notevole attenzione alla tutela della libertà di stampa è prestata da tutti gli organi del Consiglio d'Europa, come testimoniano le recenti risoluzioni adottate dall'Assemblea generale nel 2007 e nel 2013, rispettivamente la n. 1577 *Towards decriminalisation of defamation* e la n. 1920 *The state of media freedom in Europe* (disponibili sul sito dell'Assemblea www.assembly.coe.int). Con quest'ultima è stato richiesto alla Commissione di Venezia (Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto) di stilare, alla luce della condanna di Sallusti a quattordici mesi di reclusione, un parere sulla conformità delle leggi italiane in materia di diffamazione all'art. 10 Cedu.

Da un'analisi della giurisprudenza della Corte in materia emerge chiaramente il *favor* della stessa nei confronti della libertà di espressione esercitata a mezzo stampa, specie laddove essa contribuisca al dibattito di interesse generale, linfa vitale delle democrazie¹². Di conseguenza il sindacato sulla necessità delle misure di limitazione alla libertà di stampa è condotto in termini stringenti, anche nei casi in cui queste ultime siano dettate dall'esigenza di tutelare i diritti della persona.

Sebbene il controllo della Corte segua un andamento variabile secondo il caso concreto, tra i parametri che in via generale lo caratterizzano è indubbiamente presente la valutazione della natura e dell'entità delle sanzioni previste¹³. Queste designano una limitazione compatibile con l'art. 10 solo qualora non abbiano nei confronti della stampa un effetto dissuasivo tale da impedirle di svolgere il suo ruolo di «*alerte du publique*». Ne deriva che devono essere strettamente proporzionate all'entità dell'offesa all'altrui reputazione; in particolare, una pena detentiva sarebbe compatibile con la tutela convenzionale della libertà di stampa solo in presenza di circostanze eccezionali, cioè ove dei diritti fondamentali siano stati gravemente offesi, come nel caso di istigazione all'odio razziale o alla violenza¹⁴.

Proprio nel recente caso Belpietro¹⁵ la Corte europea ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 10 in quanto, pur riconoscendo il carattere diffamatorio dell'articolo in questione – rispetto al quale il direttore del quotidiano “*Il Giornale*” aveva omesso il controllo necessario ad impedire la commissione del reato, come richiesto dall'art. 57 Cp – ha ri-

¹² La Corte europea ha più volte affermato il ruolo fondamentale della stampa in uno Stato di diritto in quanto essa ha la funzione di “*communiquer des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général. A sa fonction, qui consiste à en diffuser, s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir*” (C. eur., sent. 23.9.1994, *Jersild c. Danimarca*). Celebre è rimasta, inoltre l'espressione, con cui la Corte europea definisce la libertà di stampa, di “*chien de garde de la démocratie*” (C. eur., sent. 26.11.1991, *Observer c. Regno Unito e Sunday Times c. Regno Unito*). Le sentenze della Corte europea sono facilmente consultabili sulla banca dati ufficiale al seguente indirizzo <http://hudoc.echr.coe.int>; la traduzione italiana di alcune di esse è disponibile sul sito www.osservatoriocedu.it.

¹³ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parigi 2012, 617 ss. L'Autore ricorda, tra i parametri che la Corte europea prende in considerazione per valutare la necessità delle restrizioni alla libertà di stampa, la natura degli interessi confliggenti (in genere, se l'informazione a mezzo stampa contribuisce al dibattito di interesse generale, l'interesse contrapposto, pubblico o privato che sia, viene ritenuto confliggente); il rispetto delle regole della deontologia da parte del giornalista, per cui la diffusione di una notizia falsa a danno della reputazione altrui giustifica la condanna per il reato di diffamazione; le sanzioni che trovano applicazione in caso di violazione da parte del giornalista dei diritti altrui, che devono rispondere in modo rigoroso ad un canone di proporzione rispetto alle affermazioni che hanno oltrepassato i limiti del diritto di informare.

¹⁴ C. eur., sent. 17.12.2004, *Cumpana e Mazare c. Romania*.

¹⁵ C. eur., sent. 24.9.2013, *Belpietro c. Italia*. Il direttore de “*Il Giornale*” era stato condannato in via definitiva per omesso controllo *ex art. 57 Cp* nei confronti di un articolo ritenuto diffamatorio (Cass. 5.3.2010 n. 13198, disponibile su www.penalecontemporaneo.it).

tenuto che la natura e l'entità delle sanzioni inflitte¹⁶ evidenziassero la sproporzione dell'ingerenza da parte dello Stato nella libertà di stampa; *a fortiori* per il tipo di condotta sanzionata – l'omissione di controllo da parte del direttore sulla pubblicazione di un articolo diffamatorio nel periodico da lui diretto – che non si caratterizzava per alcun connotato "eccezionale" che potesse giustificare il ricorso ad una sanzione di tale severità.

Su queste basi potrebbe forse prospettarsi una questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 l. 47/1948 per violazione dell'art. 117 Cost. in quanto, contemplando, almeno astrattamente, la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, a prescindere dall'esame della gravità concreta dell'offesa all'altrui reputazione, darebbe luogo a una limitazione non compatibile con la tutela della libertà di stampa assicurata dall'art. 10 Cedu. A tal proposito è interessante notare come la Suprema Corte abbia fatto recentemente applicazione dei principi enunciati dalla Corte europea, annullando una sentenza di condanna per diffamazione a mezzo stampa relativamente al trattamento sanzionatorio applicato, cioè l'irrogazione della pena detentiva in luogo di quella pecuniaria. In quest'occasione i giudici, pur non avvertendo la necessità di sollevare una questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, hanno operato esplicitamente un'interpretazione adeguatrice dell'art. 13 l. 47/1948, tanto rispetto all'art. 21 Cost., quanto rispetto all'art. 10 della Convenzione, richiamando esplicitamente l'orientamento della Corte di Strasburgo¹⁷.

Alla luce di tali osservazioni, se la pena detentiva sembra andare incontro inesorabilmente, a prescindere da una presa di posizione del legislatore, ad una rapida obsolescenza, bisogna sottolineare che anche l'irrogazione della sola pena pecuniaria potrebbe essere ritenuta contraria all'art. 10 se valutata sproporzionata rispetto alla violazione commessa e, quindi, in grado di determinare il c.d. *chilling effect*. D'altronde, è noto come contro il disegno di legge "post Sallusti" che aboliva la pena detentiva e prevedeva, oltre ad un potenziamento dell'istituto della rettifica, delle pene interdittive e delle multe elevate, si fossero levati gli strali dei giornalisti che lo tacciavano di legge-bavaglio.

D'altra parte, anche la pena pecuniaria non sfugge a censure di inefficacia. Oltre alla questione dell'inidoneità dei vigenti criteri di de-

¹⁶ Nel caso di specie, oltre alla somma complessiva di 110.000 euro a titolo di risarcimento del danno e riparazione ex art. 12 l. 48/1947, la condanna aveva ad oggetto la pena di quattro mesi di reclusione, condizionalmente sospesa.

¹⁷ Cass. 11.12.2013 n. 3237, disponibile su www.penalecontemporaneo.it. Per un recepimento dei principi dettati dai giudici di Strasburgo in materia di diffamazione a mezzo stampa si veda anche il comunicato stampa del Procuratore della Repubblica di Milano Bruti Liberati, consultabile su www.penalecontemporaneo.it, con cui invita i colleghi, assegnatari dei procedimenti per diffamazione a mezzo stampa in fase di indagine e/o designati per il dibattimento, a segnalargli preventivamente i casi nei quali potrebbero ricorrere le "circostanze eccezionali", come quelle evidenziate dalla Corte europea o altre dettate dal caso specifico, tali da giustificare in termini di proporzione la richiesta della pena detentiva.

terminazione, deve osservarsi come sia altamente probabile che una multa elevata finisca per ricadere sull'editore e non sull'autore del reato, con potenziali effetti negativi non tanto in termini di ingerenza degli editori sull'operato dei giornalisti, quanto proprio di scarsa efficacia deterrente, dal momento che una pena pecuniaria irrogata nei confronti di una persona fisica, per quanto elevata, risulterà un costo tra i tanti a carico dell'impresa editrice, magari traslato sull'acquirente finale; quantomeno è quello che sembra accadere nel caso dei grandi gruppi editoriali che certo non costituiscono un'eccezione nel panorama italiano dell'editoria.

Problemi analoghi – benché in un campo diverso dal diritto penale e che risponde ad esigenze altrettanto distinte – si presentano per il risarcimento del danno, che fisiologicamente ricade su soggetti diversi dal diretto responsabile. L'art. 11 l. 47/1948, infatti, prevede per i reati commessi a mezzo stampa un regime di solidarietà della responsabilità in base al quale «sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore». Ad ogni modo, anche la determinazione del risarcimento del danno, ove la sua entità sia tale da superare la dimensione compensativa e da ricomprendere una componente punitiva, può destare allarme in punto di proporzione¹⁸, sebbene non con l'intensità riscontrabile in sede di irrogazione della sanzione penale.

A tal proposito deve ricordarsi che, ai sensi dell'art. 12 della stessa legge sulla stampa, al risarcimento del danno può aggiungersi, su richiesta della persona offesa dal reato di diffamazione, una somma «determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato». Si tratta della c.d. riparazione pecuniaria che, da quanto emerge dalle indicazioni normative e dall'applicazione che ne ha fatto la giurisprudenza, sembra potersi accostare alle c.d. pene private¹⁹: destinata alla persona offesa ma commisurata alla gravità del fatto di reato, essa si configura come «sanzione destinata a rafforzare l'efficacia della responsabilità penale»²⁰.

¹⁸ La Corte europea ha esteso il suo sindacato anche ai risarcimenti del danno accordati alle vittime di diffamazione e, ove li ha ritenuti sproporzionati rispetto all'offesa, ha condannato lo Stato per violazione dell'art. 10 Cedu (si vedano in particolare C. eur., sent. 13.7.1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito* in cui "la Cour conclut que l'indemnité était "prévüe par la loi" mais non "nécessaire dans une société démocratique", dès lors que ne se trouvait pas garanti, compte tenu de l'ampleur de la somme combinée avec l'état du droit interne à l'époque, un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but légitime poursuivi"; C. eur., sent. 19.4.2001, *Maronek c. Slovacchia*).

¹⁹ Così è definita nella Relazione della sottocommissione *ad hoc*, in *Documenti*, Assemblea costituente, doc. 15/a, 4-5. Il dibattito sulle pene private e sulla loro possibile valorizzazione in favore dell'attribuzione al diritto penale di un ruolo di *extrema ratio* è affrontato in F. Bricola, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *FI* 1985, 332 ss. e P. Cendon, *La pena privata*, in *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa. Atti del Convegno promosso dal Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei*, Milano 1979.

²⁰ Così Cass., 20.11.1990, in *CP* 1991, II, 619. Cfr. Cass., 19.1.1993, in *CP* 1994, 2072.

È evidente come tale strumento, se utilizzato correntemente dai giudici e se effettivamente ancorato al disvalore del fatto, possa rivelarsi persino più efficace della sanzione penale stessa, non essendo suscettibile di sospensione. Al contempo, però, potrebbe risultare sproporzionato in quanto, in mancanza di soglie minime e limiti massimi previsti dalla legge, i giudici sarebbero privi di precisi vincoli nel determinarne l'ammontare. Se poi una simile misura possa trovare posto nel nostro sistema di responsabilità civile – ed eventualmente quale – è un ulteriore problema che osta ad una sua applicazione diffusa e che dipende dall'ammissibilità del superamento della natura riparatoria del risarcimento civile²¹. Né possono tacersi le perplessità sull'applicazione di una misura sostanzialmente punitiva, sia pur privata, all'esito di un procedimento civile, con conseguenze in punto di garanzie processuali e di standard probatorio facilmente immaginabili.

Delineato lo stato dell'arte del regime sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa, è possibile intraprendere, a partire dalle proposte avanzate nell'ultimo disegno di legge in discussione, una riflessione sulle modifiche da adottare nell'ottica di un potenziamento dell'efficacia della risposta penale, nel tentativo di instaurare, all'insegna del rispetto del fondamentale canone di proporzione, una ragionevole mediazione tra le esigenze di tutela dell'altrui onore e quelle della libertà di stampa.

4. L'idea di una riforma dei reati a mezzo stampa ha costituito un *leitmotiv* degli ultimi decenni; propugnata con vigore e proficuo interesse scientifico si è però dissolta di volta in volta negli accesi confronti tra legislatore, giornalisti e accademici, lasciando in eredità stimoli e moniti da utilizzare a futura memoria.

Restringendo l'analisi al disegno di legge – che pure raccoglie alcuni spunti delle precedenti iniziative – in corso di esame in Commissione giustizia al momento in cui si scrive, se ne esamineranno gli elementi più rilevanti ai fini dell'indagine qui proposta.

Prima di scorrerne l'articolato, occorre soffermarsi sulla scelta di mantenere la tutela penale contro il reato di diffamazione, nonostante l'opposta direzione indicata recentemente dalle sollecitazioni internazionali e da alcuni pareri espressi nel dibattito interno²². Le perplessità sue-

²¹ Si veda in proposito M. Romano, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile. Diritto penale*, in *RIDPP* 1993, 2 ss. Nella letteratura civilistica *ex pluribus* A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano 1982.

Bisogna sottolineare, inoltre, che un'espansione delle sanzioni pecuniarie civili, al di fuori quindi della logica risarcitoria, avverrà a breve quando saranno attuate le deleghe al Governo in materia di riforma del sistema sanzionatorio, di cui all'art. 2 l. 28.4.2014 n. 67; in base ad esse l'abrogazione di una serie di reati – tra cui l'ingiuria – dovrà essere accompagnata dall'istituzione di «sanzioni pecuniarie civili», strutturate, quanto a modalità di determinazione, secondo una logica punitiva.

²² Si vedano su www.camera.it i lavori parlamentari alla Camera dei deputati, in cui sono emerse alcune posizioni favorevoli alla depenalizzazione dei reati di ingiuria e diffamazione. Su questa posizione si veda M. Castellaneta, *Caso Sallusti, sulla diffamazione a mezzo stampa necessarie regole "in linea" con i principi europei*, in *GD* 2013, 14 ss.

sposte circa l'inafferrabilità del bene giuridico e il rischio di un eccessivo effetto dissuasivo nei confronti dell'attività dei giornalisti non sono state ritenute sufficienti a mettere in discussione la necessità della funzione repressiva e stigmatizzante del diritto penale nei confronti di condotte la cui oggettiva lesività non sembra potersi negare, né per ritenere più efficaci o rispettosi della libertà di espressione gli strumenti extra-penali, che pure trovano applicazione esclusiva in altri ordinamenti.

A tal proposito l'esempio del Regno Unito appare particolarmente significativo: con il *Coroners and Justice Act* del 2009 sono state depenalizzate anche le ipotesi di diffamazione fino a quel momento presidiate dal diritto penale e ricomprese entro la fattispecie di *libel*, cioè la diffamazione in forma scritta, connotata da una certa gravità per l'aver arrecato lesione all'ordine pubblico attraverso il c.d. *breach of peace*²³. È pur vero, d'altra parte, che negli ordinamenti di *common law* il carattere afflittivo tipico della sanzione penale può contraddistinguere anche il risarcimento del danno, limitatamente alle ipotesi connotate dalla c.d. *malice*, come avviene nel caso dei *punitive damages*.

Lungi dall'introdurre ipotesi di danni punitivi in sostituzione della sanzione penale, magari rinvigorendo l'art. 12 l. 47/1948 – anzi espressamente abrogato – e dal ridefinire gli elementi della fattispecie di diffamazione a mezzo stampa, il nostro legislatore si è limitato a rimodulare la tipologia e l'entità delle pene previste dalle vecchie disposizioni del codice e della legge sulla stampa, secondo tre principali linee di intervento: sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria appositamente rimodulata; graduazione della risposta penale secondo dei coefficienti espressivi della gravità del fatto o della capacità a delinquere, con previsione per le ipotesi più gravi di pene accessorie; valorizzazione del nullo istituto della rettifica come causa di esclusione della punibilità sopravvenuta.

Sotto il primo profilo, devono innanzitutto constatarsi delle incongruenze di dosimetria sanzionatoria tra la disposizione di cui all'art. 595 Cp e l'art. 13 della l. 47/1948: basti ricordare che quest'ultimo prevedrebbe per l'ipotesi di diffamazione a mezzo stampa o radiotelevisione la pena della multa da 5000 a 10000 euro, inferiore rispetto alla pena da applicare nel caso in cui l'offesa sia arrecata con qualsiasi mezzo di pubblicità, anche in via telematica; a tale ipotesi aggravata, infatti, ai sensi dell'art. 595 co. 3 Cp si deve applicare la pena base per la diffamazione semplice – la multa da 3.000 a 10.000 euro – aumentata della metà. In realtà, se si considera l'obiettivo del legislatore di tutelare la libertà di

²³ Si veda M. Grotto, *La diffamazione a mezzo stampa in Common Law. Profili penalistici*, in *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. Atti del Convegno*, a cura di A. Melchionda e G. Pascuzzi, Trento 2005, 363 ss. Da sottolineare che si è recentemente provveduto a riformare la disciplina sostanziale della diffamazione con il *Defamation Act* del 2013 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/contents/enacted>) che, attraverso l'introduzione del requisito del *serious harm* e la modifica delle *defences*, mira a migliorare il temperamento tra tutela della persona e libertà di espressione (per un commento sulla disciplina inglese e sulle recenti modifiche si veda A. Gullo, *op. cit.*, 130 ss.).

espressione dei giornalisti, neppure può parlarsi di un'incongruenza; semmai della naturale conseguenza della scelta – opinabile perché trascura la maggiore lesività, oggettivamente misurabile, dei fatti commessi attraverso un mezzo di comunicazione di massa – di prevedere nei confronti della diffamazione a mezzo stampa o radiotelevisione, diversamente dal passato, un trattamento più favorevole rispetto a quello applicabile alle ipotesi di diffamazione commessa attraverso altri mezzi di pubblicità, addirittura quasi coincidente con quello contemplato per l'ipotesi semplice di diffamazione.

Anche volendo prescindere da tali riserve, non può tacersi la delusione per la mancata introduzione – nonostante i ripetuti solleciti della dottrina – di un sistema di determinazione della pena pecuniaria per quote, che consenta di commisurare effettivamente l'entità della sanzione alla capacità economica del reo, così garantendo un equilibrio soddisfacente tra le esigenze di efficacia special-preventiva e general-preventiva²⁴.

Non sembrano pertanto fugati i dubbi suesposti in ordine all'efficacia di tali sanzioni; né d'altronde convince – sebbene da più parti acclamata come nucleo centrale della riforma e, in un certo senso, ritenuta obbligata alla luce delle indicazioni sovranazionali²⁵ – l'abolizione totale della pena detentiva. La scelta meritoria di graduare la risposta sanzionatoria secondo la gravità delle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa e radiotelevisione ben avrebbe potuto essere accompagnata dalla decisione di mantenere la pena detentiva proprio per le ipotesi più gravi, senza peraltro contravvenire alle sollecitazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale tollera un intervento limitativo della libertà personale a tutela della reputazione altrui nei casi di eccezionale gravità. Pertanto si ritiene che una pena detentiva avrebbe dovuto essere prevista almeno nel caso di realizzazione della nuova circostanza aggravante – sempre che la si ritenga tale e non una fattispecie autonoma di reato – avente ad oggetto il caso in cui l'offesa consista «in un fatto determinato falso, la cui diffusione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità».

Qualche riflessione deve essere rivolta anche all'introduzione di quest'ipotesi aggravata – per la quale è prevista la pena della multa da 20.000 a 60.000 euro – e alla sua idoneità ad individuare la carica lesiva più profonda dei fatti di diffamazione. Il maggiore disvalore è incentrato

²⁴ Tale sistema, come noto, è previsto dall'art. 11 del d.lgs. 8.7.2001 n. 231 per la commisurazione della sanzione pecuniaria da irrogare agli enti; la sua generalizzazione rimane inspiegabilmente ad oggi un tabù. Il problema affligge, quindi, non soltanto il diritto penale della stampa ma si iscrive nel quadro più ampio dell'ineffettività della pena pecuniaria nel nostro ordinamento, che coinvolge oltre che il piano della sua determinazione, anche quello della sua esecuzione. Si veda, anche per i riferimenti bibliografici sul tema, L. Goisis, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano 2008. Ancora più recente Id., *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁵ Si veda, in particolare, il resoconto della seduta della Camera del 6.8.2013, consultabile sul sito www.camera.it.

nell'elemento soggettivo doloso della consapevolezza della falsità del fatto attribuito e caratterizza un nucleo ben selezionato, quindi, di condotte diffamatorie. Desta qualche perplessità il fatto che, laddove l'autore dell'offesa si sia trovato in dubbio riguardo alla falsità del fatto ma non abbia compiuto le ricerche necessarie ad appurarla, la pena applicabile sia la semplice multa da 5.000 a 10.000 euro. Da un lato, permarrrebbe la gravità oggettiva dell'offesa arrecata mediante l'attribuzione di un fatto determinato falso; dall'altro, sul piano soggettivo, il giornalista si sarebbe comunque reso responsabile della violazione delle regole fondamentali della sua professione, le quali gli impongono un vaglio attento delle fonti. Se a ciò si aggiunge che la prova dell'elemento soggettivo doloso può rivelarsi poco agevole in molti casi, si comprende come l'ambito di applicazione della circostanza aggravante risulti eccessivamente ristretto e, vanificato l'intento di graduare la risposta sanzionatoria in relazione alla gravità dei fatti, la pena applicabile ai casi di diffamazione a mezzo stampa – salve le ipotesi di recidiva aggravata di cui si dirà di seguito – sia indiscriminatamente una multa davvero poco onerosa.

La differenziazione della pena da quantitativa si fa qualitativa allorché il giornalista sia un “diffamatore incallito”: il nuovo art. 13 co. 2 introdurrebbe, infatti, per le ipotesi menzionate al primo comma, la pena accessoria dell'interdizione dall'esercizio della professione da uno a sei mesi nell'ipotesi di cui all'art. 99 co. 2 n. 1 Cp, cioè di recidiva aggravata dalla medesima indole dei reati commessi.

L'idea di un simile intervento è stata ricorrente nel dibattito sulla riforma dei reati a mezzo stampa²⁶: l'ammissione, anche solo tacita, dell'inefficacia delle sanzioni principali – pecuniarie o detentive che siano – ha indotto al recupero dell'effetto positivo di prevenzione attraverso l'irrogazione di una sanzione di certo temuta e la cui applicazione non presenta particolari problemi di esecuzione. Benché se ne condivida lo spirito – nella convinzione che le sanzioni interdittive siano le più idonee a soddisfare le funzioni della pena per certi tipi di reati²⁷ – si ritiene che un limite massimo di durata più lungo – fino ad un anno ad esempio – consentirebbe una corrispondenza maggiore al ventaglio di condotte diffamatorie possibili e garantirebbe una certa efficacia anche con riferimento alle ipotesi più gravi, come quella dell'attribuzione consapevole di un fatto determinato falso. Del resto, se appare corretta la limitazione della sanzione interdittiva ad ipotesi connotate da una certa gravità sul

²⁶ La possibile previsione di sanzioni interdittive a carico dei giornalisti colpevoli di diffamazione era già ventilata da P. Nuvolone, *Giornalisti e diffamazione*, in *IP* 1971, 140 ss. Il d.d.l. 3176 prevedeva anch'esso per i casi di recidiva aggravata, limitatamente alla diffamazione a mezzo stampa commessa mediante attribuzione di un fatto determinato, la possibilità di irrogare la sanzione accessoria dell'interdizione dall'esercizio della professione giornalistica. Attualmente la sanzione interdittiva della sospensione dall'esercizio della professione giornalistica è applicabile come sanzione disciplinare, al di fuori del controllo giudiziale, dal Consiglio competente dell'Ordine dei giornalisti quando la condotta del giornalista abbia «compromesso la dignità professionale» (si vedano gli artt. 51-55 l. 3.2.1963 n. 69, *Ordinamento della professione di giornalista*).

piano della capacità a delinquere, una connessione anche con la gravità del fatto sarebbe stata preferibile. L'interdizione temporanea dall'esercizio della professione di giornalista sarebbe applicata automaticamente, infatti, anche al soggetto autore di un giudizio diffamatorio – diffuso a mezzo stampa o radiotelevisione – a prescindere dall'attribuzione di un fatto determinato. È probabile che un caso del genere, qualora dovesse verificarsi, non sfuggirebbe alle censure della Corte europea dei diritti dell'uomo in punto di proporzionalità della sanzione e di effetto intimidatorio nei confronti della libertà di stampa.

A tutte le ipotesi ricomprese dal primo comma dell'art. 13 sarebbe, inoltre applicabile la pena accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna nei modi stabiliti dall'art. 36 Cp. La modifica non sembra davvero necessaria, dal momento che, proprio in caso di diffamazione, è possibile che sia interesse della persona offesa evitare una pubblicizzazione del fatto. In ogni caso, in virtù dell'art. 9 l. 47/1948, è già prevista la pubblicazione obbligatoria e gratuita della sentenza nel periodico in cui è stato pubblicato lo scritto illecito, la quale ben si presta a contribuire al soddisfacimento dell'interesse alla reintegrazione dell'onore della vittima e al ripristino della verità sul fatto contestato, oltre che ad esplicare una funzione deterrente.

Il terzo aspetto innovativo del d.d.l. in discussione, riguarda la previsione di una causa di non punibilità per la diffamazione *ex art. 13* nei confronti dell'autore dell'offesa o del direttore della testata giornalistica ove «con le modalità previste dall'articolo 8 [...], anche spontaneamente, siano state pubblicate o diffuse dichiarazioni o rettifiche». Riprendendo una proposta già avanzata nel d.d.l. 3176/2004²⁸, il legislatore sembra così attribuire alla rettifica – istituto disciplinato all'art. 8 l. 47/1948 – un'efficacia reintegratoria nei confronti del bene giuridico leso dalla condotta diffamatoria, tale da tacitare il corrispondente bisogno di pena. Siffatta modifica impone un'attenta valutazione di legittimità ed opportunità dell'*an* e del *quomodo* della non punibilità per rettifica; al contempo stimola ad una riflessione più ampia sulla possibilità di valorizzare questo ed ulteriori strumenti atti a paralizzare – già al momento

²⁷ Sul tema si vedano P. Pisa, *Le pene accessorie*, Milano 1984; A. Menghini, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, Torino 2008. Il dibattito degli ultimi anni sulla riforma del sistema sanzionatorio ha preso in considerazione l'ipotesi di elevare alcune sanzioni interdittive a pene principali; da ultimo si veda lo *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita con d.m. 13.6.2013 dal Ministro della Giustizia A.M. Cancellieri e presieduta dal Prof. F. Palazzo, consultabile alla pagina http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1392021132Comm_Palazzo.pdf.

²⁸ Si veda in proposito il commento di G. Longo, *La riforma del delitto di diffamazione tra esigenze punitive e cause di non punibilità*, in *DPP* 2005, 1559 ss.

²⁹ Ci si riferisce alla tradizionale idea di matrice illuministica dell'infedeltà della risposta sanzionatoria, sostenuta tanto da concezioni retributive quanto da concezioni general-preventive della funzione della pena, riassunta nel brocardo *nullum crimen sine poena legali*. Si veda in proposito A. Rocco, *Sul concetto di diritto penale obiettivo*, in *Opere giuridiche*, II, Roma 1932.

della comminatoria edittale o in un momento immediatamente successivo – il *continuum* reato-pena²⁹, in quanto di per sé in grado di assicurare una tutela efficace dei beni in gioco, e quindi di assolvere la funzione della pena rendendone superflua l'applicazione.

5. Il disegno di legge attualmente in discussione modificherebbe la disciplina vigente delle rettifiche di cui all'art. 8 l. 47/1948, eliminando – con il rischio di limitare eccessivamente la libertà giornalistica – ogni potere di intervento del direttore o del responsabile³⁰ sui contenuti da inserire. Questi ultimi, infatti, dovrebbero limitarsi a pubblicare gratuitamente, informandone l'autore dell'articolo, le dichiarazioni o rettifiche provenienti dai soggetti offesi «senza commento, senza risposta e senza titolo». Rimarrebbe da rispettare il limite temporale decorrente dal momento della richiesta, nonché quello riferito all'ampiezza del testo e alla corrispondenza con le caratteristiche tipografiche delle affermazioni contestate. Il direttore, o il responsabile, che non osservi l'obbligo di pubblicare le dichiarazioni o rettifiche di cui all'art. 8 continuerebbe ad essere punito con sanzione amministrativa; d'altra parte – e inspiegabilmente – ove la richiesta provenisse dall'autore della pubblicazione, egli sarebbe sottoposto alle sanzioni penali previste dall'art. 13 co. 1.

Sembra leggersi tra le righe che la provenienza della richiesta dall'autore dello scritto costituisca una rassicurazione sulla sussistenza dell'offesa diffamatoria e giustifichi, conseguentemente, l'applicazione di una sanzione penale nei confronti del soggetto che ostacoli l'immediata reintegrazione del bene leso e si renda in tal modo partecipe dell'illecito stesso; o, forse, è ancora più plausibile che la sanzione penale intervenga a garantire che il diniego del direttore non privi l'autore dell'offesa che si sia ravveduto del giusto premio rappresentato dal beneficio della causa non punibilità. Davvero non si vede come il medesimo comportamento omissivo del direttore, concretantesi nell'inosservanza di un obbligo di legge, possa dar luogo a conseguenze sanzionatorie diverse – amministrative in un caso, penali nell'altro – a seconda che la richiesta a cui è ricollegato il sorgere dell'obbligo provenga dalla persona offesa o dall'offensore stesso.

Aldilà di tale esito, ciò che più interessa è il caso in cui le dichiarazioni e rettifiche siano state pubblicate. Come anticipato, la riforma prevede che l'avvenuta pubblicazione costituisca una causa di non punibilità del fatto, tanto per il direttore quanto per l'autore dell'offesa, a prescindere dal soggetto da cui provenga l'iniziativa, purché il giudice accerti la rispondenza ai requisiti di legge.

Non essendo questa la sede per esaminare approfonditamente la categoria della non punibilità nella teoria generale del reato e il suo fon-

³⁰ La riforma estenderebbe, inoltre, la disciplina della rettifica di cui alla l. 47/1948 anche alle testate giornalistiche *on line*; per quanto riguarda, invece, inalterata la radiotelevisione, resterebbe applicabile l'art. 32-*quinquies*, d.lgs. 31.7.2005 n. 177, *Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*; caratteristica peculiare di quest'ultima è l'intervento eventuale dell'Autorità garante per le comunicazioni, ove il soggetto richiesto non ritenga vi siano le condizioni per la trasmissione della rettifica.

damento dogmatico³¹, ci si limiterà ad alcune considerazioni che consentano di valutare, con specifico riferimento al modo in cui la rettifica è costruita nel disegno di legge, l'idoneità di quest'ultima a soddisfare le esigenze cui dovrebbe corrispondere, specie in questo momento, la previsione di cause di non punibilità sopravvenuta nel nostro ordinamento. Senza dimenticare la peculiarità del reato – la diffamazione a mezzo stampa – rispetto al quale dovrebbe prodursi l'effetto della non punibilità.

L'idea secondo cui la mancata irrogazione della pena nuoccia in ogni caso alla credibilità dell'ordinamento penale, rendendo la comminatoria legale «vuota ed inefficace»³², tanto sotto il profilo della deterrenza quanto sotto quello della convalida normativa, è ormai smentita non solo del fatto che la non punibilità mostra di poter dare un'adeguata risposta alle medesime esigenze, ergendosi a vera e propria tecnica sanzionatoria – seppur di carattere premiale – ma anche perché essa sembra, in taluni casi, contribuire all'appagamento di bisogni imprescindibili o tendenze meritevoli del diritto penale contemporaneo: da un lato la dimensione teleologica della tutela del bene giuridico e la sussidiarietà nella fase dell'applicazione della pena³³; dall'altro, la dimensione negoziale e conciliativa³⁴. *A fortiori*, il riferimento è alle cause di non punibilità sopravvenute che siano basate su condotte antagonistiche rispetto all'offesa incriminata e che comportino una reintegrazione dell'interesse protetto, insieme con la rinuncia all'irrogazione della pena – perché superflua – in seguito all'accertamento del fatto ma prima della condanna³⁵; e che si esplichino anche in forme compositive del rapporto tra la vittima e l'autore del reato, come quanto già avviene nel procedimento davanti al giudice di pace³⁶.

Occorre, dunque, valutare se il *modus operandi* della rettifica di cui al d.d.l. 1119 sia conforme al paradigma delle cause di non punibilità sopravvenute appena delineato. *In primis*, qualche dubbio sorge in punto di rispetto della logica premiale e conciliativa: se è vero che, rispetto a quanto precedentemente disposto nel d.d.l. 3176/2004³⁷, la pubblicazione di rettifiche o dichiarazioni può avvenire anche «spontaneamente», biso-

³¹ Sull'argomento si rimanda a G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, in *ED VI*, 1960, 609 ss.; T. Padovani, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *RIDPP* 1986, 398 ss.; A. Di Martino, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998; M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in *IP* 2001, 1035 ss.; G. Cocco, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, pubblicato sul sito www.penalecontemporaneo.it.

³² F. Stella, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, 24.

³³ M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *IP* 2003, 75 ss.

³⁴ M. Donini, *Non punibilità*, cit., 1057 ss.

³⁵ Si veda T. Padovani, *op. cit.*, 405 ss.

³⁶ Si vedano gli artt. 34 e 35 d.lgs. 274/2000, sebbene si tratti in questi casi, rispettivamente, di esclusione della procedibilità e di estinzione del reato.

³⁷ Si vedano i rilievi critici di A. Manna, *La nuova disciplina della diffamazione a mezzo stampa*, cit., 73.

gna segnalare, da un lato, che in caso di richiesta essa non si atteggia affatto a comportamento volontario, indice di un ravvedimento operoso e di una riconciliazione tra la vittima e l'autore della diffamazione³⁸; tale pubblicazione è, infatti, il contenuto di un obbligo sanzionato dalla legge sul piano civile, amministrativo e, in alcuni casi, addirittura penale³⁹. Dall'altro, ove essa avvenga spontaneamente, oltre all'ovvia – peraltro non necessariamente rilevante – constatazione per cui tale spontaneità riguarderebbe il più delle volte un comportamento sorretto dal solo scopo di conseguire l'impunità, è da sottolineare che l'ottenimento di quest'ultima prescinderebbe da qualunque valutazione di positivo soddisfacimento dei propri interessi da parte della persona offesa.

Qualche osservazione è d'obbligo anche con riferimento all'oggettiva idoneità ripristinatoria nei confronti del bene giuridico leso dall'offesa diffamatoria perpetrata a mezzo stampa – o a mezzo di radiotelevisione o *online* purché si tratti di testata giornalistica registrata – che sembra fortemente condizionata dall'ambivalenza intrinseca dello strumento della rettifica.

Innanzitutto, pare che la sua funzione predominante consista alla prova dei fatti nel concedere alla persona che si ritenga offesa dalle informazioni pubblicate una facoltà di replica grazie alla quale esprimere la propria "versione" e confutare quanto in precedenza si sia vista attribuire con pregiudizio per la propria dignità. Più che reintegrare l'onore del diffamato, quindi, la rettifica assolve la funzione di assicurare un'informazione dialettica sui *mass-media*, a beneficio non tanto dell'interesse dell'individuo, quanto, tutt'al più, dell'interesse della collettività alla trasparenza e alla pluralità dell'informazione pubblica⁴⁰. Del resto, se è vero che la rettifica, per le caratteristiche grafiche imposte e per la celerità con cui deve essere pubblicata, è potenzialmente in grado di raggiungere i destinatari dell'informazione giornalistica contestata, ciò non significa che la sfera della reputazione del singolo venga per ciò solo reintegrata; come risulta evidente dalla banale considerazione secondo cui, in mancanza di un'asseverazione della verità e correttezza del-

³⁸ Sebbene, infatti, non si richieda, per ovvie ragioni, un mutamento dell'atteggiamento interiore dell'autore dell'offesa, dovrebbero comunque rintracciarsi degli indici che giustificano il venir meno delle esigenze di prevenzione speciale dell'irrogazione della pena. Tale punto, in realtà è assai controverso (cfr. T. Padovani, *op. cit.*, 409 s. e A. Di Martino, *op. cit.*, 234 s.), tanto che la volontarietà sembra ridursi necessariamente a criterio di imputazione personale della condotta che esprime la regressione dell'offesa.

³⁹ Ci si riferisce sul piano civile alla possibilità di chiedere la pubblicazione al giudice, in caso di inottemperanza alla richiesta nel limite temporale previsto, *ex art.* 700 Cpc; sul piano amministrativo alla sanzione da 8000 a 16000 euro contemplata in caso di inosservanza dell'obbligo di pubblicazione; sul piano penale alla soggezione, già accennata, del direttore o del responsabile, che rifiutano la pubblicazione su richiesta dell'autore dell'offesa, alle pene di cui all'art. 13 l. 47/1948.

⁴⁰ Sul carattere oggettivo della rettifica ha insistito C. Cost., sent. 3.5.1974, n. 133, in *GCos* 1974, 874, secondo cui l'art. 8 della l. 47/1948 è «imposto a tutela del pubblico interesse e della obiettività della informazione». Così sembra esprimersi A. Melchionda, *Il diritto di rettifica come mezzo di tutela del diffamato: realtà e prospettive*, in *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa*, cit., 155 s.

l'informazione contenuta nella rettifica, non è affatto detto che l'opinione dei destinatari nei confronti del diffamato muti.

D'altra parte, sebbene il disegno di legge subordini l'effetto preiale della rettifica ad un controllo giudiziale, tale modifica non risulta sufficiente ad inserire un reale controllo sull'efficacia reintegratoria nel caso concreto: il sindacato del giudice è limitato alla rispondenza ai «requisiti di legge». Si rimanda cioè ai parametri formali di cui all'art. 8, che nulla dicono circa l'effettivo ripristino del bene dell'onore e, semmai, ne costituiscono delle mere precondizioni. In mancanza di garanzie di tutela del bene giuridico e di efficacia special-preventiva, il radicale effetto di non punibilità attribuito alla rettifica – per come è congegnata dalla riforma – diventa espressione di una sussidiarietà “vuota”, incapace di giustificare l'idea che un reato resti impunito.

Sarebbe necessario, quindi, che il legislatore, maturata una maggiore consapevolezza sul ruolo della non punibilità, costruisca un modello di rettifica idoneo a soddisfarne le insopprimibili esigenze preventive e soddisfatorie; a tal proposito, la previsione di un controllo da parte del giudice sull'idoneità ripristinatoria appare imprescindibile per evitare che l'idea, di per sé meritevole, della pena come *extrema ratio* faccia da schermo a malcelati obiettivi deflattivi e diventi il surrogato di una depenalizzazione ancora mal tollerata.

6. Una breve riflessione sull'elaborazione di cause di non punibilità della diffamazione a mezzo stampa non può prescindere da un accenno al ruolo da attribuire, in questa logica, al risarcimento del danno subito dalla persona offesa. Il d.d.l. 1119 non prevede che il risarcimento del danno possa fungere da causa di non punibilità sopravvenuta e provvede all'abrogazione dell'attuale art. 12 l. 47/1948, cioè di quell'ibrida riparazione pecuniaria da reato, aggiuntiva rispetto al risarcimento, che non ha probabilmente ancora trovato adeguata sistemazione tra le sanzioni applicabili in caso di diffamazione. D'altra parte, i criteri originariamente fissati per la determinazione della riparazione sarebbero recepiti, e arricchiti di ulteriori⁴¹, dal nuovo art. 11-*bis*, dedicato al risarcimento del danno civile; l'intento parrebbe quello di fornire un sostrato oggettivo alla difficile “monetizzazione” del danno ad un bene immateriale e, al contempo, contenere eventuali eccessi restrittivi nei confronti della libertà di stampa. Deve sottolinearsi, inoltre, che il sindacato sull'effetto riparatorio della rettifica, assente in sede di declaratoria di non punibilità, è invece contemplato dal legislatore della riforma – con un esito che non può non apparire contraddittorio – come criterio di determinazione del risarcimento del danno in sede civile.

Proprio il risarcimento del danno, inteso come pentimento operoso dell'autore del reato, potrebbe fungere da elemento riparatore per eccel-

⁴¹ Oltre alla diffusione quantitativa e alla rilevanza nazionale o locale del mezzo di comunicazione usato e alla gravità di offesa, ci si riferisce, come accennato nella nota precedente, all'effetto riparatorio della pubblicazione e della diffusione della rettifica.

lenza, in grado di neutralizzare il bisogno di pena e garantire il soddisfacimento delle esigenze di prevenzione, reintegrazione e conciliazione.

Come noto, il nostro ordinamento già attribuisce rilevanza al risarcimento del danno come condotta susseguente al reato: si pensi alla circostanza attenuante di cui all'art. 61 n. 6 Cp; all'indice di valutazione della capacità a delinquere nella determinazione della pena di cui all'art. 133 co. 2 n. 3 Cp; alla riduzione da un terzo alla metà della sanzione pecuniaria a carico dell'ente e all'esclusione dell'applicazione nei suoi confronti delle sanzioni interdittive di cui rispettivamente all'art. 12 e all'art. 17 d.lgs. 8.6.2001 n. 231; alla causa di estinzione del reato di oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341-*bis* Cp, di recente introduzione⁴²; nel limitato ambito della giurisdizione di pace, alla causa di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie – subordinata ad una valutazione giudiziale circa la loro idoneità in concreto a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione – di cui all'art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274⁴³, che rappresenta forse l'istituto più significativo di *restorative justice* nella nostra legislazione penale.

La logica generale sottesa alle disposizioni richiamate – in particolare all'ultima, ove trova espressione compiuta – è la seguente: il risarcimento del danno, eventualmente concordato tra vittima e autore del reato sotto la supervisione del giudice, è indice di un'attenuazione dell'esigenza di prevenzione speciale; di per sé, rivestendo un certo carattere afflittivo, soddisfa almeno parzialmente l'esigenza di prevenzione generale; in quanto somma destinata alla vittima danneggiata sortisce un effetto reintegratorio nei confronti del bene giuridico leso.

Se è vero che tale logica appare idonea a sorreggere l'introduzione di una causa di non punibilità sopravvenuta del delitto di diffamazione a mezzo stampa – come del resto propugnato da alcuni⁴⁴ – non possono tacersi alcune perplessità che dovrebbero indurre all'attenta ponderazione di un eventuale intervento in tal senso. A prescindere da alcuni dubbi sull'idoneità riparatrice del risarcimento nei confronti della lesione di un bene della persona come l'onore, non può tacersi la difficoltà di elaborare dei criteri adeguati al fine della determinazione del *quantum*: l'esigenza di soddisfare la vittima deve, infatti, misurarsi con la necessità di evitare risarcimenti esorbitanti, ancora più afflittivi e intimidatori nei confronti della libertà di stampa rispetto alla pena da irrogare originariamente. Occorre, inoltre, ribadire l'irrinunciabilità di una valutazione giudiziale preventiva sull'idoneità del risarcimento a soddisfare le esigenze di tutela della persona offesa, e appare opportuno favorire,

⁴² In proposito F. Turlon, *Restorative justice e oltraggio a pubblico ufficiale*, in *DPP* 2011, 99 ss.

⁴³ Sulla portata della disposizione si rimanda a R. Bartoli, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostrae, G. Illuminati, Torino 2001, 377 ss.; G. Flora, *Il sistema delle sanzioni nella legge istitutiva della competenza del giudice di pace*, in *IP* 2001, 1201 ss.; S. Quattrococo, *Commento all'art. 35 d.lgs. 274 del 2000*, in *LP* 2001, 203 ss.

⁴⁴ Si vedano A. Manna, *La nuova disciplina della diffamazione a mezzo stampa*, cit., 82; A. Gullo, *op. cit.*, 198 s.

sulla scia di quanto previsto per l'estinzione dichiarata dal giudice di pace, la gestione processuale di una vera e propria composizione della lite, in modo da fornire al giudice tutti gli strumenti necessari per giungere ad una soluzione concordata tra le parti.

Nel quadro di una riforma più ampia che riguardi l'insieme dei reati perseguibili a querela, la valorizzazione del risarcimento del danno quale causa di non punibilità sopravvenuta, o addirittura di estinzione del reato – com'è stato recentemente proposto da una Commissione di studio⁴⁵ – sarebbe da considerare con interesse, specie nell'ottica di promuovere un diritto penale di stampo conciliativo e nella consapevolezza che un diritto penale minimo si realizza non solo a monte della scelta incriminatrice del legislatore, ma anche nel momento giudiziale dell'irrogazione della pena⁴⁶.

7. A margine del dibattito sulla riforma della diffamazione a mezzo stampa, si è riflettuto sulla possibile estensione della responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001 a tale reato⁴⁷. Sebbene il d.d.l. attualmente in discussione non abbia accolto una simile proposta, si ritiene opportuno valutare se essa sia idonea ad inaugurare una linea di intervento segnata dal pragmatismo preventivo del diritto penale moderno e diretta al conseguimento dei primari obiettivi di efficacia e proporzione.

A sostegno di tale intervento vi è indubbiamente la convinzione secondo cui la costruzione di un intervento penale adeguato, in termini di efficacia ed effettività, alla repressione e prevenzione degli illeciti compiuti a mezzo stampa non può prescindere da una schietta presa di coscienza circa la realtà dell'impresa giornalistica. Le discussioni in Parlamento si sono focalizzate sulla necessità di circoscrivere l'intervento del diritto penale – seppur limitatamente al rigore sanzionatorio – laddove possa comportare un'ingiustificata compressione della libertà di informazione giornalistica, ma non hanno considerato la possibilità di adat-

⁴⁵ Ci si riferisce alla Commissione ministeriale di studio sulla depenalizzazione, istituita nel 2012 e presieduta dal Prof. A. Fiorella, che proponeva l'introduzione nel codice penale dell'articolo 162-ter, rubricato *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*: «Per i delitti procedibili a querela, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha proceduto, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. [...]». Il testo dell'articolato proposto dalla Commissione è consultabile alla pagina web https://www.senato.it/applicazione/xmanager/projects/leg17/attachments/dossier/file_internets/000/000/229/Dossier_048.pdf.

⁴⁶ *Contra*, sebbene alla luce dell'evoluzione che ha interessato il diritto penale nell'ultimo periodo il pensiero appare ormai anacronistico, D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano 1999.

⁴⁷ Così già G. Longo, *La riforma del delitto di diffamazione tra esigenze punitive e cause di non punibilità*, cit., 1561. Recentemente ha sollevato la questione, auspicando che all'introduzione della responsabilità collettiva dell'ente si accompagni l'eliminazione della responsabilità individuale del direttore del periodico per omesso controllo ex art. 57 Cp, A. Mino, *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica. Dalla responsabilità penale del direttore alla responsabilità da reato dell'ente*, Milano 2012, 141 ss.

tarlo al tipo di organizzazione, collettiva, che sorregge l'attività di informazione⁴⁸, e di intendere quest'ultima non solo nella dimensione di esercizio di una libertà costituzionale ma anche nel suo aspetto di attività economicamente rilevante.

Dietro alla commissione di un reato a mezzo stampa è possibile che vi siano degli interessi, plausibilmente di tipo economico, ascrivibili all'ente che esercita l'attività di impresa giornalistica così come, con ogni probabilità, un *deficit* di controllo, solo anacronisticamente imputabile in via esclusiva al direttore del periodico⁴⁹. Pertanto, l'eventuale scelta di estendere il catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente al reato di diffamazione – ed, eventualmente, anche ad altri reati suscettibili di ricomprensione nella c.d. area di rischio dell'impresa giornalistica, come la pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale di cui all'art. 684 Cp o l'illecito trattamento dei dati personali di cui all'art. 167 d.lgs. 30.6.2003 n. 196 – avrebbe indubbiamente il pregio di contribuire alla creazione di un efficace modello di prevenzione dei reati a mezzo stampa o, quantomeno, alla valorizzazione e all'affinamento dei sistemi preventivi già in atto, sostanzialmente concretantisi in sistemi di organizzazione e divisione del lavoro rispondenti alle caratteristiche delle singole redazioni.

Sotto il profilo strettamente sanzionatorio, almeno con riferimento alla sanzione pecuniaria prevista dall'art. 10, le disposizioni del d.lgs. 231/2001 sembrerebbero adeguate ad un'efficace prevenzione del reato di diffamazione all'interno dell'impresa giornalistica: tale sanzione, da determinarsi per quote, per come è strutturata risulta calibrabile sulle reali capacità economiche dell'ente e sensibile alle discusse esigenze conciliative e riparatorie dell'offesa⁵⁰. Inoltre, la minaccia di sanzioni interdittive potrebbe indurre l'editore ad esercitare una vera e propria censura nei confronti della pubblicazione e a condizionare pesantemente, in modo incompatibile con la tutela costituzionale della libertà di espressione, l'attività di informazione giornalistica. Ove, quindi, fosse inserito il delitto di diffamazione nel "catalogo" del d.lgs. 231/2001, a giudizio di chi scrive non dovrebbe essere prevista l'applicazione di sanzioni interdittive.

⁴⁸ Sui tipi societari in cui è possibile esercitare attività di impresa giornalistica cfr. l'art. 1 l. 5.8.1981 n. 416, *Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria*.

⁴⁹ La presa d'atto dell'organizzazione collettiva dell'impresa giornalistica è strettamente legata all'annosa questione della rilevanza in sede penale della delega di funzioni normalmente effettuata dal direttore del periodico nei confronti dei suoi collaboratori, *in primis*, i caporedattori (si veda G. Fiandaca, *E «ripartibile» la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*, in *FI* 1983, 570 ss.). Da sottolineare che il d.d.l. in commento introduce delle modifiche anche relativamente alla responsabilità del direttore di cui all'art. 57 Cp; in particolare, è previsto il riconoscimento normativo del meccanismo di delega delle funzioni di controllo sulla pubblicazione, purché la delega avvenga con atto scritto avente data certa e vi sia accettazione del delegato.

⁵⁰ *Ex art. 12 d.lgs. 231/2001* «la sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso».

Alla luce delle considerazioni sugli aspetti “positivi” dell’estensione della responsabilità dell’ente ai reati più comunemente commessi a mezzo stampa, può apparire criticabile che il dibattito parlamentare sulla riforma li abbia del tutto tralasciati. Una convincente spiegazione è da rinvenirsi – oltre che nelle comprensibili resistenze degli editori, già insofferenti al pagamento delle obbligazioni civili cui sono tenuti in solido con gli autori del reato e il proprietario della pubblicazione *ex art.* 11 l. 47/1948 – nel *metus hostilis* che spesso connota il complesso rapporto tra giornalisti ed editori, soprattutto a causa degli interessi di cui quest’ultimi sono portatori nella peculiare situazione italiana: la previsione di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire la commissione del reato di diffamazione da parte dell’editore potrebbe costituire un “cavallo di Troia” nelle redazioni, comportando il superamento di quella tendenziale divisione, posta a garanzia della libertà di informazione, tra la sfera imprenditoriale dell’editore che fornisce i mezzi per l’esercizio dell’attività, e si limita a dettare un indirizzo di massima per il suo svolgimento, e quella giornalistica che le dona forma definendone in concreto i contenuti⁵¹.

Semmai l’elaborazione e adozione di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire la commissione dei reati a mezzo stampa potrebbe essere valorizzata, più che sul piano della responsabilità dell’ente, su quello della tormentata responsabilità del direttore, senza peraltro che ciò comporti il rischio di un’imposizione “dall’alto” liberticida, essendo quest’ultimo un soggetto interno alla redazione e con naturali poteri di controllo e coordinamento al suo interno. Saldandosi con il modello della colpa di organizzazione, l’elemento soggettivo della responsabilità del direttore recupererebbe così quel sostrato minimo di “afferrabilità”, necessario a configurare una responsabilità personale, che ancora appare assente nell’applicazione giurisprudenziale.

8. Tra le novità più interessanti del d.d.l. 1119 deve segnalarsi l’espressa estensione delle disposizioni della l. 47/1948 e di quelle relative alla responsabilità del direttore *ex art.* 57 Cp alle testate giornalistiche radiotelevisive e a quelle *online* registrate ai sensi dell’art. 5 della stessa legge. Si vuole così porre un rimedio all’irragionevole disparità di trattamento delle medesime condotte illecite a seconda che siano realizzate a

⁵¹ Può essere interessante sottolineare in proposito che in Francia, nonostante l’applicazione della c.d. *responsabilité pénale des personnes morales* sia stata estesa in modo generalizzato a tutti i reati, salva espressa esclusione del legislatore, ad opera della legge del 9.3.2000 (c.d. *Perben II*), l’art. 43-1 della l. 29.7.1881 sulla libertà di stampa continua ad escludere che nei confronti delle infrazioni a mezzo stampa possa applicarsi la responsabilità degli enti. L’intento parrebbe quello di evitare un’eccessiva restrizione della libertà di stampa, tenuto conto del fatto che ai reati a mezzo stampa è già applicabile un regime speciale di responsabilità, c.d. *en cascade*, che coinvolge *in primis* il direttore della pubblicazione. I testi legislativi aggiornati sono facilmente reperibili sul sito www.legifrance.gouv.fr; quanto al regime di responsabilità per i reati a mezzo stampa previsto oltralpe si rimanda all’esauriente pubblicazione di E. Dreyer, *Responsabilité civile et pénale des médias. Presse, télévision, internet*, Parigi 2011.

mezzo di uno strumento di comunicazione di massa piuttosto che di un altro, dimentica della comune capacità lesiva dei media considerati. Se per la radiotelevisione il regime regolativo, comprendente anche sanzioni penali, è dettato dalla l. 6.8.1990 n. 223, in riferimento ad internet manca una disciplina apposita per cui, in questo come in altri ambiti di tutela in cui il diritto penale si è trovato impreparato rispetto all'operatività delle nuove tecnologie, si è posto il dilemma tra l'applicazione estensiva – o addirittura analogica – delle fattispecie penali e il mantenimento di zone “franche”.

Un'estensione del regime normativo della stampa ad internet – che sola può risolvere alcune incongruenze stante il divieto per i giudici di compiere applicazioni analogiche *in malam partem* – richiederebbe un'attenta ponderazione e un sapiente adattamento alle innegabili peculiarità intrinseche alla comunicazione in rete; *in primis* la c.d. interattività dei contenuti, caratterizzante anche le testate giornalistiche, e il loro continuo aggiornamento, che rendono certamente difficoltoso, fino ai limiti dell'esigibilità, il controllo di liceità da parte della redazione e, in particolare, del singolo direttore.

Il d.d.l. 1119 prevede ragionevolmente che la responsabilità del direttore della testata *online* per omesso controllo sia limitata ai contenuti messi in rete dalla redazione; sarebbe auspicabile anche una puntuale tipizzazione della regola cautelare, plausibilmente dal contenuto meno ampio rispetto a quella da applicare al direttore del periodico cartaceo.

Inoltre, la riforma ha omesso qualsiasi riferimento in ordine ai siti *web* di pubblicazione diversi dalle testate giornalistiche, come *blog* e *forum* di discussione, terreno fertile di offese all'onore e alla reputazione altrui e, pertanto, meritevoli di apposita regolamentazione, almeno ove vi sia un moderatore⁵². Certamente il regime speciale di cui alla l. 47/1948 e all'art. 57 Cp non risulta applicabile e nemmeno prospettabile *de iure condendo*. Con riguardo ai gestori di *blog* e *forum* di discussione, semmai, potrebbe ipotizzarsi l'introduzione di un'apposita fattispecie omissiva che incrimini l'omessa rimozione dei contenuti diffamatori in violazione degli obblighi di collaborazione con l'autorità giudiziaria.

9. Sono già stati sottolineati i limiti di una riforma della diffamazione a mezzo stampa che, prescindendo da un'approfondita riflessione sull'opportunità di costruire il bilanciamento tra onore e libertà di espressione sul piano della definizione della fattispecie di reato, si limiti ad affidare la risposta alla carenza di legittimazione del diritto penale in questo ambito all'intervento sul trattamento sanzionatorio.

L'opzione a favore della pena pecuniaria, se, da un lato, sembra soddisfare le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in

⁵² Per un approfondimento di tali questioni, qui solo accennate, si rimanda a C. Melzi D'Eril, G.E. Vigevani, *La responsabilità del direttore del periodico telematico tra facili equiparazioni e specificità di internet*, in *DInf* 2010, 91 ss.; D. Petri, *Il direttore della testata telematica tra horror vacui e prospettive di riforma: sperando che nulla cambi*, in *RIDPP* 2012, 1611 ss.

punto di necessaria proporzione dei legittimi interventi di limitazione della libertà di stampa – e mettere il nostro ordinamento al riparo da ulteriori condanne – dall'altro, non appare del tutto convincente sotto il profilo dell'efficacia e della credibilità del sistema, tanto con riferimento ai problemi di commisurazione accennati, quanto con riguardo alla totale esclusione della pena detentiva che sarebbe stato opportuno mantenere limitatamente alle ipotesi più gravi, quantomeno in alternativa, lasciando al giudice la decisione in ultima istanza sulla sua applicazione⁵³.

Non pare che, agendo sul momento della comminatoria edittale e dell'applicazione della pena, siano state sufficientemente valorizzate la sussidiarietà penale né l'opportunità di stimolare comportamenti "costruttivi", tanto in termini di salvaguardia dei beni giuridici, quanto di ricomposizione delle istanze delle parti; ove ciò fosse accaduto, si sarebbe forse rafforzata la legittimità dell'intervento penale di fronte ad un tipo di conflittualità che, fintantoché circoscritta entro un livello fisiologico – come spesso avviene nei reati ideologici a mezzo stampa – non necessita della condanna penale. La rettifica, ad esempio, per come è rigidamente strutturata nelle forme e in quanto sottratta ad un controllo sostanziale del giudice, non pare idonea a realizzare appieno le istanze di tipo conciliativo e riparatorio cui è potenzialmente legata e che giustificano in linea di principio l'attribuzione dell'effetto di non punibilità; strumento "vuoto" i cui effetti sono rimessi alla disposizione delle parti, essa pare più inficiare che rafforzare la credibilità della risposta penale.

Eppure, proprio nell'ambito del c.d. diritto penale della stampa, che mostra evidenti limiti e tensioni in punto di efficacia e riconoscimento sociale – tanto che si rivelano carenti i supposti attributi, invocati a sostegno di ogni intervento penale, dello stigma e dell'orientamento culturale – parrebbe opportuno intraprendere nuove strade in grado di riattivare una dimensione funzionale dello stesso.

In quest'ottica, si avverte il bisogno di una diversa articolazione delle pene attualmente previste, la quale non tralasci né di relegare la sanzione detentiva ad una vera sussidiarietà – anche sul piano della comminatoria edittale – né di potenziare l'efficacia della sanzione pecuniaria, specie sul piano dei criteri di commisurazione. La sperimentazione, da un lato, di "nuove" sanzioni, come quelle interdittive, più idonee a cogliere il disvalore insito nell'esercizio "fraudolento" del ruolo professionale di giornalista – che solo può giustificare una limitazione della libertà di espressione – dall'altro, di strumenti rimediali e conciliativi, come la rettifica e il risarcimento del danno – attivabili dalle parti, ma pur sempre operanti sotto il rigoroso controllo del giudice – che con-

⁵³ Certo è che, fintantoché si continui a pensare ad un intervento focalizzato sul momento sanzionatorio senza differenziare, come invece propone A. Gullo, *op. cit.*, 200 ss., le varie ipotesi a livello normativo, spaziando dalla depenalizzazione alla pena detentiva, il ruolo di valutazione del giudice rimane essenziale in quanto valvola di sfogo di una fattispecie insufficientemente selettiva.

sentano di restringere l'applicazione della pena ai casi di stretta necessità, sembrerebbe garantire un reale incremento di efficacia ed effettività della tutela dell'onore, senza che si debba ricorrere all'ostentazione del profilo più arcigno del diritto penale; semmai esibendo il suo volto più mite, di certo più idoneo in questo caso a favorire nei consociati l'interiorizzazione del bisogno di protezione del bene tutelato.

Hanno collaborato a questo fascicolo

CHIARA AMALFITANO

Professore associato di Diritto dell'Unione Europea presso l'Università di Milano

HERVÉ BELLUTA

Ricercatore di Diritto processuale penale presso l'Università di Brescia

ANDREA CABIALE

Dottorando di ricerca in Scienze penalistiche presso l'Università di Trieste

SOFIA MILONE

Perfezionanda in Diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

MARIANA PAOLI

Dottore in Giurisprudenza presso l'Università di Pisa

DARIA PERRONE

Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali presso l'Università di Pisa

ALESSANDRO MARIA PIOTTO

Perfezionando in Diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

