

# La Legislazione Penale

3  
—  
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 - Gilberto 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](http://www.jovene.it) email: [info@jovene.it](mailto: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](http://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 dicembre 2014 - Ink Print Service - Napoli.

## INDICE

*Editoriale* ..... p. 169

### TESTI SOTTO OBIETTIVO

*I recenti interventi legislativi in materia di delitti contro la personalità individuale (d.lgs. 4.3.2014, n. 24; d.lgs. 4.3.2014, n. 39)*  
Analisi di STEFANO TOVANI ..... » 171

### COMMENTI ARTICOLO PER ARTICOLO

*D.lgs. 4.3.2014, n. 32. Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*

Art. 1, *La riforma dell'assistenza linguistica: novità e difetti del nuovo assetto codicistico*  
Commento di MITJA GIALUZ ..... » 185

Art. 2, *La mancata professionalizzazione della figura dell'interprete e traduttore giudiziario*  
Commento di MITJA GIALUZ ..... » 206

Art. 3, *L'assistenza linguistica diviene effettivamente gratuita anche in caso di condanna*  
Commento di MITJA GIALUZ ..... » 211

Art. 4, *L'ennesima riforma a costo (quasi) zero: a rischio la qualità dell'assistenza linguistica*  
Commento di MITJA GIALUZ ..... » 215

*L. 17.4.2014, n. 62. Modifica dell'articolo 416-ter del codice penale, in materia di scambio elettorale politico-mafioso*

Art. 1, *Il delitto di scambio politico-mafioso fra tradizione e innovazione*  
Commento di GIOVANNANGELO DE FRANCESCO ..... » 219

## IL PUNTO SU...

<i>La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni del minore</i> di BARBARA LAVARINI .....	p. 233
<i>La géolocalisation: une mesure à géométrie variable</i> par JÉRÔME BOSSAN .....	» 245
<i>Elenco collaboratori .....</i>	» 257

Questo numero di *La legislazione penale* ospita il primo di una serie di contributi cui la Direzione della *Rivista* attribuisce un rilievo particolare. Si tratta di uno scritto che informa i nostri Lettori di una rilevante novità normativa in tema di diritto processuale penale straniero, in lingua originale.

Nella tradizione di questa *Rivista* non è mai mancata la sensibilità per le vicende, soprattutto legislative, degli ordinamenti stranieri, ma in questa nuova serie si è ritenuto importante, per un verso, rendere meno occasionale tale prospettiva e, per altro verso, offrirla ai Lettori nella lingua originale del contributo. Questo sia per non forzare la trattazione della materia di volta in volta affrontata entro categorie – linguistiche e concettuali – estranee, che inevitabilmente sottendono una traduzione in altro idioma, sia per rafforzare la capacità di circolazione delle informazioni e delle riflessioni dei nostri Autori. Mai come in questo momento, del resto, molte iniziative legislative che maturano negli ordinamenti europei – intendendosi far riferimento sia all'Europa geografica, sia a quella politica – costituiscono esempi di ravvicinamento normativo legati a circuiti internazionali o sovranazionali.

Nella speranza, quindi, che questa iniziativa possa diventare un appuntamento fisso, atteso da tutti gli interessati, auguriamo Loro una buona lettura.

I Direttori



**I recenti interventi legislativi  
in materia di delitti contro la personalità individuale  
(d.lgs. 4.3.2014, n. 24<sup>1</sup>; d.lgs. 4.3.2014, n. 39<sup>2</sup>)**

Analisi di STEFANO TOVANI

SOMMARIO: 1. Un ennesimo (utile?) *restyling* dei delitti contro la libertà individuale. – 2. I “nuovi” delitti di riduzione in schiavitù e di tratta di persone. – 3. Le nuove aggravanti dei delitti di violenza sessuale e di pedofilia. – 4. L’obbligo di richiedere il certificato del casellario giudiziale: una sanzione amministrativa a tutela dei minori? – 5. Gli interventi sul codice di rito.

1. È noto a chiunque voglia confrontarsi con la recente produzione legislativa come la materia penale rappresenti il terreno elettivo della compulsione normativa del legislatore comunitario e nazionale. Sfortunatamente il livello di razionalità degli interventi e la cura nella tecnica di redazione delle norme sono spesso inversamente proporzionali alla quantità delle riforme annunciate e realizzate. Nell’ambito del diritto penale sostanziale poi, alcune fattispecie sembrano destare nel legislatore una sorta di irrefrenabile pulsione all’intervento modificativo, quasi che la funzione repressiva e la tutela delle vittime fossero assicurati più dalla frequenza con la quale le norme vengono mutate che dall’intrinseca adeguatezza politico-criminale degli interventi stessi.

I delitti contro la libertà individuale occupano senza dubbio un posto di rilievo nell’ambito di questa peculiare tendenza, essendo stati riformati, negli ultimi anni, con cadenza pressoché annuale<sup>3</sup>. Questa è anche la *ratio* dei due decreti legislativi in commento, entrambi recanti la data del 4 marzo 2014 (n. 24 e n. 39), con i quali il legislatore nazionale ha recepito due direttive adottate in sede europea rispettivamente volte alla «Prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime» (direttiva 2011/36/UE, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI) ed alla «Lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile» (direttiva 2011/93/UE, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI).

---

<sup>1</sup> D.lgs. 4.3.2014, n. 24. Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI, in GU n. 60 del 13.3.14.

<sup>2</sup> D.lgs. 4.3.2014, n. 39. Attuazione della direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI, in GU n. 68 del 22.3.14.

<sup>3</sup> Dopo le storiche l. 15.2.1996 n. 66 e 3.8.1998 n. 269 si segnalano: l. 11.8.2003 n. 228; l. 6.2.2006 n. 38; l. 15.7.2009 n. 94; l. 2.7.2010 n. 108; l. 1.10.2012 n. 172; d.l. 14.8.2013 n. 93 conv. modif. in l. 15.10.2013 n. 119; d.lgs. 28.12.2013 n. 154.

Si tratta di testi normativi assai eterogenei (e, per molti versi, disorganici) che incidono in modo significativo sul codice penale, sul codice di procedura penale, sul d.p.r. 30.5.2002, n. 115 (T.u.Sp.Giust), sul d.lgs. 25.7.1998 n. 286 (T.u.Imm), sul d.p.r. 14.11.2002 n. 313 (c.d. Testo Unico sul casellario giudiziale) e sul d.lgs. 8.6.2001, n. 231 (in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche), intervenendo, altresì, su vari istituti posti a tutela delle vittime di detti reati. Il difetto di organicità e sistematicità del piano legislativo rende i due provvedimenti di non agevole commento. In sede di analisi dei profili innovativi dell'intervento legislativo, prendendo le mosse dal d.lgs. 24/2014, è interessante osservare come con l'art. 1 il legislatore si sia preoccupato di fornire una sorta di inedito *catalogo* delle persone vulnerabili, includendovi i minori (accompagnati e non), 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. È un catalogo ampio ed eterogeneo, avente la funzione di creare uno speciale *tipo* di persona offesa, al quale estendere determinate previsioni. Il decreto legislativo in oggetto, infatti, si riferisce alle vittime vulnerabili in due casi: l'incidente probatorio – consentendo l'applicazione dell'art. 398 co. 5-*bis* c.p.p. anche ai maggiorenni «*in condizione di particolare vulnerabilità*» –; i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù e di tratta di esseri umani, essendo prevista anche la condizione di *vulnerabilità* quale condotta il cui approfittamento è suscettibile di integrare i predetti reati<sup>4</sup>.

Gli articoli 2 e 3 d.lgs. 24/2014 modificano in modo significativo due previsioni del codice penale ed una disposizione del codice di procedura penale. Gli interventi sul codice penale si sostanziano in tre modifiche dell'art. 600 e nella completa riscrittura dell'art. 601; quanto al codice di rito, il legislatore è intervenuto, come sopra accennato, sulla disciplina dell'incidente probatorio aggiungendo il comma 5-*ter* all'art. 398, in modo tale da rendere applicabile la previsione del comma 5-*bis* ogniqualvolta «*fra le persone interessate all'assunzione della prova vi*

---

<sup>4</sup> Rinviando alle parti che seguono per l'analisi di tali interventi, giova già in questa sede evidenziare la singolare scelta del legislatore nazionale, ossia quella di tipizzare analiticamente la vittima vulnerabile in modo diverso da quanto previsto dalla direttiva che, all'art. 2 co. 2, si limita ad indicare, in modo assai più generico, che «Per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima». È soltanto nel *Considerando* n. 12 che si afferma che «Quando il reato è commesso in determinate circostanze, per esempio se la vittima è particolarmente vulnerabile, la pena dovrebbe essere più severa. Nel contesto della presente direttiva, fra le persone vulnerabili dovrebbero essere compresi almeno i minori. Altri elementi che si potrebbero prendere in considerazione nel valutare la vulnerabilità della vittima comprendono, ad esempio, il sesso, la gravidanza, lo stato di salute e la disabilità. Se il reato è particolarmente grave, ad esempio qualora sia stata messa in pericolo la vita della vittima, o se il reato è stato perpetrato con ricorso a violenze gravi, quali la tortura, il consumo forzato di droghe/medicinali, lo stupro o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale, o ha altrimenti causato un pregiudizio particolarmente grave alla vittima, ciò dovrebbe altrettanto tradursi in pene più severe».



*siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede».*

L'art. 4 prevede determinati obblighi di informazione a vantaggio dei minori vittime di tratta con particolare riguardo ai diritti di protezione internazionale; a tal fine, è anche previsto che con successivo decreto della presidenza del Consiglio di Ministri vengano definiti i meccanismi per la determinazione dell'età del minore. L'art. 4 co. 2 definisce le procedure attraverso le quali determinare l'età della vittima di tratta allorché non vi sia certezza della stessa ma si possa ipotizzare la minore età. Meritevoli di interesse si rivelano, in particolare, due presunzioni previste dal legislatore: si considera minore la vittima di tratta «*nelle more della determinazione dell'età e dell'identificazione, al fine dell'accesso immediato all'assistenza, al sostegno e alla protezione*» e si presume la minore età, al pari di quanto previsto dall'art. 8 co. 2 Dppm «*nel caso in cui la procedura multidisciplinare svolta non consenta di stabilire con certezza l'età dello stesso*».

Se, da un lato, l'art. 5 si limita a prevedere un generale obbligo di formazione dei pubblici ufficiali su questioni concernenti la tratta degli esseri umani, dall'altro, l'art. 6 modifica profondamente l'art. 12 della l. 228/2003, aggiungendovi i co. da *2-bis* a *2-octies*. Scopo di quest'ultimo intervento è sia quello di destinare il Fondo per le misure anti-tratta anche a coloro che siano vittime dei reati di cui al comma 3, sia quello di disciplinare nel dettaglio il meccanismo di accesso al Fondo. In particolare, giova qui criticamente osservare che il co. *2-septies* preclude il diritto all'indennizzo a coloro i quali siano stati condannati con sentenza definitiva per uno dei reati di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp, o che siano sottoposti a procedimento penale per uno di questi reati alla data di presentazione della domanda. Non è dato comprendere la logica punitiva della previsione, quasi che il fatto di aver commesso determinati gravi delitti non renda la vittima di altri gravi delitti meritevole di un ristoro. A maggior ragione (e qui le perplessità investono anche la "tenuta" costituzionale della previsione) quanto osservato vale per coloro che siano indagati o imputati per uno dei delitti sopra richiamati. Si noti, infatti, che la previsione non contempla né disciplina l'ipotesi che l'accusato venga assolto o venga condannato per un delitto non rientrante nell'elenco di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp<sup>5</sup>.

L'art. 8 modifica l'art. 18 T.u.Imm, con la funzione di consentire l'emersione dei cittadini stranieri vittime dei delitti di riduzione in schia-

<sup>5</sup> Si faccia il caso di chi sia indagato per il delitto di rapina aggravata (art. 628 co. 3 Cp) e che per tale ragione gli venga negato l'accesso al Fondo, ma che in seguito venga (assolto dall'accusa o) condannato per un delitto diverso, che non rientra nell'elenco di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp (rapina, furto aggravato, ricettazione etc.); si consideri infine quanto già osservato circa l'inopportunità di utilizzare, per mere esigenze di pratica esemplificazione, l'elenco dei reati di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp come un catalogo atto ad individuare i reati genericamente "più gravi" «dalla cui collocazione far discendere conseguenze a pioggia, con inevitabili aporie sistematiche»: così, sia consentito, S. Tovani, *Profili processuali ed esecutivi (cenni)*, in S. Tovani - A. Trinci (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale*, Torino 2014, 717.

vitù e di tratta; infine, gli artt. 7, 9, 10 e 11 prevedono vari meccanismi di coordinamento istituzionale al fine di monitorare e implementare il contrasto di queste gravi manifestazioni criminali.

Passando alla sintetica rassegna delle modifiche introdotte dal d.lgs. 39/2014, si osserva che l'art. 1 introduce una significativa serie di circostanze aggravanti (sia ad effetto comune, sia ad effetto speciale) in riferimento a taluni delitti contro la libertà individuale, mediante la modifica degli artt. 602-ter, 609-ter, 609-quinquies Cp ed attraverso l'introduzione del nuovo art. 609-duodecies Cp. L'art. 2 introduce nel d.p.r. 313/2002 il nuovo art. 25-bis, che obbliga il datore di lavoro o chi intenda affidare soggetti minori ad altra persona di chiedere a questa di esibire il proprio certificato del casellario giudiziale, così da poter verificare l'eventuale presenza di condanne per reati aventi i minori come vittima. L'art. 3 ha modificato il d.lgs. 231/2001, recante "*disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*". All'art. 25-quinquies co. 1 lett. c di detto decreto, dopo le parole "600-quater.1," sono state inserite le parole "*nonché per il delitto di cui all'articolo 609-undecies*". La finalità dell'intervento legislativo è chiaramente quella di includere il delitto di adescamento di minori nell'elenco dei delitti-presupposto dalla cui commissione possano derivare a carico dell'ente – riconosciuto responsabile – l'applicazione di sanzioni pecuniarie. Infine, l'art. 4 modifica il codice di rito, consentendo le intercettazioni anche per il delitto di adescamento di minorenni (art. 609-undecies Cp) e ampliando la portata dell'art. 62 Cpp.

2. Uno dei principali aspetti della riforma posta in essere con il d.lgs. 24/2014 è quello relativo alle profonde modifiche apportate alla fattispecie di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 Cp) e sulla fattispecie di tratta (art. 601 Cp).

Come accennato, infatti, tre sono gli interventi sul delitto previsto dall'art. art. 600 Cp, che oggi punisce «*Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi*».

La prima modifica consiste nell'introduzione della locuzione «*al compimento di attività illecite*» in luogo delle precedenti, più generiche, «*prestazioni*». Arduo cogliere la *ratio* di tale intervento che parrebbe – a nostro avviso – addirittura aver involontariamente ridotto l'area della rilevanza penale, non rientrando più nella previsione in esame la costrizione a compiere prestazioni non illecite che non siano (ovviamente) quelle tipizzate nella prima parte della fattispecie incriminatrice<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Dello stesso avviso R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Irrelevante il consenso allo sfruttamento se è stato utilizzato un metodo coercitivo*, in *GD* 2014 (16), 50-51.

Il secondo intervento si limita ad introdurre, tra le condotte costituenti il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù, anche la sottoposizione al prelievo di organi. Si tratta di previsione senza dubbio opportuna, nella misura in cui si comprende anche la condotta, prodromica al prelievo di organi di esseri umani, di mantenimento di una persona in condizione di schiavitù con la costrizione alla sottoposizione al prelievo. Vi è, però, da segnalare che fino al 2010 il fatto di ridurre o mantenere in schiavitù una persona al fine di sottoporre la stessa al prelievo di organi era considerato un'aggravante del reato base, dovendosi così necessariamente dedurre che tale condotta fosse già implicitamente rientrante all'interno della fattispecie incriminatrice<sup>7</sup>.

Con il terzo intervento si aggiungono le condizioni di vulnerabilità all'elencazione di quelle particolari connotazioni modali il cui approfittamento può determinare la riduzione o il mantenimento in stato di soggezione. La previsione del secondo comma dell'art. 600 Cp, come noto, definisce e tipizza le condotte attraverso le quali può aver luogo il delitto previsto e punito dal primo comma (allorquando non si manifesti attraverso l'esercizio di poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà); nella versione conseguente alla riforma del 2003<sup>8</sup>, infatti, la condotta doveva essere attuata mediante violenza, inganno, abuso di autorità, approfittamento di una situazione di inferiorità psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona. Mancava, invece, ogni riferimento alle più generiche condizioni di vulnerabilità, che rendono – di fatto – non paritetico il rapporto tra soggetto attivo e soggetto passivo del reato. Vero è che alcune delle condizioni di vulnerabilità, indicate dal legislatore nell'art. 1 del decreto legislativo in commento, sarebbero potute rientrare – con qualche accorgimento ermeneutico – nel catalogo testé indicato (si pensi, ad es., all'anziano e alla donna in stato di gravidanza, che potevano e possono ben essere considerate persone in stato di "inferiorità fisica"), ma è altrettanto vero che il riferimento alle condizioni di vulnerabilità, per come individuate dal legislatore nell'art. 1 del decreto legislativo in esame, consente ora una diretta e inequivoca estensione dell'ambito applicativo.

Quanto al delitto di tratta di esseri umani, il legislatore ha, invece, adottato una diversa tecnica legislativa, operando una completa riscrittura dell'art. 601 Cp. Nella versione antecedente alla novella<sup>9</sup>, la previsione prevedeva due distinte fattispecie, volte a reprimere alcune con-

<sup>7</sup> L'aggravante era prevista al co. 3, abrogato dalla l. 108/2010. È stato osservato da R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Irrilevante il consenso*, cit., 51 che, per garantire un reale spazio applicativo alla novella si potrebbe considerare l'ipotesi in cui «la vittima venga costretta a prestare il proprio consenso a farsi espianare un organo, ritenendo che tale sia l'effettivo significato della locuzione "costringendola ... a sottoporsi al prelievo di organi"».

<sup>8</sup> La previsione è stata infatti interamente riscritta ad opera dell'art. 1 co. 1 della l. 228/2003. Per un commento v. A. Vallini, *sub art. 1, Tratta di persone* (l. 11.8.2003 n. 228), in *LP* 2004, 623 ss.

<sup>9</sup> Per come modificata dall'art. 2 l. 228/2003. Per un commento, v. A. Callaioli, *sub art. 2, Tratta di persone* (l. 11.8.2003 n. 228), in *LP* 2004, 648 ss.

dotte di agevolazione dei delitti previsti dall'art. 600 Cp<sup>10</sup>: la prima sanzionava chiunque «*commette tratta di persona che si trovi nelle condizioni di cui all'art. 600*»; la seconda, più specifica, puniva il fatto di indurre una persona «*a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno*», purché l'induzione fosse determinata «*al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo*» e venisse realizzata «*mediante inganno*» o con costrizione «*mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità*». Si trattava, quindi, di due distinte fattispecie: la prima a forma libera e a dolo generico; la seconda a forma vincolata (dovendo la condotta essere posta in essere in uno dei modi descritti dalla fattispecie incriminatrice) e a dolo specifico (dovendo la condotta essere realizzata con la finalità di commettere i delitti di cui al primo comma dell'art. 600 Cp).

Quanto alla prima condotta, vi è da premettere come la nozione di “tratta” non venisse fornita dal legislatore, bensì dovesse essere mutuata dalle Convenzioni di Ginevra del 1926 e del 1956<sup>11</sup>; in estrema sintesi, può qui rammentarsi che la condotta di tratta di per sé presupponeva

<sup>10</sup> È stato però correttamente osservato da A. Callaioli, *op. cit.*, 654-655 che «se da un punto di vista meramente formale può dirsi che due sono le condotte contemplate nel 1° comma del nuovo art. 601 Cp (la prima “commettere tratta”; la seconda “indurre o costringere taluno” – con le modalità descritte – “ad entrare, soggiornare, uscire dal territorio dello Stato o trasferirsi al suo interno al fine di ridurlo o mantenerlo in stato di schiavitù/servitù”), in realtà si tratta di un unico tipo di condotta, che si differenzia solo in relazione ad una caratteristica della vittima, cioè al fatto che questa sia o meno già ridotta nelle condizioni di assoggettamento previste dall'art. 600 Cp».

<sup>11</sup> In particolare, l'art. 1 co. 2 della Convenzione di Ginevra del 1926 definiva la tratta come «atto di cattura, di acquisto, di cessione di una persona in vista di ridurla in schiavitù, nonché ogni atto di acquisto di uno schiavo in previsione di una sua vendita o di uno scambio, ed ogni atto di cessione per vendita o per scambio di uno schiavo acquistato in vista di essere venduto o scambiato e, in generale, ogni atto di commercio o di trasporto di schiavi»; la Convenzione del 1956 ne estende la portata anche alle c.d. pratiche analoghe; da notare, ancora, che la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di essere umani, fatta a Varsavia il 16.5.2005, stabilisce, all'art. 4 co. 1 lett. a, che «L'espressione “tratta di esseri umani” indica il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, con la frode, con l'inganno, con l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l'espianto di organi»; infine, l'art. 2 co. 1 della Direttiva 2011/36/UE individua la tratta degli esseri umani nei seguenti «*atti dolosi*»: «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento».

che il soggetto passivo fosse già nelle condizioni indicate dall'art. 600 Cp, non pretendendosi alcun ulteriore elemento ai fini dell'integrazione della fattispecie<sup>12</sup>. Più complessa era la seconda parte dell'art. 601 Cp che prevedeva una serie di condotte finalizzate a commettere il delitto di cui all'art. 600 Cp: si trattava dell'induzione con inganno o della costrizione mediante violenza o altre forme di pressione, a fare ingresso, uscire, trasferirsi nel territorio dello Stato ovvero al soggiornarvi.

Nella versione conseguente alla riforma del 2014 le condotte punite rimangono due, ma assai diversamente modulate. La prima consiste adesso nel fatto di reclutare, introdurre nel territorio dello Stato, trasferire anche al di fuori di esso, trasportare, cedere l'autorità sulla persona o ospitare una o più persone che si trovino nelle condizioni di cui all'art. 600 Cp; la seconda consiste nel realizzare le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi.

Quanto alla prima condotta, l'aspetto peculiare è oggi rappresentato dalla scomparsa del generico riferimento alla commissione della tratta di persone, sostituito dall'indicazione di tutte le condotte (reclutare, introdurre nel territorio dello Stato, trasferire anche al di fuori di esso, trasportare, cedere l'autorità sulla persona o ospitare una o più persone) tipiche del fenomeno criminale della tratta di esseri umani. Così come nella versione del 2003, anche in questo caso occorre che le condotte sopra indicate siano commesse in danno di persona che già si trovi nelle condizioni di cui all'art. 600 Cp. Lascia perplessi l'inclusione tra le condotte punibili del fatto di ospitare chi si trovi nelle condizioni di cui all'art. 600 Cp, stante l'assoluta vaghezza della condotta. Com'è stato correttamente osservato, «l'eccentricità di tale condotta rispetto alle altre ... avrebbe forse dovuto consigliare, al fine di evitare applicazioni eccessivamente estensive della norma, una più robusta configurazione dell'elemento soggettivo con la previsione del dolo specifico di favorire la consumazione da parte di altri delle altre condotte incriminate»<sup>13</sup>.

La seconda fattispecie oggetto di previsione contempla le stesse condotte sopra indicate, purché siano realizzate con il dolo specifico di indurre o costringere la vittima a compiere le attività contemplate dal delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù, non essendo questa

---

<sup>12</sup> Per una trattazione analitica della fattispecie v., tra gli altri e per tutti, F. Resta, *Vecchie e nuove schiavitù*, Milano 2008; v. anche G. Mazzi, *sub art. 601*, in G. Lattanzi - E. Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V, Milano 2005, 442 ss.

<sup>13</sup> Così R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Il soggetto passivo può essere una sola persona*, in *GD* 2014 (16), 55.

volta necessario che la vittima si trovi nelle condizioni di cui all'art. 600 Cp. Non si tratta più di un reato a forma libera bensì a forma vincolata, che presuppone le stesse modalità indicate nell'art. 600 Cp. È stato opportunamente osservato che la condotta può avere come soggetto passivo anche una sola persona, con la conseguenza che se il delitto è commesso su più persone sarà configurabile il concorso formale di reati o, sussistendone i presupposti, un'ipotesi di reato continuato<sup>14</sup>.

In conclusione, l'art. 601 co. 2 Cp prevede adesso una nuova fattispecie di reato, che risulta integrata nel caso in cui condotte previste al primo comma siano commesse nei confronti di persona minore di età. La nuova e diversa fattispecie incriminatrice è, quindi, a forma libera, non essendo necessaria la predeterminazione delle modalità della condotta in considerazione della minore età della vittima del delitto. L'intervento operato dal legislatore è perfettamente in linea con quanto richiesto dall'art. 2 par. 5 della direttiva, che chiedeva, appunto, di estendere l'area della previsione nel caso in cui la vittima sia soggetto minore.

3. Come sopra accennato, l'art. 1 d.lgs. 39/2014 prevede quattro nuove circostanze aggravanti in riferimento ad un'ampia e significativa serie di reati previsti dal codice penale. In sostanza, il legislatore ha inteso punire più severamente alcuni delitti concernenti la pedofilia, la pedopornografia e la violenza sessuale, prevedendo l'inasprimento della pena allorché il reato sia commesso «*da più persone riunite*», oppure «*da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività*», oppure «*con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave*» o, infine, «*nei casi in cui gli stessi siano compiuti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche*». Attraverso un'originale e pragmatica (anche se a tratti semplicistica) tecnica normativa, queste quattro figure accessorie sono state variamente utilizzate dal legislatore per interpolare fattispecie incriminatrici o previsioni di circostanze aggravanti.

In particolare, per quanto concerne i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*.1 e 600-*quinquies* Cp, l'innesto delle quattro aggravanti sopra indicate è avvenuto mediante l'addizione di due nuovi commi all'art. 602-*ter* Cp; le prime tre circostanze sopra richiamate sono ad effetto comune, mentre l'ultima, ad effetto speciale, aggrava la pena in misura non eccedente i due terzi. Ancora, la seconda e la terza delle circostanze sopra indicate aggravano anche la pena prevista per il delitto di violenza sessuale, in conseguenza della modifica dell'art. 609-*ter* Cp. Infine, la prima, la seconda e la terza delle suddette circostanze divengono aggravanti ad effetto comune anche del delitto di corruzione di minorenni, in forza dell'introduzione di un terzo comma all'art. 609-*quinquies* Cp; la quarta circostanza è destinata ad aggravare

---

<sup>14</sup> Sul punto, v. A. Peccioli, *Commento alla legge 11 agosto 2003, n. 228*, in *DDP* 2004, 43.

la pena prevista per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* mediante l'introduzione del nuovo art. 609-*duodecies* Cp.

Sul piano contenutistico, l'essere il fatto commesso «*da più persone riunite*» aggrava i delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile e detenzione anche virtuale di materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile e corruzione di minorenni, nel caso in cui tali delitti siano commessi, appunto, ad opera di più persone riunite. La formula scelta è la stessa già utilizzata dal legislatore nell'art. 339 co. 1 Cp, nell'art. 385 co. 2 Cp in tema di evasione, nell'art. 585 Cp, negli artt. 628 co. 3 Cp e 629 co. 2 Cp oltre che come definizione normativa della violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* Cp), potendosi quindi richiamare la nutrita dottrina e giurisprudenza già formatasi in ordine alle ipotesi sopra richiamate, con particolare riguardo a quanto scritto sul delitto di violenza sessuale di gruppo<sup>15</sup>. Qualche perplessità è stata sollevata da chi ha osservato che «il requisito della contestualità della condotta potrebbe risultare di non facile compatibilità con la scrittura di alcune delle fattispecie richiamate», quale, ad esempio, quella di detenzione di materiale pornografico, rispetto alla quale non è chiara la *ratio* della previsione dell'aggravante<sup>16</sup>.

La seconda circostanza è integrata allorché i delitti sopra indicati (con l'aggiunta del delitto di violenza sessuale) siano commessi «*da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività*». Si tratta di una formula legislativa assai originale e, ad avviso di chi scrive, dai confini eccessivamente angusti, tanto da poterne prevedere scarse probabilità di applicazione. Due ordini di considerazioni ci inducono a questa conclusione. Innanzitutto, perché l'aggravante sia integrata non è sufficiente che il delitto in esame sia commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere, essendo necessario che esso venga commesso al preciso fine di agevolare l'attività dell'associazione. Occorre, quindi, una chiara proiezione finalistica del fatto a vantaggio dell'associazione: circostanza questa non frequente nella prassi, né di facile prova in sede giudiziaria, anche considerando la natura di questi reati, che mal si prestano (si pensi alla corruzione di minorenni, alla violenza sessuale o alla detenzione di materiale pornografico) ad essere commessi al fine di agevolare l'attività di un'associazione per delinquere<sup>17</sup>. Non v'è dubbio che possa darsi il caso di una violenza sessuale compiuta al fine di indurre una persona a non dissociarsi dall'associazione o per intimidire chi si stia ribellando alle regole della

<sup>15</sup> Da ultimo e per tutti v. V. Ventura, *La tutela della libertà sessuale del maggiorenne*, in S. Tovani - A. Trinci (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale*, Torino 2014, 264 ss.; v., sul punto, anche Cass. S.U., 29.3.2012, Alberti e altro, in *GD* 2012 (28), 61, con nota di R. Bricchetti.

<sup>16</sup> R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Con il recepimento delle norme internazionali l'Italia in linea nella protezione delle vittime*, in *GD* 2014 (17), 30.

<sup>17</sup> Criticità sono state manifestate anche durante i lavori parlamentari dall'On. Alessia Maria Mosca, relatore dello schema del decreto legislativo in esame, alla seduta della Camera dei Deputati del 9.1.2004.

stessa, o per intimidire chi faccia parte di un'altra associazione criminale, ma la previsione secondo cui il delitto deve essere commesso «*al fine di agevolare l'attività*» pare molto (ed inutilmente) stringente. Interessante è quindi domandarsi se possa configurare l'aggravante in esame anche la condotta dell'associato che tragga profitto da uno dei delitti richiamati per finanziare l'associazione per delinquere<sup>18</sup>. A nostro avviso la locuzione utilizzata dal legislatore dovrebbe portare ad escludere l'operatività dell'aggravante, posto che, ai fini della sua integrazione, non è sufficiente il profitto o il lucro dell'associazione come fine della condotta criminale, essendo necessario che il reato-base agevoli l'attività dell'associazione. Una finalità molto più specifica, quindi, che non può essere estesa oltre i propri confini<sup>19</sup>. Infine, come correttamente osservato in dottrina, la circostanza in esame non pare trovare applicazione nel caso in cui il soggetto che compie il delitto sia un concorrente esterno all'associazione, che con la commissione del delitto voglia contribuire all'associazione di cui non fa parte<sup>20</sup>.

Quanto alla terza circostanza, occorre preliminarmente chiedersi se essa presenti un tasso adeguato di determinatezza e tassatività, posta l'estrema vaghezza della formula «*con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave*»<sup>21</sup>. A parere di chi scrive mentre la seconda delle condotte (condotte reiterate che determinano un grave pregiudizio) è sufficientemente definita, lo stesso non può dirsi per la locuzione «*violenze gravi*», con cui si rimette, di fatto, all'interprete l'arbitraria individuazione del campo di applicazione dell'aggravante in esame. Sarebbe stato preferibile se il legislatore avesse ancorato l'applicazione dell'aggravante ad una più determinata condotta o ad un più determinato evento.

Infine, aggrava i delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile e detenzione (anche virtuale) di materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale, atti sessuali con minorenni, corruzione di minorenni, violenza sessuale di gruppo, adescamento di minorenni il fatto che i delitti siano stati compiuti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche. La previsione si applica nei casi in cui i delitti sopra richiamati siano commessi utilizzando sistemi di

<sup>18</sup> Si faccia il caso di colui che sfrutti prostitute minorenni per finanziare, con il ricavo dell'attività di lenocinio, l'associazione per delinquere finalizzata, per esempio, al traffico di sostanze stupefacenti.

<sup>19</sup> Merita osservare come l'art. 9 co. 1 lett. *d* della Direttiva 2011/93/UE disponeva, assai più genericamente, che l'aggravante fosse prevista per l'ipotesi di reato «*commesso nel contesto di un'organizzazione criminale ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*».

<sup>20</sup> V. Ventura, *La tutela della libertà sessuale del maggiorenne*, cit., 245.

<sup>21</sup> L'art. 9 co. 1 lett. *g* della Direttiva 2011/93/UE disponeva l'aggravamento della pena se «*il reato è stato commesso ricorrendo a violenze gravi o ha causato al minore un pregiudizio grave*», senza che fosse contemplato, quindi, che il pregiudizio dipendesse dalla reiterazione delle condotte.



“anonimizzazione” che impediscono il tracciamento telematico, come i sistemi di *darknet* o l'utilizzo di reti di scambio del *deep-web*. Due gli aspetti problematici di questa previsione. In primo luogo, essa si applica anche a reati che non possono essere commessi per via telematica come, ad esempio, il delitto di violenza sessuale; poiché non pare possibile che detto delitto possa essere commesso impedendo “*l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche*”, deve ipotizzarsi che l'aggravante possa essere integrata anche allorquando la condotta di adescamento della vittima (prodromica alla violenza) sia compiuta avvalendosi di sistemi che consentano la navigazione anonima. La seconda perplessità riguarda la *ratio* dell'aggravante. Si considera, infatti, più grave il delitto commesso da chi organizza la propria navigazione telematica, adottando idonee precauzioni al fine di non essere individuato: non è dato comprendere se con ciò il legislatore miri a punire più severamente la premeditazione della condotta, dimostrata dalla schermatura del sistema informatico, oppure se, più semplicemente, si intenda inasprire il trattamento sanzionatorio per chi denoti una più spiccata capacità criminale, comprovata dall'organizzazione nell'agire. A nostro avviso, soprattutto in questo secondo caso, sarebbe stato preferibile inserire detta aggravante nel novero delle circostanze comuni di cui all'art. 61 Cp, in modo da renderla applicabile ad ogni reato che sia commesso con modalità telematiche.

La previsione non pare applicabile al caso di chi cancelli le tracce dei transiti in rete dopo aver fatto accessi non schermati<sup>22</sup>.

4. L'intervento legislativo ha riguardato anche il d.p.r. 14 novembre 2002 n. 313 («*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti*»), attraverso l'introduzione dell'art. 25-bis. Tale disposizione persegue l'obiettivo di imporre l'esibizione del certificato penale del casellario giudiziale a coloro ai quali vengano affidati soggetti minori. In base alla nuova previsione, infatti «*Il certificato penale del casellario giudiziale di cui all'articolo 25 deve essere richiesto dal soggetto che intenda impiegare al lavoro una persona per lo svolgimento di attività professionali o attività volontarie organizzate che comportino contatti diretti e regolari con minori, al fine di verificare l'esistenza di condanne per taluno dei reati di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies e 609-undecies del codice penale, ovvero l'irrogazione di sanzioni interdittive all'esercizio di attività che comportino contatti diretti e regolari con minori*»; a corredo della disposizione, il secondo comma prevede, a carico del datore di lavoro che non adempia l'obbligo, una sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 15.000.

---

<sup>22</sup> R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Con il recepimento delle norme internazionali*, cit., 31.

Preliminarmente, deve rilevarsi una curiosa discrasia tra soggetto obbligato e soggetto a carico del quale è prevista la sanzione. Mentre l'obbligo, infatti, grava su ogni «*soggetto che intenda impiegare al lavoro una persona per lo svolgimento di attività professionali o attività volontarie organizzate che comportino contatti diretti e regolari con minori*», la sanzione è prevista soltanto a carico del datore di lavoro. Vi è, quindi, da chiedersi se siamo di fronte ad una diversa estensione soggettiva (non essendo quindi sottoponibili a sanzione coloro che, pur impiegando persone, non siano datori di lavoro in senso stretto), oppure se anche l'obbligo gravi soltanto sul datore di lavoro in senso stretto. Stando alla lettera della legge, dovremmo concludere nel senso che sia gravato dell'obbligo anche colui che si limiti ad affidare uno o più minori ad un adulto per lo svolgimento di qualsiasi attività sportiva, musicale, associativa, ricreativa, anche di volontariato. A questo proposito, deve osservarsi come non brilli certo per chiarezza e precisione la nozione di «*attività professionali o attività volontarie organizzate che comportino contatti diretti e regolari con minori*», potendo astrattamente ricomprendere qualsiasi attività che comporti contatti con i minori, purché detti contatti siano diretti e regolari.

La norma non chiarisce se, effettuata la verifica pretesa, il datore di lavoro possa comunque assumere un soggetto che risulti condannato per uno dei reati indicati dalla norma: si impone, infatti, esclusivamente di richiedere il certificato «*al fine di verificare l'esistenza di condanne*», senza prevedere alcun divieto all'assunzione, salvo il caso che vi siano misure interdittive. In altre parole, come già abbiamo avuto occasione di osservare, pare singolare non aver previsto una sanzione a carico di chi assume un soggetto condannato per la commissione di determinati reati, risultando punibile «*soltanto*» chi non verifica l'esistenza di una condanna per quei reati<sup>23</sup>.

Sia, infine, consentito osservare che coloro che abbiano definito il procedimento mediante patteggiamento, con riferimento ad uno dei reati indicati nell'art. 25-*bis* del d.p.r. 313/2002, potranno comunque contare sulla non pubblicazione della condanna nel certificato del casellario richiesto dall'interessato ai sensi dell'art. 25 co. 1 lett. *e* del d.p.r. citato; lo stesso vale anche per coloro che siano stati condannati con decreto penale o che abbiano goduto del beneficio della non menzione della condanna di cui all'art. 175 Cp<sup>24</sup>.

In conclusione, se intento del legislatore era quello di impedire a coloro che siano stati condannati per determinati reati di ricevere incarichi che implicino l'affidamento di minori, avrebbe fatto meglio a tra-

<sup>23</sup> Sia consentito un rinvio a S. Tovani, *Profili processuali ed esecutivi (cenni)*, cit., 743; giova ricordare che l'unica sanzione ipotizzabile è rappresentata dall'art. 389 Cp che punisce l'inosservanza di pene accessorie, operando la stessa solo allorquando insieme alla condanna sia stata applicata anche la pena accessoria.

<sup>24</sup> Ipotesi di frequente verificaione posto che i delitti puniti dagli artt. 600-*bis* co. 2, 600-*ter* co. 3 e 4, 609-*quater* co. 1 e 609-*undecies* Cp presentano limiti edittali che ben consentono la definizione del procedimento godendo dei benefici sopra indicati.

durlo direttamente sul piano normativo, creando una nuova misura interdittiva *ad hoc* e facendo sì che ogni condanna riportata per determinati reati venisse sempre trascritta nel certificato del casellario. Solo in tal caso avrebbe avuto senso prevedere l'obbligo per il datore di lavoro di verificare il certificato del casellario oltre che l'esplicito e correlativo divieto di assunzione di quel soggetto.

5. Infine, anche il codice di rito è stato oggetto di tre interventi di riforma.

Con l'art. 3 d.lgs. 24/2014, il legislatore ha modificato l'istituto dell'incidente probatorio, aggiungendo il comma 5-*ter* all'art. 398 Cpp, così da rendere applicabile la previsione del comma 5-*bis* allorché «*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*».

Giova rammentare che, in base al comma 5-*bis*, nelle indagini concernenti determinati reati contro la libertà individuale e altre ipotesi di reato contro la persona, quando tra le persone interessate all'assunzione della prova vi sia un minore o un maggiorenne infermo di mente o una persona vulnerabile<sup>25</sup> il giudice può stabilire il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno; al fine di tutelare il minore o l'infermo di mente, l'udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale.

Alcuni problemi, a nostro avviso, potrebbero derivare in sede interpretativa dalla vaghezza della correlazione tra condizione soggettiva e tipo di reato subito, non potendosi considerare *vulnerabile* chiunque sia stato vittima di qualsiasi ipotesi di violenza sessuale o qualsiasi genitore singolo con figli minori, a prescindere dalle particolari condizioni soggettive che hanno determinato, concretamente, la vulnerabilità. Né ci pare sufficiente a limitare l'operatività della deroga alla formazione della prova nel dibattimento l'inciso in forza del quale la condizione di particolare vulnerabilità deve essere «*desunta anche dal tipo di reato per cui si procede*»<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> L'estensione anche al maggiorenne infermo di mente è stata realizzata dall'intervento della Corte costituzionale, con sentenza del 29 gennaio 2005, n. 63. Sul punto v. A. Famiglietti, *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale (nota a C. cost. 29 gennaio 2005 n. 63)*, in *CP* 2006, 446 ss.

<sup>26</sup> Si deve osservare che analoga previsione è stata introdotta, ad opera dell'art. 2 co. 1 lett. i n. 2 del d.l. 14.8.2013, n. 93 conv. con modif. dalla l. 15.10.2013, n. 119, al comma 4-*quater* dell'art. 498 Cpp, in forza del quale «Quando si procede per i reati previsti dal comma 4-*ter*, se la persona offesa è maggiorenne 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 procede, e ove ritenuto opportuno, dispone, a richiesta della persona offesa o del suo difensore, l'adozione di modalità protette». Per un commento critico: v. 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*, 25.9.14.

Le altre due modifiche al codice di rito sono state apportate dall'art. 4 d.lgs. 39/2014.

Con il primo intervento il legislatore aggiunge il reato di adescamento di minori all'elenco dei reati "minori" per i quali è consentito l'utilizzo di intercettazioni di conversazioni telefoniche o di altre forme di telecomunicazione in deroga alla pena minima prevista (che, di regola, deve essere l'ergastolo o la reclusione superiore nel massimo a cinque anni). Ci sfugge per quale motivo le intercettazioni siano possibili per il delitto di adescamento di minori e non, ad esempio, per la corruzione di minorenni (art. 609-*quinquies* Cp).

Un'ulteriore intervento ha riguardato l'art. 62 del codice di rito, in forza del quale «Le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza». Con la riforma in esame, si è aggiunto un secondo comma, a tenore del quale «Il divieto si estende alle dichiarazioni, comunque inutilizzabili, rese dall'imputato nel corso di programmi terapeutici diretti a ridurre il rischio che questi commetta delitti sessuali a danno di minori». Chiara la finalità della previsione, ossia quella di incentivare (o, meglio, di non disincentivare) l'inserimento di *sexual offenders* in idonei programmi di recupero, facendo sì che ogni eventuale dichiarazione di tipo confessorio possa aggravare il quadro processuale dell'indagato. Consentendo il nostro ordinamento ai soggetti che ne abbiano la necessità di intraprendere – in qualunque fase processuale – percorsi terapeutici o interventi di carattere riabilitativo è apparso necessario prevedere una norma che sancisse espressamente il divieto di testimonianza in ordine alle dichiarazioni rilasciate in tale contesto, oltre che l'inutilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente rese dall'indagato o dall'imputato nel corso di tali programmi, al fine di evitare che eventuali affermazioni di contenuto auto-accusatorio possano danneggiarlo, pregiudicandone la difesa e, di riflesso, disincentivare lo svolgimento di detti programmi terapeutici. Siamo a nostro avviso nell'ambito della c.d. inutilizzabilità patologica assoluta, con la conseguente impossibilità di far uso delle dichiarazioni sopra indicate anche al di fuori del dibattimento (in sede cautelare o nel giudizio abbreviato). Tenuto conto del disposto dell'art. 62 Cpp<sup>27</sup>, non pare potersi escludere che tali dichiarazioni possano eventualmente essere utilizzate ai soli fini investigativi o di tutela di un soggetto minore.

---

<sup>27</sup> Si faccia il caso di colui che, condannato per fatti di violenza sessuale su un minore, riferisca, nell'ambito delle attività previste all'interno di programmi terapeutici, circa nuovi episodi di violenza su altro soggetto. Può detta dichiarazione essere utilizzata almeno al fine di intervenire per fornire tutela a chi sia stato individuato quale vittima del reato?

D.lgs. 4 marzo 2014, n. 32.

Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (G.U. 13.3.2014, n. 64)

**Art. 1**

*Modifiche al codice di procedura penale*

1. Al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 104, dopo il comma 4, è aggiunto il seguente:

«4-bis. L'imputato in stato di custodia cautelare, l'arrestato e il fermato, che non conoscono la lingua italiana, hanno diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore a norma dei commi precedenti. Per la nomina dell'interprete si applicano le disposizioni del titolo IV del libro II.»;

b) l'articolo 143 è sostituito dal seguente:

«Articolo 143

(Diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali)

1. L'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente, indipendentemente dall'esito del procedimento, da un interprete al fine di poter comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti e lo svolgimento delle udienze cui partecipa. Ha altresì diritto all'assistenza gratuita di un interprete per le comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento.

2. Negli stessi casi l'autorità procedente dispone la traduzione scritta,

entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e della facoltà della difesa, dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna.

3. La traduzione gratuita di altri atti o anche solo di parte di essi, ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico, può essere disposta dal giudice, anche su richiesta di parte, con atto motivato, impugnabile unitamente alla sentenza.

4. L'accertamento sulla conoscenza della lingua italiana è compiuto dall'autorità giudiziaria. La conoscenza della lingua italiana è presunta fino a prova contraria per chi sia cittadino italiano.

5. L'interprete e il traduttore sono nominati anche quando il giudice, il pubblico ministero o l'ufficiale di polizia giudiziaria ha personale conoscenza della lingua o del dialetto da interpretare.

6. La nomina del traduttore per gli adempimenti di cui ai commi 2 e 3 è regolata dagli articoli 144 e seguenti del presente titolo. La prestazione dell'ufficio di interprete e di traduttore è obbligatoria.».

## La riforma dell'assistenza linguistica: novità e difetti del nuovo assetto codicistico

Commento di MITJA GIALUZ

**SOMMARIO:** 1. La direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. – 2. Il d.lgs. 4.3.2014, n. 32 di attuazione della direttiva. – 3. Il diritto all'interprete. – 4. (*Segue*) Nei colloqui con il difensore. – 5. (*Segue*) I rimedi per la mancata nomina dell'interprete. – 6. Il diritto alla traduzione degli atti processuali. – 7. (*Segue*) Surrogabilità della traduzione con l'interpretazione e rinuncia alla traduzione. – 8. (*Segue*) I rimedi per la mancata traduzione di un atto processuale. – 9. Diritto transitorio.

1. Per un decennio, dopo il Consiglio europeo di Tampere, l'Unione europea si è concentrata principalmente sul consolidamento degli strumenti di cooperazione, nell'ottica della lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata. Soltanto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'adozione della *roadmap* di Stoccolma<sup>1</sup>, le istituzioni europee hanno cambiato rotta e si sono preoccupate di indirizzare le politiche europee nel senso del riequilibrio dei diritti dell'imputato. La prima fonte in tal senso è la Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nel procedimento penale, adottata nell'ottobre del 2010.

La scelta di prendere le mosse dal diritto all'assistenza linguistica si giustificava, per un verso, con ragioni di natura contingente e, per l'altro, con considerazioni più profonde sulla rilevanza di tale garanzia.

Tra le prime, ha avuto un certo peso il fatto che il diritto all'assistenza linguistica fosse risultato il meno controverso durante il lungo e articolato negoziato sulla proposta di decisione quadro presentata dalla Commissione nel 2004<sup>2</sup>: a differenza degli altri diritti, non era mai stato contestato dalle delegazioni nazionali e, per di più, rispetto ad esso emergeva il consenso ampio anche di quegli Stati membri che avevano espresso riserve sull'iniziativa normativa<sup>3</sup>. Peraltro, sul tema dell'inter-

<sup>1</sup> R.E. Kostoris, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Milano 2014, 76, 78; E. Smith, *Running Before we Can Walk? Mutual Recognition at the Expense of Fair Trials in Europe's Area of Freedom, Justice and Security*, in *NJECL*, 2013, n. 4, 91.

<sup>2</sup> Sulla *Proposta di Decisione Quadro in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea* (COM(2004)328 def.), si leggano, tra i tanti, C. Arangüena Fanego, *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in *CP* 2008, 3042; C. Morgan - P. Csonka, *A European Union framework decision on procedural rights: the short history of a failure (so far)*, in *Individual guarantees in the European judicial area in criminal matters*, Bruxelles 2011, 147; B. Nascimbene, *European Judicial Cooperation in Criminal Matters: What Protection for Individuals under the Lisbon Treaty?*, *ibidem*, 133.

<sup>3</sup> Cfr. N. Vandystadt, *Justice: Commission aims to strengthen suspect's rights*, in *Europolitics*, 9 luglio 2009.

pretazione e della traduzione nel processo penale la Commissione disponeva di molti studi e di materiale informativo. Non solo, a partire dalla fine degli anni Novanta, erano state condotte diverse ricerche sul tema<sup>4</sup>, ma, nel marzo del 2009, il *Reflection Forum on Multilingualism and Interpreter Training* aveva pubblicato un importante rapporto, che ribadiva l'importanza di un'assistenza linguistica qualificata per garantire l'efficienza della giustizia penale e ridurre il rischio di errori giudiziari<sup>5</sup>.

Vi era pertanto la piena consapevolezza della centralità della garanzia linguistica, sia nell'ottica della tutela immediata dei diritti dell'imputato, sia nella prospettiva del rafforzamento della fiducia reciproca. Da un canto, era ormai evidente che non vi può essere fiducia reciproca tra gli Stati membri «*if it is not built on mutual trust in communication (including interpreting and translation) between Member States*»<sup>6</sup>. Dall'altro, si riconosceva che il diritto all'assistenza linguistica ha una valenza prioritaria rispetto a tutti gli altri diritti dell'imputato: in fondo, esso permette di accedere alla stessa autodifesa e alla difesa tecnica e, pertanto, la sua violazione determina la lesione di altri diritti fondamentali<sup>7</sup>.

Ne è emerso un testo molto ambizioso che non mirava unicamente a dare maggiore visibilità e ad agevolare l'applicazione pratica di un diritto già riconosciuto dagli artt. 5 e 6 § 3 lett. e Cedu e dalla Corte di Strasburgo (considerando n. 14), ma aveva l'obiettivo di fissare degli standard di tutela più avanzati<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Per un quadro riassuntivo, cfr. da ultimo C. Falbo, *La comunicazione interlinguistica in ambito giuridico. Temi, problemi e prospettive di ricerca*, Trieste 2013, 58 ss.

<sup>5</sup> «Finally, inadequate low-calibre legal interpreting may put justice in jeopardy during police investigations or trial and post-trial proceedings. It may cost the system dearly in terms of money, time and quality of justice, whereas conversely the use of qualified legal interpreters will increase the efficiency of case progression, reduce ineffective trial hearings, avoid miscarriages of justice, and improve communication in out-of-court settings such as lawyer-client meetings or probation sessions, thus resulting in an overall more effective judicial process» (così, *Reflection Forum on Multilingualism and Interpreter Training, Final Report*, 7).

<sup>6</sup> Così, E. Hertog, in *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Framework Decision on the right to interpretation and to translation in criminal proceedings*, COM(2009)338 fin., SEC(2009)916, 57.

<sup>7</sup> «There are various rights to be respected, but an additional, and necessary first 'layer' of rights for the foreign accused person is that interpretation and translation is provided so that he can access his other rights (such as legal advice, being informed about what he is accused of etc.): così, *Impact Assessment*, cit., 27, § 78.

<sup>8</sup> Sulla direttiva n. 64 del 2010, cfr., in particolare, C. Amalfitano, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea* 2011, 83; C. Arangüena Fanego, *El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 20 de octubre de 2010*, in *Revista General de Derecho Europeo* 2011, 24; C. Arangüena Fanego, *Nuevas directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal*, in *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada 2011, 269; A. Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, cit., 115; M. Bargis, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano 2013, 96; V. Bazzocchi, *L'armonizzazione delle garanzie pro-*

Ciò che si può apprezzare, sia sul versante del contenuto del diritto, sia su quello dell'estensione dello stesso.

Anzitutto, la direttiva ha riconosciuto la qualità dell'assistenza linguistica come vero e proprio connotato coesenziale del diritto: tanto con riguardo all'interpretazione (art. 2 § 8), che con riferimento alla traduzione (art. 3 § 9), la direttiva chiarisce che la riproduzione del testo in una lingua diversa da quella originale «deve essere di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa».

In secondo luogo, a livello di estensione della garanzia, è stata riconosciuta in termini espliciti l'assistenza linguistica all'imputato alloglotto – sia esso cittadino di uno Stato membro oppure extracomunitario – nei colloqui con il difensore (art. 2 § 2) e la traduzione dei documenti fondamentali (art. 3).

2. Il termine per l'implementazione della direttiva è scaduto il 27 ottobre 2013. Essa è stata attuata con apposite manovre normative in diversi Stati membri (Austria, Bulgaria, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Inghilterra, Irlanda, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Svezia)<sup>9</sup>, mentre altri

---

*cessuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini 2013, 170; P. BEAUVAIS, *Droit pénal de l'Union européenne*, in *RTDE* 2011, 642; G. Biondi, *La tutela processuale dell'imputato alloglotto alla luce della direttiva 2010/64/UE*, in *CP* 2011, 2422; S. Cras - L. De Matteis, *The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings. Genesis and Description*, in *EUCRIM* 2010, n. 4, 153; M. Gialuz, *Novità sovranazionali*, in *PPG* 2011 (2), 9; Id., *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *RDP* 2012, 1193; A. Iermano, *Verso comuni regole processuali europee: il diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011 (2), 335; I. Izzo, *Spazio europeo di giustizia e cooperazione giudiziaria*, in "Spazio europeo di giustizia" e *procedimento penale italiano*, a cura di L. Kalb, Torino 2012, 313 ss.; L. Kalb, *Il rafforzamento del diritto e gli effetti nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 344 ss.; L. Katschinka, *The impact of Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings*, in *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, a cura di C. Falbo e M. Viezzi, Trieste 2014, 105; S. Monjean-Decaudin, *L'Union européenne consacre le droit à l'assistance linguistique dans les procédures pénales. Commentaire de la directive relative aux droits à l'interprétation et à la traduction dans les procédures pénales*, in *RTDE* 2011, 763; T. Rafaraci, *The Rights of Defence and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, a cura di S. Ruggeri, Heidelberg 2013, 336; F. Romoli, *La direttiva 64/2010 sul diritto all'interprete e l'ordinamento italiano: prospettive su una zona d'ombra del diritto alla difesa*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2012, 32; P. Troisi, *L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne*, in *PPG* 2014 (1), 109 ss.

<sup>9</sup> V. [http://eur-lex.europa.eu/search.html?type=advanced&qid=1399314513886&or0=DN%3D72010L0064\\*,DN-old%3D72010L0064\\*&page=1](http://eur-lex.europa.eu/search.html?type=advanced&qid=1399314513886&or0=DN%3D72010L0064*,DN-old%3D72010L0064*&page=1). Per una panoramica alla data di scadenza della direttiva (27 ottobre 2013), sia consentito rinviare a M. Gialuz, *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4.11.2013.



hanno ritenuto di non dover modificare l'ordinamento nazionale (es. Portogallo).

Quanto all'Italia, va segnalato che, fino a pochi mesi dalla scadenza, l'implementazione della direttiva era stata affidata esclusivamente alla magistratura, la quale, pur tra molte resistenze, aveva iniziato a percorrere la strada dell'interpretazione conforme dell'art. 143 Cpp alle norme della direttiva, in particolare con riferimento al tema della traduzione delle sentenze<sup>10</sup>.

Solo con la legge di delegazione europea 2013 (l. 6.8.2013 n. 96) si è conferita al Governo la delega per il recepimento della direttiva 2010/64/UE (art. 1 comma 1 e allegato B). Il Parlamento aveva attribuito la delega anche per l'attuazione di due ulteriori direttive: la 2012/13/UE, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali e la 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Entrambe queste fonti europee contengono norme dedicate all'assistenza linguistica: la prima stabilisce che l'informazione sui diritti – la cosiddetta *letter of rights* – deve essere redatta in una lingua comprensibile all'imputato (art. 4, § 5); la seconda riconosce – per la prima volta in termini espressi – un vero e proprio diritto all'interpretazione e alla traduzione alla vittima del reato (art. 7).

Pertanto, sarebbe stato ragionevole dare attuazione congiunta a tali direttive, come avvenuto ad esempio in Germania e Romania, per la direttiva n. 13/2012. Un approccio di tal genere avrebbe consentito di cogliere i nessi sistematici all'interno di una materia complessa, soprattutto con riguardo al diritto all'assistenza linguistica della vittima.

Purtroppo, il Governo ha scelto la via (apparentemente più piana) dell'implementazione frazionata, che potrà portare a dei problemi nella fase dell'asestamento giurisprudenziale delle singole manovre. Nella seduta 3 dicembre 2013 il Consiglio dei Ministri ha infatti approvato uno schema di decreto legislativo di attuazione della sola direttiva sull'assistenza linguistica e lo ha trasmesso alle commissioni parlamentari competenti.

Se la Commissione Giustizia del Senato ha espresso parere favorevole senza formulare osservazioni<sup>11</sup>, le Commissioni della Camera dei Deputati investite del parere consultivo hanno impostato diversamente i lavori. La Commissione Giustizia, dopo aver approfondito l'analisi dello schema in diverse sedute<sup>12</sup>, ha approvato un parere molto articolato, che, non solo conteneva alcuni rilievi critici, ma presentava numerose proposte tese a migliorare il testo governativo, nell'ottica di trasformarlo

<sup>10</sup> Cfr., volendo, M. Gialuz, *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, in DPP 2012, 434; Id., *La Corte di cassazione riconosce l'obbligo di tradurre la sentenza a favore dell'imputato alloglotto*, in CP 2013, 2188.

<sup>11</sup> Lo si trova all'indirizzo <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=732572>.

<sup>12</sup> Cfr. <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2013/12/19/leg.17.bol0146.data20131219.com02.pdf>, 31.

in una profonda rivisitazione della materia<sup>13</sup>. La Commissione Bilancio e Tesoro ha rilevato l'opinabilità delle proiezioni sulle spese derivanti dalla riforma e ha suggerito di precisare il decorso delle stesse a partire dall'esercizio 2014<sup>14</sup>. Infine, la Commissione per le Politiche dell'Unione Europea ha messo in rilievo, da un lato, la necessità di recepire il considerando n. 22 della direttiva nel senso di indicare la lingua madre dell'imputato come lingua della traduzione e, dall'altro lato, l'opportunità di inserire nello schema di decreto un'esplicita previsione in merito al diritto all'interpretazione e alla traduzione nel procedimento per l'esecuzione del mandato di arresto europeo<sup>15</sup>.

Sfortunatamente, il Governo non ha tenuto in alcuna considerazione i suggerimenti del Parlamento e, nella seduta del 28 febbraio 2014, ha approvato un testo sostanzialmente identico allo schema originario di decreto; questo è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 4 marzo 2014 ed è entrato in vigore il 4 aprile 2014.

A livello generale, si può rilevare che l'ordinamento italiano ha sprecato un'occasione per riformare a fondo una materia che presentava – e che, purtroppo, continuerà a presentare – notevoli criticità. Come si vedrà, la principale risiede nella mancata professionalizzazione dell'esperto linguistico e nella scarsa attenzione per il connotato della qualità della prestazione dell'interprete e del traduttore. Ad ogni modo, vi sono significativi difetti anche nella tecnica normativa.

Sotto il profilo sistematico, la direttiva riconosce un unico diritto – all'assistenza linguistica – che può assumere due diversi contenuti, a seconda che l'atto processuale abbia natura orale o scritta: nel primo caso, l'imputato ha diritto di essere assistito da un interprete, mentre nel secondo ha diritto di ottenere una traduzione dell'atto scritto. Le due forme dell'assistenza linguistica sono opportunamente disciplinate dalla direttiva in due disposizioni separate, proprio perché hanno una spiccata autonomia.

Anzitutto, siccome varia il contenuto della mediazione linguistica, sarà diverso il professionista al quale rivolgersi. Già il Libro verde sulle Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali adottato dalla Commissione europea nel 2004 sottolineava come, «nonostante siano spesso considerati una categoria unica, interpreti e traduttori, avendo formazioni diverse e ruoli diversi da svolgere nei procedimenti penali, devono essere considerati due categorie professionali distinte»<sup>16</sup>. Le due facoltà differiscono poi per alcuni caratteri.

---

<sup>13</sup> Cfr. <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2014/02/18/leg.17.bol0182.data20140218.com02.pdf>.

<sup>14</sup> V. <http://www.camera.it/leg17/824?tipo=C&anno=2014&mese=02&giorno=12&view=&commissione=05&pagina=data.20140212.com05.bollettino.sede00030.tit00010#data.20140212.com05.bollettino.sede00030.tit00010>.

<sup>15</sup> <http://www.camera.it/leg17/824?tipo=A&anno=2014&mese=01&giorno=22&view=&commissione=14#data.20140122.com14.allegati.all00030>.

<sup>16</sup> Cfr. *Libro verde della Commissione sulle Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, 19.2.2003, COM(2003) 75 def., 31.

Per un verso, il diritto all'interpretazione ha carattere bidirezionale, ossia si configura come diritto dell'imputato a comprendere e a farsi comprendere (art. 2), mentre il diritto alla traduzione ha natura unidirezionale, in quanto l'intermediazione linguistica scritta va garantita solo per gli atti dell'autorità che hanno come destinatario l'imputato (art. 3); per altro verso, mentre il diritto all'interpretazione è irrinunciabile e infungibile, il diritto alla traduzione risulta rinunciabile (art. 3 § 8) e surrogabile da una traduzione orale o da un riassunto orale (art. 3 § 7).

Ebbene, il legislatore italiano avrebbe fatto meglio a riprendere tale scelta e a disciplinare separatamente i due profili dell'interpretazione e della traduzione, dedicando una norma all'assistenza linguistica negli atti processuali orali e una alla traduzione. Peraltro, nell'ambito dell'interpretazione, sarebbe stato opportuno distinguere anche topograficamente la disciplina dell'assistenza linguistica nei rapporti con l'autorità e quella dell'assistenza linguistica nei colloqui con il difensore. Quest'ultima si riferisce infatti a una situazione comunicativa del tutto peculiare.

Purtroppo, ciò non è accaduto e il codice continua a regolare in un'unica statuizione quelle che appaiono come due forme separate, ossia l'interpretazione e la traduzione. È ben vero che nella rubrica del nuovo art. 143 Cpp si fa riferimento sia all'interpretazione che alla traduzione; per di più, nel comma 5 si giustappungono l'interprete e il traduttore. Nondimeno, sarebbe stato preferibile riconoscere maggiore autonomia ai due versanti dell'assistenza linguistica. Peraltro, va rimarcato che neanche l'intitolazione del titolo V è stata cambiata ed è stato mantenuto l'originale riferimento alla "traduzione degli atti", che rischia di essere ambiguo e fuorviante. Evidentemente, il termine "traduzione" non ricomprende i due profili dell'assistenza linguistica, che avrebbero dovuto rimanere distinti anche nell'intitolazione.

3. Per quel che riguarda le modifiche al codice di rito, conviene prendere le mosse dal nuovo art. 143 Cpp, che è stato integralmente riscritto dal legislatore del 2014. Questo disciplina al primo comma il diritto all'interpretazione, mentre il secondo e il terzo regolano il diritto alla traduzione; i co. 4, 5 e 6 contengono invece delle previsioni comuni a entrambe le forme di assistenza linguistica.

Per quel che riguarda l'interpretazione, il nuovo primo comma consta di due parti: la prima ribadisce che «l'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente, indipendentemente dall'esito del procedimento, da un interprete al fine di poter comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti e lo svolgimento delle udienze cui partecipa»; la seconda estende invece l'assistenza gratuita di un interprete alle comunicazioni con il difensore.

Su questa seconda norma torneremo tra breve. La prima invece disciplina in generale il diritto all'interpretazione. Il presupposto in presenza del quale scatta l'obbligo di nomina dell'interprete viene definito riprendendo la formulazione presente nella versione originaria dell'art.

143 Cpp: l'imputato avrà diritto all'interprete quando "non conosce la lingua italiana". Nonostante avesse generato gravi difficoltà ermeneutiche e infiniti dibattiti, questa formula è stata mantenuta ferma dal legislatore del 2014. Meglio avrebbe fatto il Governo ad allineare l'espressione codicistica con la (ben più puntuale) formulazione "non comprende o non parla la lingua", contenuta sia nella direttiva n. 64 che nell'art. 111 Cost. e nell'art. 6 § 3 lett. e Cedu. A livello ermeneutico, peraltro, non sembrano esservi dubbi che l'espressione codicistica vada letta come equivalente a contenuta nelle fonti sovraordinate: pertanto la mancata conoscenza della lingua andrà intesa sia come incompetenza passiva (ossia mancata comprensione dell'italiano), sia come incompetenza attiva, ossia come incapacità di esprimersi nella lingua italiana.

Una delle novità più significative è quella che attiene all'accertamento della mancata conoscenza della lingua: secondo il nuovo art. 143 co. 4 Cpp, è l'autorità giudiziaria che deve verificare un livello di conoscenza linguistica sufficiente e non l'imputato a dover provare la sua incompetenza linguistica. Infatti, la norma dell'art. 143 co. 4 Cpp va interpretata alla luce dell'art. 2 § 4, della direttiva n. 64 secondo il quale vanno previste «procedure o meccanismi allo scopo di accertare se gli indagati o gli imputati parlano e comprendono la lingua del procedimento penale e se hanno bisogno dell'assistenza linguistica», nonché del considerando n. 21, in forza del quale tali procedure implicano che l'autorità possa consultare direttamente l'interessato. Ne derivano tre conseguenze fondamentali.

Anzitutto, non si potrà più far leva – come accaduto in passato – su criteri presuntivi che determinino l'inversione sostanziale dell'onere della prova<sup>17</sup>. Non si potrà, ad esempio, considerare automaticamente la permanenza in Italia dello straniero per un certo periodo di tempo oppure lo svolgimento prolungato di attività lavorativa. Queste circostanze potranno sicuramente rappresentare degli indizi di conoscenza della lingua ma non potranno di per sé portare l'autorità giudiziaria a giustificare il diniego della nomina dell'interprete. Al di là dell'ipotesi del cittadino italiano, la cui competenza linguistica viene presunta, in tutti gli altri casi è l'autorità giudiziaria a dover dimostrare una competenza linguistica sufficiente.

In secondo luogo, l'autorità giudiziaria non potrà basarsi sul verbale redatto dalla polizia giudiziaria o dall'ufficiale giudiziario che attesti sbrigativamente la conoscenza sufficiente. Saranno il pubblico ministero e il giudice a dover verificare personalmente il livello di conoscenza della lingua da parte dell'imputato: in diversi Paesi, già prima dell'adozione della direttiva n. 64, sussisteva una specifica procedura finalizzata ad accertare la necessità di un interprete (Belgio, Danimarca, Cipro, Olanda, Portogallo, Slovacchia, Spagna, Svezia, Regno Unito). Ad esempio, risulta molto efficiente il sistema polacco nel quale viene garantita la presenza dell'interprete automaticamente, laddove l'imputato

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass. 17.4.2012, n. 28697, inedita; Cass. 9.10.2012, n. 40660, inedita; Cass. 21.11.1996, n. 3547, in *CED Cass.*, m. 208188.

(o un testimone) sia straniero o di origini straniere: se poi l'imputato conosce il polacco, l'interprete rimane al suo fianco e interviene solo ove necessario; ebbene, questo sistema agevola notevolmente il lavoro del giudice e riduce al minimo il rischio di vedere la sentenza impugnata per difetto di assistenza linguistica<sup>18</sup>.

In terzo luogo, vista la distribuzione dell'onere della prova, si deve ritenere che, in caso di dubbio sul livello di conoscenza della lingua italiana, l'autorità giudiziaria dovrà comunque provvedere alla nomina dell'interprete.

Il nuovo art. 143 co. 1 Cpp precisa che l'assistenza va considerata gratuita a prescindere dall'esito del procedimento: si tratta di un richiamo puntuale all'art. 4 della direttiva, che ha ripreso a sua volta indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo<sup>19</sup>.

Sotto il profilo teleologico, va osservato che il legislatore italiano ha voluto specificare che l'assistenza di un interprete è finalizzata a (I) comprendere l'accusa contro di lui formulata e a (II) seguire il compimento degli atti e lo svolgimento delle udienze cui partecipa. Anche su questa formulazione ha pesato il vecchio art. 143 Cpp, mentre la direttiva risulta più generica.

Per quel che concerne infine la lingua *target*, purtroppo il legislatore non ha recepito il suggerimento della Commissione Giustizia della Camera che aveva rilevato l'opportunità di inserire una norma specificamente dedicata alla possibilità di utilizzo della lingua veicolare, sulla scorta di quanto previsto dal considerando n. 22 della Direttiva. Si chiedeva al Governo di valutare l'opportunità di aggiungere un capoverso all'art. 143 Cpp volto a stabilire che «l'interpretazione e la traduzione degli atti devono essere fornite nella lingua madre dell'imputato o in qualsiasi altra lingua che egli parla o comprende in modo sufficiente da garantire l'esercizio dei diritti della difesa»<sup>20</sup>. L'invito è rimasto lettera morta, ma si tratta di una lacuna meno grave di altre: ancora una volta, sulla scorta di un'interpretazione conforme alla direttiva sembra si possa ammettere l'uso della lingua veicolare a condizione che l'imputato ne abbia una conoscenza tale da garantire comunque la comprensione dell'accusa<sup>21</sup>.

Da ultimo, occorre ricordare che, leggendo l'art. 143 Cpp alla luce della direttiva, l'imputato non può rinunciare all'interprete: se, come si vedrà, il diritto alla traduzione può essere oggetto di rinuncia, non altrettanto può dirsi per l'interpretazione. Non può pertanto assolutamente condividersi la raccomandazione espressa dal Tribunale e dalla Corte d'appello di Milano, secondo la quale «se l'imputato presente non comprende correttamente la lingua italiana, il giudice nomina l'inter-

<sup>18</sup> D. de Vocht, *Poland*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, a cura di E. Cape - Z. Namoradze - R. Smith - T. Spronken, Antwerp-Oxford-Portland 2010, 469.

<sup>19</sup> Volendo, si legga M. Gialuz, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, cit., 1197.

<sup>20</sup> Cfr. *Parere sullo Schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. Atto n. 64*, Resoconto 18.2.2014, 36.

<sup>21</sup> Si legga Cass. 28.1.2014, n. 9919, inedita.

prete, *salvo espressa rinuncia dell'imputato ad avvalersene*<sup>22</sup>. Come può rinunciare *consapevolmente* all'interprete un imputato alloglotto? In assenza di un'intermediazione linguistica egli parteciperebbe al processo solo in senso fisico, quasi alla stregua di uno spettatore sordo e muto<sup>23</sup>. È ben vero che l'imputato può scegliere di non partecipare al processo e che può esercitare il diritto al silenzio, ma queste scelte presuppongono che egli abbia piena consapevolezza della natura e della portata dell'accusa mossa nei suoi confronti. Nel caso dell'alloglotto, la rinuncia non potrebbe mai essere frutto di un'opzione consapevole.

4. Nella versione originaria del codice del 1988 il diritto all'interprete era garantito soltanto nei contesti comunicativi che vedevano di fronte individuo alloglotto e autorità. Come si è ricordato, la direttiva ha esteso per la prima volta la garanzia ai rapporti tra l'imputato alloglotto e il suo difensore. Se la *ratio* dell'assistenza linguistica è quella di consentire agli imputati alloglotti di «esercitare appieno i loro diritti della difesa e tutelare l'equità del procedimento» (considerando n. 17), allora essa va riconosciuta anche nelle comunicazioni tra imputati e difensori, in quanto gli imputati devono «poter spiegare al loro avvocato la loro versione dei fatti, segnalare eventuali dichiarazioni con cui sono in disaccordo e mettere il loro avvocato a conoscenza di eventuali circostanze da far valere a loro difesa» (considerando n. 19). Peraltro, l'art. 2 § 2 della direttiva subordina l'assistenza linguistica nelle comunicazioni tra l'indagato e il suo avvocato a una duplice condizione.

Da un canto, la garanzia viene circoscritta alle ipotesi nelle quali l'assistenza è necessaria «al fine di tutelare l'equità del procedimento»; dall'altro, viene limitata a quelle sole comunicazioni «direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un'altra istanza procedurale».

Ebbene, al fine di dare attuazione a tale indicazione generale nell'ordinamento italiano il legislatore è intervenuto su due norme.

Per un verso, ha inserito nella seconda parte dell'art. 143 co. 1 Cpp la specificazione in forza della quale l'imputato che non conosce l'italiano «ha altresì diritto all'assistenza gratuita di un interprete per le comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento».

Per altro verso, ha introdotto un co. 4-*bis* nell'art. 104 Cpp, che garantisce all'imputato alloglotto *in vinculis* (in stato di custodia cautelare, di arresto o di fermo) il diritto all'assistenza gratuita di un interprete per il primo colloquio con il difensore. Probabilmente si tratta di una previsione superflua, posto che l'applicazione della garanzia al primo collo-

<sup>22</sup> Testualmente, *D.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 in materia di interpretazione e traduzione nei procedimenti penali: prassi applicative*, in <http://www.ca.milano.giustizia.it/news.aspx?id=3940>.

<sup>23</sup> V. Cass. 12.3.2007, p.m. in c. T.A., in *DPP* 2007, 1502-1503. Per l'accostamento dell'imputato alloglotto - «sordo alla nostra lingua» - all'imputato sordomuto, si legga G. Giostra, *Il diritto dell'imputato straniero all'interprete*, in *RIDPP* 1978, 438.

quo con l'imputato *in vinculis* sarebbe desumibile direttamente dalla norma generale contenuta nell'art. 143 co. 1 Cpp. Questa estende infatti l'assistenza dell'interprete a qualsiasi colloquio dell'imputato con il difensore che sia strumentale alla preparazione: *a*) dell'interrogatorio o dell'esame dibattimentale; *b*) di una "richiesta", termine che va interpretato nel senso di ricomprendere anche l'atto di impugnazione (tanto cautelare, quanto principale)<sup>24</sup>; *c*) di una memoria.

Ora, questa disposizione generale conduce a riconoscere una portata molto ampia alla garanzia e suscita qualche perplessità soprattutto perché condurrà a una lievitazione enorme dei costi<sup>25</sup>: non si deve infatti dimenticare che questo servizio è a carico dello Stato a prescindere dalle condizioni economiche dell'imputato. Sarebbe stato forse preferibile seguire il modello francese e individuare espressamente un certo numero di colloqui nei quali è obbligatorio garantire l'assistenza linguistica. Per di più, si sarebbe potuto pensare di definire dei limiti – magari anche temporali – di questa assistenza a spese dello Stato sul modello belga. Ma il legislatore italiano ha voluto largheggiare – come spesso accade – sul piano delle previsioni astratte: sarà da vedere se le risorse stanziare saranno sufficienti a garantire un'assistenza *effettiva*.

5. Da ultimo, ci si deve interrogare sui rimedi previsti dall'ordinamento per il caso di diniego della nomina di un interprete. L'art. 2 § 5, della direttiva n. 64 prevede infatti che «gli Stati membri assicurano che, secondo le procedure della legislazione nazionale, gli indagati o gli imputati abbiano il diritto di impugnare una decisione che dichiara superflua l'interpretazione e, nel caso in cui l'interpretazione sia stata fornita, abbiano la possibilità di contestare la qualità dell'interpretazione in quanto insufficiente a tutelare l'equità del procedimento». Ora, l'unica forma di impugnazione di decisioni in materia di assistenza linguistica – peraltro unitamente alla sentenza – è quella dell'ordinanza che esclude la traduzione di atti a richiesta (art. 143 co. 3 Cpp).

Occorre dunque far leva sulle forme di invalidità, che potranno essere fatte valere durante il procedimento ed eventualmente davanti al giudice del grado successivo. Evidentemente, con riguardo alla mancata nomina di un interprete che assista l'imputato durante gli atti del procedimento, si configura una nullità di ordine generale (ai sensi dell'art. 178 co. 1 lett. c Cpp), che sarà solitamente a regime intermedio.

Per quel che riguarda specificamente il caso in cui, a fronte di una richiesta del difensore o dell'imputato alloggio finalizzata a preparare

<sup>24</sup> In tal modo, la norma consentirà di superare quella giurisprudenza restrittiva che obbligava l'imputato a nominare un interprete di fiducia per preparare la redazione degli atti processuali di parte (cfr. M. Bargis, *Inammissibile l'impugnazione redatta in lingua straniera: punti fermi e lacune di sistema dopo la pronuncia delle Sezioni unite*, in *CP* 2009, 2024; S. Meloni, *Niente di nuovo sul fronte della traduzione degli atti in ambito processuale: una storia italiana*, *ivi* 2010, 3683).

<sup>25</sup> Secondo R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Atti fondamentali scritti nella lingua dell'imputato*, in *GD* 2014 (16), 64, «perimetro e contenuti della norma sono di una genericità che preoccupa».

un interrogatorio o l'esame, l'autorità non nomini un interprete per il colloquio difensivo, non pare dubbio che si possa invocare una nullità di ordine generale (ai sensi dell'art. 178 co. 1 lett. c Cpp), che andrà a viziare l'atto processuale successivo. Nell'ipotesi in cui invece sia richiesta l'assistenza dell'interprete per preparare un atto propulsivo (come ad es. un'impugnazione), la mancata nomina dell'interprete potrebbe condurre alla rimessione nel termine per impugnare ai sensi dell'art. 175 Cpp.

Interpretando in tal modo le disposizioni dell'ordinamento italiano, sembra che il nostro sistema possa reputarsi in linea con quanto previsto dall'art. 2 § 5 della direttiva n. 64, almeno sotto il profilo del diniego di assistenza linguistica: rimane invece completamente inattuata la norma europea che prevede un rimedio volto a contestare la qualità dell'interpretazione. Da questo punto di vista, l'ordinamento italiano non rispetta assolutamente gli standard fissati dalla direttiva, anche perché la ricusazione dell'interprete continua a essere ammessa solo ed esclusivamente per le ragioni formali previste dall'art. 144 Cpp. Il legislatore avrebbe dovuto prevedere anche la possibilità di contestare la qualità dell'assistenza, che è uno dei connotati essenziali del diritto in parola, ma non è intervenuto sull'art. 145 Cpp. Starà alla Corte di giustizia o alla Corte di Strasburgo verificare le conseguenze di tale omissione di tutela.

6. La seconda grande innovazione della direttiva è rappresentata dal riconoscimento espresso del diritto alla traduzione di alcuni atti processuali specificamente indicati (atti necessariamente essenziali) – le decisioni che privano l'imputato della libertà, gli atti contenenti i capi di imputazione e le sentenze (art. 3 § 2) – e dalla previsione della facoltà per l'imputato e il suo difensore di chiedere la traduzione di altri atti processuali quando la trasposizione linguistica risulti essenziale al fine di consentire all'imputato di esercitare i propri diritti difensivi (atti eventualmente essenziali) (art. 3 § 3).

Ebbene, i nuovi commi 2 e 3 dell'art. 143 Cpp danno attuazione a tale previsione. Il primo contempla gli atti che devono essere sempre tradotti, entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e delle facoltà della difesa. Si tratta dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali<sup>26</sup>, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna.

Uno dei profili più delicati nell'esegesi della statuizione è quello relativo alla tempistica. La direttiva aveva parlato di «periodo di tempo ragionevole» (art. 3 § 1) e correttamente il legislatore italiano ha parametrato la ragionevolezza alla possibilità per l'imputato di esercitare i diritti in relazione al provvedimento che lo riguarda. Prima della riforma, il tema era stato affrontato dalla giurisprudenza con riferimento all'or-

---

<sup>26</sup> Sono pertanto escluse le ordinanze applicative di misure cautelari reali: v. Cass. 28.5.2014, n. 33402, in *D&G.*, 30.7.2014, la quale ha escluso l'applicazione della norma a un provvedimento di sequestro preventivo.



dinanza applicativa di misura cautelare: la Cassazione aveva chiarito che occorre distinguere tra l'ipotesi in cui, al momento dell'emissione del provvedimento sia già nota la non conoscenza della lingua e quello in cui il *deficit* linguistico si apprenda solo dopo l'esecuzione dell'ordinanza. Nel primo caso, la traduzione deve essere contestuale mentre nel secondo dovrebbe avvenire immediatamente, attraverso la nomina di un interprete<sup>27</sup>. Ora, pare che questa bipartizione mantenga validità: la differenza è che, laddove la mancata conoscenza della lingua emerga solo al momento dell'esecuzione della misura, dovrà essere immediatamente disposta la traduzione scritta, la quale andrà conclusa in tempi brevi, posto che il termine per l'interrogatorio di garanzia e per le impugnazioni decorrerà dal momento della consegna della versione tradotta. Si è sostenuto che «la scelta del legislatore interno si profila come inutilmente “rigida” e capace di compromettere significativamente il diritto di difesa nella sua declinazione di diritto al riesame tempestivo delle decisioni sulle cautele personali»<sup>28</sup>. Da un lato, però, occorrerà garantire una traduzione (magari parziale) in tempi brevi e, dall'altro, ove l'imputato abbia interesse di attivare un immediato controllo sul provvedimento, potrà comunque rinunciare alla traduzione scritta e accontentarsi della *sight translation*<sup>29</sup>.

Con riguardo invece all'elencazione tassativa degli atti da tradurre, occorre svolgere due considerazioni.

Per un verso, essa risulta lacunosa. Posto che la normativa europea fa riferimento alle «decisioni che privano una persona della propria libertà», si sarebbe dovuto estendere l'obbligo di traduzione all'ordinanza di convalida del fermo o dell'arresto. Per di più, non si capisce se l'obbligo si riferisca solo all'ordinanza che dispone per la prima volta l'applicazione della misura o anche alle ordinanze successive. Vista la *ratio* della norma sembra doversi condividere la raccomandazione a tradurre le ordinanze che dispongono la misura e quelle che incidono sul contenuto della stessa, ossia che modificano *in peius* (ma anche *in melius*) la misura o le prescrizioni<sup>30</sup>.

Per altro verso, l'elencazione sembra ampia nella parte in cui si riferisce ai provvedimenti che dispongono misure cautelari personali. Anche in considerazione della necessità di contenere i costi di traduzione sarebbe stato preferibile riferirsi ai provvedimenti che dispongono le misure cautelari custodiali, inserendo invece le altre misure tra gli atti che possono essere tradotti a richiesta di parte. Questa restrizione sarebbe stata in linea con l'interpretazione rigorosa che deve darsi – anche alla

<sup>27</sup> Cfr. Cass., sez. un., 24.9.2003, Zalagaitis, in *CP* 2004, 1577, con nota di E. Calvanese, *Ordinanza di custodia in carcere nei confronti dello straniero e diritto alla traduzione del provvedimento*.

<sup>28</sup> Così, S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15.7.2014, 11.

<sup>29</sup> Cfr. *infra*, § 7.

<sup>30</sup> Così, *D.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 in materia di interpretazione e traduzione nei procedimenti penali*, cit., § III, b.

luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo maturata sull'art. 5 Cedu – alla richiamata espressione della direttiva: la fonte europea si riferisce esclusivamente alle decisioni che *privano* l'indagato della libertà personale e non anche a quelle che *limitano* la libertà personale. Ma il legislatore italiano, ancora una volta, ha voluto largheggiare, inconsapevole della circostanza che a Strasburgo, e ormai anche a Bruxelles, non contano le enunciazioni di principio, ma l'effettività dei diritti<sup>31</sup>.

Accanto a questi atti essenziali, l'art. 143 co. 3 Cpp prevede la facoltà di ordinare la traduzione gratuita di «altri atti o anche solo di parte di essi, ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico»: la trasposizione nella lingua dell'imputato di questi «atti eventualmente essenziali» va disposta «anche su richiesta di parte, con atto motivato, impugnabile unitamente alla sentenza». Nella parte in cui collega funzionalmente la traduzione alla conoscenza dell'accusa la disposizione appare ben più restrittiva di quella dell'art. 3 par. 1 della direttiva, che richiede la traduzione dei documenti che sono fondamentali per garantire l'esercizio dei diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento. Ancora una volta, sulla base di un'interpretazione sistematica della novella si deve concludere nel senso che la traduzione dovrebbe essere concessa per tutti gli atti che assumono rilievo in relazione all'esercizio effettivo delle facoltà difensive e non solo per quelli che contengono l'imputazione<sup>32</sup>: potranno essere anche atti probatori, indispensabili per l'elaborazione della strategia difensiva.

Merita segnalare anzitutto che, a differenza del secondo comma, il codice non parla di «traduzione scritta»: si è pertanto sostenuto che, in tali casi, la traduzione potrebbe avvenire anche in forma orale<sup>33</sup>. Si tratta di una lettura non condivisibile per la semplice ragione che si deve ormai ritenere che il termine «traduzione» si riferisca sempre alla trasposizione di un testo scritto in un altro testo scritto, a meno che non sia espressamente prevista la sostituzione con una traduzione a vista.

Come noto, a seguito della sentenza C. cost. 10/1993<sup>34</sup>, si era assistito a un'evoluzione che ha portato a estendere progressivamente gli atti di cui veniva riconosciuta la traduzione a favore dell'imputato allo-glotto<sup>35</sup>; ciò nondimeno, secondo un orientamento consolidato<sup>36</sup> – con-

<sup>31</sup> Così, ad es., Corte europea dei diritti umani, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, § 33.

<sup>32</sup> Si condivide dunque il rilievo di S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale*, cit., 8, la quale si riferisce, ad esempio, all'ordinanza applicativa di una misura cautelare reale.

<sup>33</sup> In tal senso, R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Atti fondamentali*, cit., 67.

<sup>34</sup> Corte cost., 19.1.1993, n. 10, in *CP* 1993, 796, nonché *GCos.* 1993, 52, con nota di E. Lupo, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*.

<sup>35</sup> Per una puntuale ricognizione del percorso compiuto dalla giurisprudenza, cfr., per tutti, D. Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano 2002, 373 ss.; S. Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interprete e tutela delle minoranze riconosciute*, Padova 2010, 177 ss.

<sup>36</sup> In tal senso, tra le tante, Cass. 21.9.2011, n. 35571, in *PPG* 2012, 65, con nota di C. Calubini, «Svista» della Suprema Corte: negato al difensore il diritto di eccepire la

fermato anche a fronte del preciso obbligo desumibile dall'art. 3 della direttiva n. 64<sup>37</sup> – le sentenze e i decreti penali non erano ricompresi tra gli atti rispetto ai quali la legge processuale assicura all'imputato alloggio il diritto alla traduzione nella lingua a lui conosciuta. Anche con riguardo alle ordinanze cautelari, nonostante la presa di posizione delle Sezioni Unite<sup>38</sup>, si riscontravano ancora interpretazioni restrittive<sup>39</sup>.

Ebbene, con riferimento agli atti conclusivi del procedimento e alle ordinanze cautelari, il nuovo art. 143 co. 2 Cpp dovrà condurre la giurisprudenza a superare l'orientamento restrittivo appena richiamato. Con riguardo alla sentenza, non potrà nemmeno ritenersi soddisfacente quell'indirizzo – che si era fatto strada da ultimo – secondo il quale l'obbligo di traduzione sussisterebbe solo in presenza di una richiesta dell'imputato<sup>40</sup>. Peraltro, nel silenzio del codice, va specificato che andranno tradotte non soltanto le sentenze di condanna, ma anche quelle di proscioglimento dell'imputato<sup>41</sup>.

Per quel che concerne le ordinanze restrittive della libertà personale, la Cassazione non potrà più affermare che l'obbligo di assicurare all'imputato alloggio la conoscenza del contenuto dell'ordinanza che applichi, nei suoi confronti, una misura coercitiva, «non impone la traduzione scritta della stessa, essendo sufficiente che il soggetto venga messo a conoscenza *in qualsiasi forma* della natura e dei motivi dell'imputazione, onde consentirgli di contrapporsi all'accusa»<sup>42</sup>. Né si potrà prospettare – come è stato fatto nel già ricordato documento redatto dal Tribunale e dalla Corte d'appello di Milano – che, per la convalida dell'arresto e per le misure cautelari emesse in sede di udienza di convalida e per il giudizio direttissimo, «il giudice utilizza i moduli a tal fine predisposti tradotti in varie lingue così da velocizzare l'opera dell'interprete, incaricato della traduzione dell'atto in udienza alla presenza dell'indagato»; per di più, tale documento prevede che «nei suddetti moduli, che già recano tradotte nelle varie lingue le parti fisse e ripetitive, il giudice si limita a compilare le parti variabili 'in bianco', riguardanti le partico-

---

violazione dell'art. 143 c.p.p.; Cass. 3.6.2010, Hassan, in *CED Cass.*, m. 247760; Cass. 21.10.2009, Yang, *ivi*, m. 245564; Cass. 21.10.2008, Dervina, *ivi*, m. 242227; Cass. 7.5.2008, Margel, in *ANPP* 2009, 635; Cass. 21.12.2007, Mazyr, in *CED Cass.*, m. 239495; Cass. 20.12.2004, Owusu, *ivi*, m. 230142; Cass. 18.9.1997, Ben Kalifa, in *DPP* 1998, 986, con nota di D. CURTOTTI NAPPI, *Resistenze giurisprudenziali al pieno riconoscimento del diritto all'interprete*; Cass. 11.3.1997, Husic, in *CED Cass.*, m. 207207.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. 30.12.2013, n. 32, inedita; Cass. 19.4.2013, n. 26239, inedita; Cass. 7.7.2011, n. 26703, in *DPP* 2012, 433. *Contra*, Cass. 4.2.2013, n. 5486, in *CP* 2013, 2185.

<sup>38</sup> Il riferimento è a Cass., sez. un., 24.9.2003, Zalagaitis, cit., 1577.

<sup>39</sup> Cfr. Cass. 11.12.2013, n. 2244, inedita; Cass. 23.1.2013, n. 5647, in *CED Cass.*, m. 254411; Cass. 19.1.2012, n. 35878, in *CP* 2013, 3593; Cass. 14.7.2011, n. 33058, in *CED Cass.*, m. 250830.

<sup>40</sup> V. Cass. 18.6.2014, n. 26416, in *Q.Giur.* 2014, con nota di F. Giunchedi.

<sup>41</sup> *Contra*, almeno con riguardo alle sentenze di assoluzione con formula piena, R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Atti fondamentali*, cit., 66; G.P. Voena, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*<sup>7</sup>, Padova 2014, 249.

<sup>42</sup> Testualmente, Cass. 17.11.2010, n. 2625, in *CED Cass.*, m. 249330.

larità del caso concreto, le quali vengono tradotte dall'interprete». Evidentemente, questa è una forma ibrida di *sight translation* che – come si vedrà – può essere impiegata come surrogato della traduzione scritta soltanto in presenza di una richiesta dell'imputato.

7. Il tema della possibilità di sostituire la traduzione con forme – più celeri e meno dispendiose – di interpretazione è molto delicato. La direttiva se ne occupa nell'art. 3 § 7, con una norma – introdotta su suggerimento dei Governi degli Stati membri, preoccupati dei costi della traduzione – che riconosce quella che si è definita “regola della surrogabilità della traduzione con l'interpretazione”<sup>43</sup>. Essa contempla due ipotesi differenti: nell'una, alla traduzione scritta si sostituisce la *sight translation*, ossia l'interpretazione orale a prima vista di un testo scritto<sup>44</sup>; nell'altra, la trasposizione per iscritto viene rimpiazzata con la *summary sight translation*<sup>45</sup>. In entrambi i casi, la norma europea precisa che la sostituzione di un'intermediazione orale non può condurre a pregiudicare i diritti dell'imputato e l'equità del procedimento.

Ora, nel panorama comparatistico, si sono registrati approcci diversi rispetto a tale disposizione. Il legislatore tedesco ha ammesso in modo estensivo la surroga: la traduzione a vista può infatti sostituire la traduzione per qualunque atto e il rispetto dei diritti dell'imputato va presunto laddove sia presente un difensore (art. 187, § 2, *Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG, del 9 maggio 1975)<sup>46</sup>; il legislatore croato ha invece circoscritto la possibilità di usare l'interpretazione a vista nei soli casi di traduzione di documenti su richiesta dell'imputato (art. 8, comma 6, ZKP), escludendola dunque per i documenti essenziali indicati direttamente dalla direttiva<sup>47</sup>; infine, il legislatore francese ha consentito la surroga solo «à titre d'exception» (art. D. 594-9)<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. M. Gialuz, *La Corte di cassazione riconosce l'obbligo di tradurre la sentenza*, cit., 2192.

<sup>44</sup> La *sight translation* è considerata, a dispetto del nome, una forma ibrida di interpretazione: cfr., per tutti, R.D. González - V.F. Vásquez - H. Mikkelsen, *Fundamentals of Court Interpretation: Theory, Policy, and Practice*, Durham 1991, 401; H. Mikkelsen, *An Introduction to Court Interpreting*, Manchester 2000, 76; F. Pöchhacker, *Simultaneous Interpreting*, in *The Oxford Handbook of Translation Studies*, a cura di Malmkjær e Windle, Oxford 2011, 277; M. VIEZZI, *Simultaneous/Consecutive Interpreting (non-conference settings)*, in *The Routledge Handbook of Translation Studies*, a cura di Millán e Bartrina, Londra 2012, 393.

<sup>45</sup> Sulla *summary interpretation*, cfr. S. Berk-Seligson, *The Bilingual Courtroom: Court Interpreters in the Judicial Process*, Chicago 2002, 39.

<sup>46</sup> Con un intervento normativo del luglio 2013, il legislatore tedesco ha dato attuazione alla direttiva n. 64 del 2010 (*Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren*, in <http://www.buzer.de/gesetz/10743/index.htm>).

<sup>47</sup> V. *Zakon o izmjenama i dopunama zakona o kaznenom postupku*, N.N. 56/13: con questa legge di modifica del codice di procedura penale, nel maggio 2003, il legislatore croato ha novellato integralmente l'art. 8 della legge di procedura.

<sup>48</sup> Cfr. *Décret no 2013-958 du 25 octobre 2013 portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du code de procédure pénale relatives au droit à l'interprétation et à la traduction*.

Ebbene, il Governo italiano non ha capito la centralità della norma e il d.lgs. 32/2014 non ha fatto alcun cenno a tali tecniche. Il silenzio non può che essere interpretato come l'esclusione della possibilità di utilizzare tali tecniche, almeno d'ufficio, ossia senza che vi sia una richiesta in tal senso da parte dell'imputato alloglotto. La norma prevede infatti come regola la traduzione degli atti scritti e, non essendo stata recepita espressamente l'eccezione della surrogabilità con l'interpretazione, questa non può essere desunta direttamente dalla direttiva<sup>49</sup>. Né si può genericamente ritenere che «poiché non è imposta la forma scritta, è consentita la traduzione in forma orale»<sup>50</sup>. Oggi interpretazione e traduzione vanno considerate come due forme autonome di assistenza linguistica che il legislatore – recependo le indicazioni europee che tengono conto della migliore letteratura sul punto – ha voluto mantenere distinte. Non si potrà dunque ritenere sufficiente una “traduzione orale” a meno che questa non sia richiesta espressamente dall'imputato che, come vedremo, può rinunciare alla traduzione scritta.

Tanto meno si può reputare – come accaduto ancora di recente – che la sola presenza dell'interprete all'udienza di convalida<sup>51</sup> o all'interrogatorio di garanzia possa in qualche modo esonerare l'autorità dall'obbligo di garantire la traduzione dell'atto o che sia sufficiente la spiegazione del contenuto del provvedimento restrittivo compiuta dal direttore dell'istituto o da un suo ausiliario con l'aiuto di un interprete ai sensi dell'art. 94 co. 1-*bis* NAttCp, come ha riconosciuto ancora di recente la Cassazione<sup>52</sup>. Questo è un istituto destinato ad applicarsi anche ai detenuti italiani che non ha nulla a che fare con l'assistenza linguistica. Per di più, esso viene in rilievo solo nel caso di applicazione della custodia in carcere, mentre il nuovo art. 143 co. 2 Cpp prevede l'obbligo di tradurre anche le ordinanze applicative di misure non custodiali.

L'auspicio è che la giurisprudenza – preoccupata dei costi della traduzione – non forzi il nuovo dettato normativo, ammettendo la surrogabilità della traduzione con l'interpretazione per effetto di una decisione del giudice. Ad ogni modo, ove la Cassazione continuasse sulla strada di ammettere la surrogabilità della traduzione con l'adempimento dell'art. 94 co. 1-*bis* NAttCp., vista l'ineffettività dell'assistenza linguistica assicurata negli istituti penitenziari – affidata, quando va bene, a un compagno di stanza – si potrebbe probabilmente ipotizzare una violazione

<sup>49</sup> In tal senso, R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Atti fondamentali*, cit., 65; G.P. Voena, *Atti*, cit., 249.

<sup>50</sup> Così, P. Tonini, *Manuale di Procedura penale*<sup>15</sup>, Milano 2014, 191.

<sup>51</sup> Tra le tante, Cass. 17.12.2002, n. 2275, in *CED Cass.*, n. 223487; Cass. 8.11.2001, n. 17829, *ivi*, m. 221442.

<sup>52</sup> Cfr. Cass. 11.12.2013, n. 2224, in *CED Cass.*, m. 259422; Cass. 19.6.2012, n. 35878, in *CP* 2013, 3593, secondo la quale il meccanismo di garanzia previsto dall'art. 94 NAttCp sarebbe sufficiente e compatibile con le stesse previsioni della direttiva, «perché quel che rileva è che lo Stato, e quindi l'apparato pubblico, si adoperi per assicurare la traduzione dell'atto e non che a tale incombente provveda proprio il giudice che ha emesso il provvedimento»; Cass. 14.7.2011, n. 33058, in *CED Cass.*, m. 250830.

dell'art. 6, § 3, lett. e Cedu. Non sfuggirà infatti che altro è mettere l'imputato nelle condizioni di potersi leggere e studiare uno scritto nella propria lingua o in una lingua conosciuta, altro è informarlo del contenuto solo oralmente, all'esito dell'udienza di convalida o magari, addirittura, all'ingresso nell'istituto penitenziario.

Accanto alla surrogabilità, il legislatore europeo si è fatto carico del tema dell'effettività dei diritti, prevedendo all'art. 3 § 4, della direttiva il correttivo della traduzione parziale<sup>53</sup>. Purtroppo, ancora una volta l'approccio sbrigativo e minimalista del Governo ha portato a circoscrivere questa tecnica – assai meno problematica rispetto alla *sight translation* – ai soli atti eventualmente essenziali che possono essere tradotti su istanza di parte ai sensi del nuovo art. 143 co. 3 Cpp.

In questo caso sembra però che il silenzio della norma con riguardo agli atti essenziali non autorizzi a ritenere che tale tecnica sia preclusa<sup>54</sup>. Se la *ratio* della traduzione è quella di far conoscere all'imputato l'accusa a suo carico o la decisione sulla stessa, troverà comunque applicazione quella norma del § 4 dell'art. 3 della direttiva in forza della quale «non è necessario tradurre i passaggi di documenti fondamentali che non siano rilevanti allo scopo di consentire agli indagati o agli imputati di far conoscere le accuse a loro carico». Questa appare una regola generale e non una norma derogatoria dell'obbligo di traduzione: d'altra parte, in una sentenza soggettivamente cumulativa, non avrebbe davvero alcun senso far tradurre le parti relative a imputati diversi dall'alloglotto.

Tutto sta, evidentemente, nel capire chi deve individuare le parti da tradurre e con quale procedura<sup>55</sup>: non c'è dubbio che tale compito non può essere attribuito al traduttore. Deve essere lo stesso autore dell'atto da tradurre a segnalare le parti essenziali la cui traduzione è fondamentale per porre l'imputato nelle condizioni di conoscere le accuse a proprio carico. Magari, potrebbe aver senso anche un confronto preliminare con la difesa.

Ad ogni modo, si è già ricordato che, a differenza del diritto all'interpretazione, che risulta assolutamente irrinunciabile, il legislatore europeo contempla espressamente la possibilità di rinunciare alla traduzione, a condizione che l'imputato abbia beneficiato della consulenza legale o che abbia avuto conoscenza delle conseguenze della rinuncia e che essa sia inequivocabile e volontaria (art. 3 § 8). La rinuncia deve essere specificamente verbalizzata, secondo la procedura di documentazione adottata nello Stato membro (art. 7).

---

<sup>53</sup> In tal senso, sia consentito rinviare a M. Gialuz, *La Corte di cassazione riconosce l'obbligo di tradurre la sentenza*, cit., 2194.

<sup>54</sup> In tal senso, sia pure a livello di *obiter dictum*, Cass. 28.5.2014, n. 33402, cit. In senso contrario, invece, S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale*, cit., 18, la quale ritiene che la diretta applicazione della direttiva determinerebbe un abbassamento del livello di tutela incompatibile con la clausola di non regressione di cui all'art. 8.

<sup>55</sup> S. Monjean-Decaudin, *L'Union européenne consacre le droit à l'assistance linguistique*, cit., 771.

Ebbene, sembra che la rinuncia alla traduzione possa assumere diversa fisionomia.

Potrà essere concepita anzitutto come una rinuncia totale oppure come una rinuncia a tradurre alcune parti della sentenza; ma essa potrebbe configurarsi concretamente anche come richiesta di sostituire la traduzione scritta con un'interpretazione orale. In tal modo, sulla base della espressa volontà dell'imputato, si potrebbe forse recuperare l'istituto della *sight translation*: il suo utilizzo viene correttamente subordinato a una valutazione dell'imputato; a ben considerare, potrebbe essere lo stesso prevenuto a non aver interesse ad attendere i tempi necessari per la traduzione, soprattutto ove vengano in gioco provvedimenti restrittivi della libertà personale. Insomma, valorizzando la manifestazione di volontà negativa dell'imputato – purché consapevole e libera – si potrebbe inserire un fattore di elasticità in un sistema che il legislatore italiano – a differenza di altri europei – ha costruito in modo molto rigido.

8. In modo del tutto speculare a quanto previsto per il diniego dell'assistenza dell'interprete, la direttiva stabilisce che «gli Stati membri assicurano che, secondo le procedure della legislazione nazionale, gli indagati o gli imputati abbiano il diritto di impugnare una decisione che dichiara superflua l'interpretazione di documenti o di passaggi degli stessi e, nel caso in cui una traduzione sia stata fornita, abbiano la possibilità di contestare la qualità della traduzione in quanto non sufficiente a tutelare l'equità del procedimento» (art. 5 § 5).

Ebbene, posto che l'unica forma di impugnazione di decisioni in materia di assistenza linguistica – come si è ricordato – è quella dell'ordinanza che esclude la traduzione di atti a richiesta, occorrerà negli altri casi far riferimento alle invalidità previste dal codice di rito<sup>56</sup>.

Tanto basta a ritenere superato quell'orientamento giurisprudenziale che escludeva che la mancata traduzione di un atto potesse configurare una nullità e che confinava la fattispecie al piano dell'efficacia dell'atto, prospettando tutt'al più una sorta di rimessione nei termini per impugnare<sup>57</sup>.

Alla luce di un'interpretazione sistematica del nuovo art. 143 Cpp, conforme alla direttiva, non sembra potersi negare che la mancata traduzione di un atto fondamentale determina la nullità di ordine generale dello stesso<sup>58</sup>. Tutto sta nel capire il regime della stessa: ove si tratti di un atto che contiene la citazione a giudizio si deve configurare una nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 co. 1 Cpp<sup>59</sup>. Da questo punto di vista

<sup>56</sup> S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale*, cit., 11.

<sup>57</sup> V., *ex aliis*, Cass. 11.2.2014, n. 13337, in *CED Cass.*, m. 259732; Cass. 4.12.2007, Braff, *ivi*, m. 239146; Cass. 8.11.2005, n. 6270, *ivi*, m. 233397; Cass. 12.11.2004, n. 6684, *ivi*, m. 233360; Cass. 17.12.2002, n. 2275, *ivi*, m. 223487.

<sup>58</sup> Cfr. Cass., sez. un., 24.9.2003, Zalagaitis, cit., 1577; Cass., sez. un., 31.5.2000, Jakani, in *CP* 2000, 3255.

<sup>59</sup> Così, in dottrina, G. Spangher, *Gli atti*, in AA.VV., *Procedura penale*<sup>3</sup>, Torino 2014, 218 e, in giurisprudenza, Cass. 13.12.1993, Chief Mbulo, in *CP* 1995, 2925. Con-

sembra che la giurisprudenza debba ritornare sulla propria interpretazione di una semplice nullità a regime intermedio, destinata a essere sanata dalla comparizione dell'imputato<sup>60</sup>.

Negli altri casi, invece, si avrà una nullità a regime intermedio<sup>61</sup>: il problema fondamentale è che la giurisprudenza tende a ritenere che questa invalidità si sani automaticamente per effetto della proposizione di un'impugnazione diretta a censurare il contenuto della sentenza da parte del difensore<sup>62</sup> o, se si tratta di avviso di conclusione delle indagini, dalla presentazione della richiesta di giudizio abbreviato<sup>63</sup>: il che è assai discutibile posto che la traduzione dell'atto è finalizzata proprio a consentire l'esercizio consapevole del diritto di impugnazione o del diritto all'autodifesa. Ancora una volta, ove la giurisprudenza dovesse – come pare dai primi arresti<sup>64</sup> – confermare questa impostazione, ci si troverebbe dinnanzi a una palese incompatibilità con la direttiva; la sanatoria automatica – che si tradurrebbe in una sorta di inammissibile rinuncia implicita (arg. ex art. 3, par. 7 della direttiva) – impedisce infatti di ritenere sussistente un rimedio effettivo che consenta all'imputato di censurare l'omessa traduzione: la via, in tal caso, potrebbe essere quella dell'incidente di costituzionalità per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. previo eventuale ricorso alla Corte di Giustizia<sup>65</sup>.

Esattamente come per l'interpretazione, non è stato poi concepito alcun rimedio volto a contestare la qualità della traduzione. Anche sotto questo profilo, dunque, il nostro ordinamento si mantiene al di sotto degli standard di Bruxelles: ciò che è molto grave se si considera che la qualità dell'assistenza linguistica è il connotato fondamentale del diritto in parola.

In conclusione, merita segnalare che, con riguardo alla traduzione della sentenza, il legislatore non ha minimamente considerato il profilo legato all'interazione tra l'attività di trasposizione della pronuncia e la decorrenza dei termini per impugnare di cui all'art. 585 co. 2 Cpp. Sorge spontaneo chiedersi se, quando il giudice dispone la traduzione, questa

---

tra, invece, Cass., sez. un., 31.5.2000, Jakani, cit., 3255, secondo la quale si tratterebbe di nullità a regime intermedio destinata a essere sanata dalla comparizione della parte.

<sup>60</sup> Cass., sez. un., 31.5.2000, Jakani, cit., 3255.

<sup>61</sup> In tal senso, P. Tonini, *Manuale di Procedura penale*, cit., 190, nota 31.

<sup>62</sup> Come invece ritenuto da Cass. 7.1.2007, n. 181, inedita, secondo la quale «la mancata traduzione, nella lingua conosciuta dall'imputato che non comprenda l'italiano, dell'estratto contumaciale della sentenza determina una nullità generale a regime intermedio dell'atto, da ritenersi sanata laddove l'imputato abbia, impugnando la sentenza di merito, censurato il contenuto della stessa». Analogamente, Cass. 7.6.2011, n. 32555, in *ANPP* 2011, 654; Cass. 6.10.2004, n. 16185, in *CED Cass.*, m. 233642.

<sup>63</sup> Cfr. Cass. 30.10.2013, n. 48782, inedita; Cass., sez. un., 26.9.2006, Cieslinsky, in *CP* 2007, 514.

<sup>64</sup> Il riferimento è a Cass., 7.5.2014, n. 18781, inedita, secondo la quale il d.lgs. 32/2014 «in ordine alle conseguenze della mancata traduzione degli atti processuali, non ha apportato alcuna novità»; nonché a Cass. 9.4.2014, n. 18781, in *CED Cass.*, m. 259523.

<sup>65</sup> In tal senso, S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale*, cit., 12, 19.



debba avvenire entro il termine fissato per il deposito della motivazione<sup>66</sup>. Visti i tempi necessari alla traduzione, forse sarebbe stato opportuno intervenire sulle disposizioni degli artt. 544 e 585 Cpp e prevedere un *dies a quo* specifico coincidente con il momento del deposito della traduzione; in fondo, anche la traduzione diviene componente essenziale di quella fattispecie a formazione progressiva che è la sentenza.

Pertanto, non si può dimenticare che, laddove l'imputato alloggiato sia detenuto, sorge un problema di coordinamento con la sospensione dei termini di custodia cautelare, posto che l'art. 304 co. 1 lett. *b* Cpp prevede la sospensione durante i periodi previsti per la stesura della motivazione. Pure questo tema è stato del tutto trascurato dal legislatore e, vista la natura eccezionale delle ipotesi di sospensione, non sarà agevole estendere per analogia la norma appena richiamata anche al periodo necessario al traduttore per trasporre la sentenza in una lingua comprensibile all'imputato.

9. Sotto il profilo transitorio, non si sono poste questioni di sorta: trattandosi di normativa squisitamente processuale, si è correttamente applicata la regola del *tempus regit actum*<sup>67</sup>. Pertanto, le nuove norme codicistiche hanno trovato applicazione per gli atti compiuti dopo l'entrata in vigore della riforma, ossia dopo il 2 aprile 2014.

---

<sup>66</sup> Sul punto, si vedano le soluzioni prospettate dal documento elaborato dal Tribunale e dalla Corte d'appello di Milano: *D.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 in materia di interpretazione e traduzione nei procedimenti penali: prassi applicative*, cit., § IV.

<sup>67</sup> Cfr. Cass. 18.6.2014, n. 26416, cit.; Cass. 30.4.2014, n. 27067, in *D&G* 2014, 12 settembre.

## Art. 2

### *Modifiche alle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale*

1. Al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, sono apportare le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 67, comma 2, dopo le parole: «comparazione della grafia», sono aggiunte le seguenti: «interpretariato e traduzione.»;

b) all'articolo 68, comma 1, le parole: «dell'ordine o del collegio» sono sostituite dalle seguenti: «dell'ordine, del collegio ovvero delle associazioni rappresentative a livello nazionale delle professioni non regolamentate».

## **La mancata professionalizzazione della figura dell'interprete e traduttore giudiziario**

Commento di MITJA GIALUZ

SOMMARIO: 1. La qualità della prestazione come connotato essenziale del diritto all'assistenza linguistica nella direttiva 2010/64/UE. – 2. L'inserimento dell'esperto linguistico negli albi.

1. Una delle innovazioni più importanti introdotte dalla direttiva n. 64/2010, soprattutto rispetto al portato della giurisprudenza di Strasburgo, è rappresentata dal richiamo espresso al requisito della qualità dell'assistenza linguistica. Si è notato correttamente che già il riferimento alla “qualità” in luogo di quello all’“adeguatezza” – compiuto generalmente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – sembrerebbe evocare uno standard più elevato rispetto a quello richiesto a livello di Grande Europa<sup>1</sup>.

La qualità assume la valenza di vero e proprio connotato coessenziale dell'assistenza linguistica: tanto con riguardo all'interpretazione (art. 2 § 8), che con riferimento alla traduzione (art. 3 § 9), la direttiva chiarisce che la riproduzione del testo in una lingua diversa da quella originale «deve essere di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in

---

<sup>1</sup> V. J. Brannan, *Raising the Standard of Language Assistance in Criminal Proceedings: From the Rights under Article 6(3) ECHR to Directive 2010/64/EU*, in *Cyprus Human Rights Law Review* 2012, 145.

grado di esercitare i loro diritti della difesa». Se non c'è qualità, non si può nemmeno parlare di assistenza linguistica.

Il problema è che il concetto di qualità è tra i più controversi nella teoria dell'interpretazione e della traduzione, tanto più dopo che si è abbandonato il tradizionale approccio puramente linguistico all'interpretazione e si è diffusa l'idea dell'interpretazione come «*a complex interactional and communicative event encompassing pragmatic and sociolinguistic factors*»<sup>2</sup>. Nelle aule di giustizia è ancora molto radicata l'idea dell'interpretazione come mera trasposizione letterale – ossia parola-per-parola – del discorso in lingua straniera e dell'interprete come una sorta di *robotic device*, che fa un lavoro di qualità quando si limita a trasformare il dato linguistico in modo il più possibile neutrale e fedele come se fosse un mero convertitore di parole. Questa visione tradizionale dell'interpretazione come *verbatim interpretation* e dell'interprete come soggetto invisibile che deve limitarsi a *tradurre* in modo letterale senza *interpretare*<sup>3</sup> ha condotto a sottovalutare il profilo della qualità dell'interpretazione. Gli operatori del diritto si sono spesso accontentati di interpreti non professionali. Hanno preferito affidare l'incarico a soggetti bilingui sempre disponibili, piuttosto che a professionisti. Alla qualità hanno preferito la disponibilità dell'intermediario linguistico. Con costi sociali ed economici che è facile immaginare.

Ora questa concezione dell'interprete è stata ampiamente superata nella letteratura specializzata. Ci sono numerosi studi che dimostrano che l'interprete «*is an intrusive element, far from being the unobtrusive figure whom judges and attorneys would like her to be*»<sup>4</sup>; è un soggetto che interviene nell'interazione linguistica tra i soggetti del procedimento penale al fine di abbattere le barriere linguistiche e garantire l'obiettivo ultimo dell'interpretazione, ossia un'efficace comunicazione tra oratore e destinatari della comunicazione<sup>5</sup>.

Ebbene, sulla scorta di tale consapevolezza, la direttiva accoglie una concezione pragmatica di qualità che si potrebbe definire teleologicamente orientata<sup>6</sup>: dalla lettura sistematica del testo della direttiva si desume come, nell'ambito del procedimento penale, la qualità vada valutata in relazione alla finalità dell'assistenza linguistica, che è quella di «tutelare l'equità del procedimento» (artt. 2 § 8 e 3 § 9). In fondo, si è appena ricordato come, secondo un approccio diffuso in letteratura, la

<sup>2</sup> Così, G. Garzone, *Quality and norms in interpretation*, in *Interpreting in the 21st Century: Challenges and opportunities*, a cura di G. Garzone - M. Viezzi, Benjamins Translation Library, University of Bologna / University of Trieste, 2002, 107.

<sup>3</sup> V. R. Morris, *The Moral Dilemmas of Court Interpreting*, in *The Translator* 1995, 26.

<sup>4</sup> Così, S. Berk-Seligson, *The Bilingual Courtroom: Court Interpreters in the Judicial Process*, Chicago, 2002, 96.

<sup>5</sup> V., per tutti, M. Viezzi, *Aspetti della qualità in interpretazione*, Trieste 1996, 78; F. Pöchhacker, *Researching interpreting quality*, in *Interpreting in the 21st Century: Challenges and opportunities*, a cura di G. Garzone e M. Viezzi, Amsterdam/Philadelphia 2002, 97.

<sup>6</sup> IMPLI. *Improving Police and Legal Interpreting (2011-2012). Final Report*, 2012, 43.

qualità si configuri come *'successful communication'* tra i soggetti interessati<sup>7</sup>: nell'ambito del procedimento penale e nell'ottica dell'imputato, si ha *successful communication* quando l'interprete o il traduttore svolge una mediazione tale da consentirgli di capire l'imputazione e di interloquire con il proprio difensore e con l'autorità.

Al fine di garantire la qualità non è sufficiente prevedere delle misure endoprocessuali, ossia dei rimedi volti a contestare la prestazione non adeguata; a ben considerare, i fruitori del servizio non hanno competenze linguistiche tali da poter verificare direttamente la qualità dell'intermediazione linguistica; se le avessero, evidentemente non ci sarebbe nemmeno bisogno dell'assistenza linguistica. In particolare, non possono verificare la coerenza intertestuale tra il *source text* e il *target text*<sup>8</sup>. Ne consegue che è l'interprete a rispondere direttamente della qualità, sia in termini di fedeltà del *target text* rispetto al *source text*, sia in termini di fruibilità del *target text*.

Ma allora un servizio di qualità può essere garantito solo da un interprete/traduttore professionale, che abbia seguito un percorso di formazione e sia accreditato, inserito in un registro ufficiale e chiamato a rispettare un codice etico. È un dato acquisito che le professioni vengono in rilievo proprio *«where trust is required, primarily because the clients are not in a position to judge for themselves the quality of service being given. Clients cannot judge for themselves the quality of the work of the legal interpreter because they do not speak both the languages in question»*<sup>9</sup>.

Non a caso, il modello di un interprete/traduttore professionista è stato recepito in diversi paesi europei (Austria, Belgio, Croazia, Repubblica Ceca, Francia, Germania, Paesi Bassi, Polonia, Slovacchia, Slovenia, Spagna), che hanno dedicato un'apposita disciplina alla professione dell'interprete in ambito giudiziario. E a tale modello ha voluto riferirsi la direttiva n. 64 laddove impegna gli Stati membri ad istituire un registro o dei registri di traduttori e interpreti *indipendenti e debitamente qualificati* (art. 5 § 2). Se interpretato alla luce del filo rosso della qualità del servizio di assistenza, esso va inteso proprio come invito a prevedere l'istituzione di una figura professionale di interprete e traduttore giudiziario.

Anche in Italia si era dunque auspicato che il legislatore facesse tesoro delle esperienze straniere e sfruttasse l'occasione della delega per affrontare in modo serio ed organico tale questione. È ormai un dato ac-

<sup>7</sup> Così, F. Pöchhacker, *Researching interpreting quality*, cit., 97.

<sup>8</sup> Cfr. M. Viezzi, *Aspetti della qualità*, cit., 87: «verosimilmente soltanto un oratore bilingue potrebbe effettivamente stabilire se il testo di arrivo è equivalente per funzione, valore socio-comunicativo e significato al testo di partenza; ma naturalmente si tratta, in termini concreti, di un'opzione sostanzialmente impraticabile».

<sup>9</sup> *Final Report del Reflection Forum on Multilingualism and Interpreter Training*, cit., 16.

<sup>10</sup> Cfr., E. Ballardini, *Traduire devant la justice pénale*, Bologna 2012, 182; C. Garwood - I. Preziosi, *Un modello per un interpretariato giudiziario efficiente e di qualità in Italia: un approccio realistico all'applicazione della Direttiva 2010/64/UE*, in *Mediazione linguistica e interpretariato. Regolamentazione, problematiche presenti e prospettive future in ambito giuridico*, Bologna 2013, 79.

quisito che la qualità può essere garantita solo da un interprete/traduttore professionale, che abbia seguito un percorso di formazione e sia accreditato, inserito in un registro ufficiale e vincolato al rispetto di un codice etico<sup>10</sup>.

Nel nostro Paese, sotto il profilo dell'adeguatezza dell'assistenza linguistica, «siamo quasi 'all'età della pietra'»<sup>11</sup>. Presso le procure e i tribunali vi sono degli elenchi ufficiosi dai quali vengono individuati gli "esperti linguistici": invero non si tratta di soggetti qualificati, con una preparazione professionale certificata, ma quasi sempre di meri "conoscitori della lingua" individuati per conoscenza diretta dall'autorità procedente e nominati in quanto ritenuti affidabili, ossia disponibili a intervenire senza preavviso e rodati dall'esperienza<sup>12</sup>. Siccome non vi è alcun accertamento delle competenze professionali di questi soggetti, chiunque può essere chiamato a ricoprire il ruolo di interprete<sup>13</sup>.

2. Nonostante la diffusa consapevolezza della gravità della situazione italiana, con riguardo alla qualità dei servizi di interpretazione e di traduzione, il d.lgs. 32/2014 appare alquanto deludente. Sul versante endoprocedimentale, si deve ribadire che la novella non ha previsto alcun rimedio volto a contestare la qualità dell'assistenza linguistica. Ma altrettanto insoddisfacenti sono le scelte effettuate sul versante istituzionale, ossia quello relativo alla professionalizzazione dell'interprete e del traduttore.

Su questo aspetto, il Governo ha sprecato l'occasione della delega e se l'è cavata con una pseudo soluzione a basso costo: si è sgravato la coscienza con la modifica dell'art. 67 NATtCpp, che contempla l'inserimento degli esperti in «interpretariato e traduzione» nell'albo dei periti istituito presso ogni tribunale ai sensi dell'art. 67 NATtCpp.

Apparentemente, potrebbe essere interpretato come un passo avanti; quantomeno gli interpreti vengono ufficialmente equiparati agli altri esperti.

Nella realtà, rischia di rivelarsi un cambiamento meramente formale<sup>14</sup>. Invero, gli albi in parola non sono aggiornati e non vi è un vaglio preventivo rigoroso sulla competenza. Il rischio è dunque che si tenda a travasare negli albi ufficiali quegli elenchi di "esperti linguistici" pre-

<sup>10</sup> M. Bargis, *L'assistenza linguistica per l'imputato*, cit., 114. Sulla situazione di quotidiana violazione degli standard europei, si leggano, per tutti, C. Falbo, *La comunicazione interlinguistica in ambito giuridico*, cit., 87 ss.; M. Gialuz, *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, in *Processo penale, lingua e Unione europea*, a cura di F. Ruggieri, T. Rafaraci, G. Di Paolo, S. Marcolini, R. Belfiore, Padova 2013, 241.

<sup>12</sup> D. Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 482; C. Garwood, *Court Interpreting in Italy. The daily violation of a fundamental right*, in *The Interpreters' Newsletter* 2012, 173; S. Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, cit., 216.

<sup>13</sup> E. Ballardini, *Traduire devant la justice pénale*, cit., 164.

<sup>14</sup> Analogamente, S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15.7.2014, 17, che ritiene inattuata la disposizione dell'art. 5, par. 1, della direttiva.

senti oggi in maniera ufficiosa presso le segreterie delle Procure e le cancellerie dei Tribunali. Molto dipenderà dal ruolo che sapranno giocare le associazioni rappresentative a livello nazionale delle professioni non regolamentate, il cui rappresentante andrà a far parte del comitato responsabile della formazione, a livello locale, dell'albo dei periti. Ove queste associazioni subordinassero l'inserimento nel registro a una formazione adeguata e permanente, allora si potrebbe garantire un effettivo cambio di rotta.

Tuttavia, anche a voler essere ottimisti sul punto, vi è un'ulteriore problema: il legislatore si è infatti "dimenticato" di stabilire che l'interprete e il traduttore va nominato scegliendolo – almeno prioritariamente – tra gli esperti iscritti all'albo di cui all'art. 67 disp. att. Per il perito, esattamente questo prevede l'art. 221 c.p.p.: «il giudice nomina il perito scegliendolo *tra gli iscritti negli appositi albi* o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina [corsivo aggiunto]». Ci si sarebbe dunque aspettati che il decreto legislativo modificasse l'art. 146 c.p.p. – che è evidentemente espressione di un'idea superata di interprete giudiziario non professionale – in senso analogo, ossia per sancire espressamente il dovere di nominare interpreti e traduttori che siano inseriti nell'albo, salve esigenze peculiari che autorizzino a nominare altri soggetti<sup>15</sup>. Non è stato fatto; con il risultato che si potrà tranquillamente aggirare l'albo e continuare a scegliere liberamente – ossia senza neanche obbligo di motivazione – rivolgendosi non ad esperti (quasi) professionisti, ma ai tradizionali "conoscitori della lingua"<sup>16</sup>. L'immigrato di seconda generazione o il cameriere del ristorante etnico potranno continuare a prestare la loro "assistenza". Con buona pace, non solo della qualità dell'intermediazione linguistica, ma dello stesso contraddittorio nella formazione della prova.

---

<sup>15</sup> In effetti, questo era stato l'auspicio espresso dalla Commissione Giustizia della Camera nel *Parere sullo Schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva 2010/64/UE*, cit., 36.

<sup>16</sup> Cfr., in senso critico, E. Ballardini, *L'interprete traduttore nel procedimento penale italiano: quale formazione alla luce delle recenti direttive europee?*, in *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, cit., 63.

### Art. 3

#### *Modifiche al testo unico in materia di spese di giustizia*

1. Al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, sono apportate le seguenti modificazioni:

parole: «ausiliari del magistrato,» sono aggiunte le seguenti: «ad esclusione degli interpreti e dei traduttori nominati nei casi previsti dall'articolo 143 codice di procedura penale;».

a) all'articolo 5, lettera d), dopo le

### **L'assistenza linguistica diviene effettivamente gratuita anche in caso di condanna**

Commento di MITJA GIALUZ

SOMMARIO: 1. La gratuità della prestazione come connotato essenziale del diritto all'assistenza linguistica nella direttiva 2010/64/UE. – 2. La modifica del testo unico spese di giustizia.

1. Oltre alla qualità, il secondo connotato essenziale dell'assistenza linguistica nel processo penale è rappresentato dalla gratuità: lo si deduce dall'art. 4 della direttiva n. 64 del 2010, secondo il quale i costi dell'interpretazione e della traduzione sono a carico degli Stati membri.

La questione dell'onere economico del servizio di traduzione era stata affrontata dalla Corte di Strasburgo, la quale, fin dalla pronuncia nel caso *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*, del 1978, aveva chiarito che la disposizione dell'art. 6, par. 3, lett. e Cedu, a differenza di quella della lett. c, contempla una garanzia assoluta: dal punto di vista letterale, i termini “free” e “gratuitement” «denote neither a conditional remission, nor a temporary exemption, nor a suspension, but a once and for all exemption or exoneration»<sup>1</sup>.

Il che significa anzitutto che l'assistenza linguistica deve essere pagata dall'autorità pubblica a prescindere dall'esito del procedimento pe-

---

<sup>1</sup> Così, Corte eur., 28.11.1978, *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*, § 46; C. eur., 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, § 58; nonché, C. eur., 20.11.2008, *Isyar c. Bulgaria*, §§ 45-49 e C. eur., 21.3.2011, *Hovanesian c. Bulgaria*, § 48-52. Sulla natura incondizionata della gratuità del servizio nella prospettiva della Cedu, v. M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano 1969, 330; S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005, 331-332.

nale. Sul piano oggettivo, la Corte di Strasburgo aveva chiarito che accollare le spese dell'interpretazione al condannato contrasterebbe con la *ratio* dell'art. 6 § 3 lett. e Cedu.

Per un verso, si lascerebbe inalterata quella differenza esistente tra l'accusato alloglotto e quello non alloglotto che la norma vuole scongiurare; per altro verso, si rischierebbe di pregiudicare l'effettività della garanzia, in quanto il mero timore di ripercussioni finanziarie potrebbe influenzare la scelta dell'imputato<sup>2</sup>.

Ebbene, sul punto, la direttiva ha recepito in modo pressoché letterale la precisazione della Corte di Strasburgo. In verità, nella versione originaria della proposta di decisione quadro del 2009, l'art. 4 si limitava a prevedere che gli Stati membri devono sostenere i costi dell'assistenza linguistica. È stato il Segretariato del Consiglio d'Europa a rilevare come, in tal modo, non si escludesse la possibilità di ripetere le somme dall'imputato in caso di condanna e a suggerire quindi l'inserimento della puntualizzazione «*whatever the outcome of the proceedings*»<sup>3</sup>.

Questa precisazione è poi rimasta in tutte le versioni successive e nel testo definitivo della direttiva n. 64/2010. Essa ha una valenza decisiva nella stessa definizione del diritto all'assistenza linguistica, che è stata spesso trascurata.

Tradizionalmente, sulla scorta del criterio della soccombenza o della causalità, le spese del procedimento anticipate dallo Stato vengono poste a carico del condannato: con la commissione del reato, egli ha causato il processo e il conseguente esborso economico e, quindi, di norma viene chiamato a rifondere tale esborso. Tra le spese si annoverano generalmente anche quelle sostenute per remunerare il lavoro degli esperti che intervengono nel processo: i periti e, in diversi ordinamenti, anche gli interpreti. Così era in Italia, dove, per effetto della superata disciplina dell'art. 5 d.P.R. 30.5.2002 n. 115, le spese relative agli interpreti venivano inserite tra quelle ripetibili dal condannato.

Già di per sé quindi l'affermazione dell'irrecuperabilità delle spese anticipate dallo Stato per garantire l'assistenza linguistica anche del soggetto che sia stato condannato ha un significato notevole, nella misura in cui innova significativamente rispetto all'approccio tradizionale. Ma il profilo più cospicuo è un altro e attiene al fondamento stesso di questa norma.

Al fine di contestare che dall'art. 6, § 3, lett. e Cedu derivasse l'irripetibilità delle somme necessarie per l'assistenza linguistica, la giurisprudenza tedesca aveva sostenuto che tale norma riconoscerebbe all'imputato la possibilità di chiedere l'assistenza di un interprete se non

---

<sup>2</sup> C. eur., 28.11.1978, *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*, § 42; nonché, C. eur. 19.12.1989, *Kamasinski c. Austria*, § 86.

<sup>3</sup> Cfr. *Observations by the Council of Europe Secretariat on the Commission proposal for a Council Framework Decision on the right to interpretation and translation in criminal proceedings*, in *Documento del Consiglio n. 12394/09*, 27 luglio 2009, 7. Nello stesso senso si era espresso il Senato italiano (cfr. *Parere della 14<sup>a</sup> Commissione permanente (Politiche dell'Unione europea)*, 30.7.2009, 2).



comprende o non parla la lingua usata in udienza e che tale assistenza non dovrebbe essere in alcun modo dipendente dalla questione dei costi. Sarebbero due piani distinti e la norma non vieterebbe di accollare i costi dell'assistenza linguistica a una persona condannata<sup>4</sup>.

In realtà, nel ribadire la precisazione elaborata dalla Corte di Strasburgo, il legislatore eurounitario puntualizza come i due profili siano strettamente connessi. La garanzia linguistica infatti si colloca su un piano diverso da tutte le altre, perché attiene all'essenza stessa della comunicazione, alla capacità dell'individuo sottoposto a processo di comprendere e di esprimersi. È per questo che i costi dell'attuazione del diritto all'assistenza linguistica nel processo non possono essergli accollati nemmeno in caso di condanna: non si può infatti imputare al condannato la non conoscenza della lingua del luogo nel quale ha commesso il reato, esattamente come non si può imputare al condannato sordo o muto la propria menomazione.

Ovviamente, si deve trattare di quell'assistenza garantita ai sensi degli artt. 2 e 3 della direttiva, mentre i costi della intermediazione linguistica per ragioni di giustizia andranno recuperati dal condannato, come tutte le altre spese attinenti al procedimento penale che egli ha (indirettamente) cagionato con la commissione il reato.

2. Proprio al fine di dare attuazione all'art. 4 della direttiva n. 64, la disposizione in esame prevede la modifica dell'art. 5 lett. *d* del testo unico sulle spese di giustizia (d.P.R. 115/2002), nel senso che, dopo le parole «ausiliari del magistrato», sono aggiunte le parole «ad esclusione degli interpreti e dei traduttori nominati nei casi previsti dall'articolo 143 codice di procedura penale».

In dottrina, si era segnalato che la previsione appariva in contrasto con quanto espressamente previsto dall'art. 4 della direttiva<sup>5</sup>. Il legislatore è dunque puntualmente intervenuto sul punto, con il risultato che le spese sostenute per l'assistenza linguistica dell'imputato non saranno ripetibili, neanche nel caso di condanna dello stesso. Ciò che risulta perfettamente in linea con quanto stabilito dall'art. 4 della direttiva n. 64/2010.

Restano invece ripetibili in caso di condanna le spese sostenute non per l'assistenza linguistica, ma per quella che si può definire mediazione linguistica per fini di giustizia. Com'è noto, infatti, l'assistenza linguistica non copre l'intero ambito dell'intermediazione linguistica nel procedimento penale. Accanto al diritto all'assistenza linguistica permane infatti uno spazio di intervento di interpreti e traduttori che è finalizzato a consentire l'acquisizione al procedimento penale di elementi conoscitivi utili ai fini della decisione sul tema di indagine o sulla reguicanda: può trattarsi, a seconda dei casi, dell'interpretazione di conver-

---

<sup>4</sup> Cfr. Corte di appello di Colonia (Oberlandesgericht), 5 giugno 1975, Koç (uno stralcio della motivazione è riportata in C. eur., 28.11.1978, *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*, § 26).

<sup>5</sup> Cfr. G. Biondi, *La tutela processuale dell'imputato alloglotta*, cit., 2425, nt. 49.

sazioni in lingua straniera intercettate dall'autorità inquirente, oppure dell'interpretazione dell'esame dibattimentale di un testimone alloglotto o, ancora, della traduzione di un documento o di un testo normativo in lingua straniera. Ebbene, i costi di tale mediazione per fini di giustizia andranno addebitati all'imputato (alloglotto o meno) in caso di condanna.

## Art. 4

### Disposizioni finanziarie

1. Agli oneri derivanti dall'attuazione del presente decreto, valutati in euro 6.084.833,36 annui si provvede per il triennio 2014-2016 a carico del Fondo di rotazione di cui all'articolo 5 della legge 16 aprile 1987, n. 183, mediante corrispondente versamento all'entrata del bilancio dello Stato.

2. A decorrere dal 2017, alla copertura degli oneri di cui al comma 1 si provvede mediante riduzione delle spese rimodulabili di cui all'articolo 21, comma 5, lettera b), della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nel programma «Giustizia civile e penale» della missione «Giustizia» dello stato

di previsione del Ministero della giustizia.

3. Il Ministero della giustizia provvede al monitoraggio degli oneri derivanti dall'attuazione del presente decreto. Nel caso si verificano o siano in procinto di verificarsi scostamenti rispetto alle previsioni di cui al comma 1, il Ministero della giustizia ne dà tempestiva comunicazione al Ministero dell'economia e delle finanze, il quale provvede, con proprio decreto, alla riduzione delle spese rimodulabili di cui all'articolo 21, comma 5, lettera b), della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

## L'ennesima riforma a costo (quasi) zero: a rischio la qualità dell'assistenza linguistica

Commento di MITJA GIALUZ

SOMMARIO: 1. I costi della direttiva e lo stanziamento previsto dal Governo italiano. – 2. Un investimento insufficiente a garantire l'effettività del diritto all'assistenza linguistica.

1. Posto che lo Stato deve accollarsi i costi dell'assistenza linguistica difensiva, uno dei problemi più dibattuti durante i lavori preparatori della direttiva n. 64/2010 è stato proprio quello dell'impatto economico della stessa. Va ricordato che il tema dei costi per garantire un servizio efficiente e adeguato è stato più volte sollevato come ostacolo all'adozione del testo – e soprattutto come argomento contrario all'estensione dell'assistenza linguistica ai colloqui con il difensore – dai governi degli Stati membri. Non ci si può nascondere che, una volta adottata la direttiva, il tema dei costi si candida a divenire il principale freno all'attuazione della direttiva a livello nazionale. È ben vero che, fin dal Libro verde del 2003, la Commissione europea ha sempre ribadito che gli Stati membri devono mettere a disposizione i fondi necessari al fine

di assicurare un'assistenza linguistica di qualità<sup>1</sup>. Anche in sede di discussione davanti al Parlamento europeo, il tema dei costi della direttiva è stato nuovamente sollevato e la *rapporteur*, la baronessa Sarah Ludford, ha opportunamente precisato che «*good efficient justice through high-quality decisions means catching more criminals, and cutting corners on costs is not best value since if you get a poor court decision or bad police practice, then people are going to appeal. Cheap justice is no justice*»<sup>2</sup>.

Ebbene, la riforma dell'assistenza linguistica operata con il d.lgs. 32/2014 in attuazione della direttiva n. 64/2010 ha l'effetto di incrementare sensibilmente gli oneri finanziari a carico dello Stato.

Per un verso, essa determina un notevole ampliamento dell'estensione, sia dell'interpretazione (che viene garantita anche in tutti i colloqui difensivi preparatori)<sup>3</sup>, che della traduzione (dal momento che viene individuato un elenco di atti fondamentali che vanno sempre trasposti)<sup>4</sup>; per l'altro, escludendo la possibilità di porre a carico di coloro che soccombono in giudizio gli oneri già sostenuti dallo Stato per lo svolgimento dell'assistenza linguistica, determina una riduzione delle entrate<sup>5</sup>.

Nell'art. 4 del d.lgs. 32/2014 il Governo ha quantificato in 6.084.833,36 Euro annui gli oneri derivanti dall'attuazione del decreto: dalla relazione tecnica si desume che si tratta di una stima effettuata sulla base di un'indagine a campione svolta prendendo in considerazione i dati relativi a quattro uffici giudiziari ritenuti rappresentativi dell'intero territorio nazionale (ossia Roma, Napoli, Palermo e Bologna). In questi uffici, la percentuale delle spese sostenute per il pagamento di interpreti e traduttori è pari al 5% del totale della spesa per gli ausiliari del magistrato. Sulla base di una valutazione prudenziale il Ministero ha reputato che le spese possano raddoppiare per effetto dell'attuazione della direttiva e giungere a un importo finale annuo pari a 12.169.666 Euro.

2. Non sfuggirà che il dato relativo allo stanziamento di fondi per l'attuazione della riforma è difficilmente commentabile. Quel che si può fare è svolgere qualche considerazione prendendo le mosse da quanto previsto in altri ordinamenti e dalle stime effettuate nell'*Impact Assessment*, che ha accompagnato la presentazione della proposta di direttiva.

Secondo una ricostruzione che si basa sull'esperienza olandese, che appare comparabile a quella italiana quanto a numero di processi nei

<sup>1</sup> *Libro verde della Commissione sulle Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, 19 febbraio 2003, COM(2003) 75 def., 31.

<sup>2</sup> L'intervento è disponibile al seguente indirizzo: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20100614&secondRef=ITEM-022&language=IT&ring=A7-2010-0198>.

<sup>3</sup> Cfr. *supra*, sub art. 1, par. 4.

<sup>4</sup> Cfr. *supra*, sub art. 1, par. 6.

<sup>5</sup> Cfr. i lavori della Commissione Bilancio e Tesoro della Camera dei Deputati (Seduta di mercoledì 5 febbraio 2014, *Resoconto*, 140).

confronti di imputati stranieri<sup>6</sup>, la spesa annuale per i servizi di interpretazione e traduzione sarebbe pari a 34.946.000 Euro e la direttiva determinerebbe dei costi aggiuntivi legati alla sola traduzione pari a 6.700.000 Euro<sup>7</sup>. Un dato sostanzialmente in linea con la previsione dell'*Impact Assessment* che, per l'Olanda, era compresa tra i 24.384.380 Euro e i 91.106.400 Euro<sup>8</sup>. Sulla scorta della valutazione del Governo francese, invece, le spese di implementazione della direttiva dovrebbero essere pari a 27 milioni di Euro all'anno<sup>9</sup>.

Alla luce di questa comparazione, si può concludere che lo stanziamento italiano risulta molto basso; e l'impressione è confermata anche dall'*Impact Assessment*, che ipotizzava per l'Italia una spesa pari a 11.826.200 Euro per la sola interpretazione e tra 15.078.045 e 88.696.500 Euro per la traduzione<sup>10</sup>.

Com'è evidente, lo stanziamento limitato di risorse sulla riforma dell'assistenza linguistica nel processo penale conferma che il Governo non ha inteso investire seriamente sull'implementazione di questo diritto fondamentale dello straniero alloggiato. Una delle criticità più rilevanti è infatti quella relativa alle tariffe degli interpreti e dei traduttori, che non sono assolutamente sufficienti a rendere appetibile il lavoro dell'interprete e del traduttore giudiziario per i linguisti qualificati<sup>11</sup>. A fronte della notevole estensione dell'ambito di applicazione della garanzia, questa situazione non potrà che peggiorare; non si potrà infatti garantire un aumento delle tariffe, che sarebbe essenziale per elevare il livello di professionalità degli interpreti e dei traduttori giudiziari.

In conclusione, anche dal punto di vista dell'effettività dell'assistenza linguistica, non si può che formulare una valutazione negativa della manovra legislativa. Non ci si potrà stupire dunque se, nel prossimo futuro, saranno la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo a ricordarci – per l'ennesima volta – che gli ordinamenti giuridici devono garantire diritti effettivi e non meramente teorici<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. l'allegato n. 4 dell'*Impact Assessment*, cit., 77, secondo il quale in Olanda vi sarebbero 53.592 procedimenti penali contro imputati stranieri e in Italia 59.131.

<sup>7</sup> V. E.J. van der Vlis, *Calculating the Cost for Language Services*, in <http://www.eulita.eu/madrid-workshop>.

<sup>8</sup> Cfr. l'allegato n. 4 dell'*Impact Assessment*, cit., 79.

<sup>9</sup> Il dato è riportato nel *Rapport fait sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France*, Par M. Alain Richard, 22 maggio 2013, 43.

<sup>10</sup> Cfr. l'allegato n. 4 dell'*Impact Assessment*, cit., 78-82.

<sup>11</sup> Sul tema delle tariffe degli interpreti giudiziari nei singoli Stati membri, si veda: con riguardo all'Italia, C.J. Garwood, *Court interpreting in Italy*, in *The Interpreters' Newsletter* 2012, 179 (v. nota 74, dove il titolo è citato per esteso); con riferimento alla Spagna, J.M. Ortega Herráez - S. Plaza Blázquez - C. Fiol Wolfrum - N. Hernández Cebrián, *Court interpreters in Spain faced with the Proposal for a Council Framework Decision on Procedural Rights in Criminal Proceedings throughout the European Union*, in *Procedural Safeguards in Criminal Proceedings throughout the European Union*, a cura di C. Aragüena Fanego, Valladolid 2007, 262.

<sup>12</sup> Così, ad es., C. eur., 13.5.1980, *Artico c. Italia*, § 33.



L. 17.4.2014, n. 62.

**Modifica dell'articolo 416-ter del codice penale,  
in materia di scambio elettorale politico-mafioso**  
(GU 17.4.2014, n. 62)

### Art. 1

1. *L'articolo 416-ter del codice penale è sostituito dal seguente:*

«Art. 416-ter. (Scambio elettorale politico-mafioso). – Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis in cam-

bio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità è punito con la reclusione da quattro a dieci anni.

*La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma».*

## **Il delitto di scambio politico-mafioso fra tradizione e innovazione**

Commento di GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

SOMMARIO: 1. Scambio politico-mafioso e concorso esterno: premesse sistematiche. – 2. Precisazioni sulla condotta di concorso nel reato associativo. – 3. I criteri distintivi tra partecipazione e reato di scambio: una problematica da rimeditare. – 4. Sulla pretesa incompatibilità tra il concorso esterno e il modello della permanenza nel reato. – 5. L'incriminazione espressa del promittente i voti. Rilievi in ordine all'eventuale 'concorso' tra diverse figure d'illecito, all'atteggiarsi del tentativo, ed all'aggravante della 'finalità mafiosa'. – 6. Il dolo nell'art. 416-ter e le vicende dell'*iter* parlamentare. – 7. Il *novum* del richiamo all'erogazione di 'altra utilità' ed un'avvertenza finale.

1. All'indomani dell'entrata in vigore della fattispecie dell'art. 416-ter Cp in forza del d.l. 8.6.1992 n. 306 (conv. in l. 7.8.1992, n. 356), avevamo proposto di considerare tale modello normativo quale figura di reato potenzialmente in grado di sdrammatizzare alcune delicate problematiche inerenti al c.d. 'concorso esterno' nel reato di associazione mafiosa: nel senso che la creazione di una figura *ad hoc* volta a tipizzare lo scambio tra promessa di voti ed erogazione di denaro avrebbe potuto agevolare la repressione dei corrispondenti fenomeni di contiguità mafiosa, senza imporre di fornire la *probatio diabolica* di un collegamento causale del contributo con il potenziamento dell'ente associativo criminale. In quel contesto ci si era spinti, d'altronde, fino al punto di solleci-

tare il legislatore ad ampliare il novero delle attività collegate con il potere mafioso, attribuendo ad esse una dimensione più estesa rispetto a quella racchiusa nei confini – per vero, troppo angusti – entro i quali la suddetta fattispecie era stata concepita e normativamente disciplinata<sup>1</sup>.

Da allora, come si usa dire, molta acqua è passata sotto i ponti. Non tanto, beninteso, in modo da rendere oggi prive di rilevanza le problematiche essenziali che la materia prospetta o da far ritenere definitivamente superate le insidie ermeneutiche che vi si annidano, quanto perché un nugolo ormai imponente di sentenze – tra le quali numerosi pronunciamenti anche da parte della Corte di cassazione, tra i quali spiccano ripetuti interventi delle Sezioni Unite<sup>2</sup> – hanno contribuito a legittimare la categoria del concorso esterno, e a delinearne i profili differenziali rispetto al ‘voto di scambio’ ex art. 416-ter. E non è un caso che tali differenze risultino, per l’appunto, ulteriormente esaltate grazie al regime sanzionatorio attualmente predisposto per l’incriminazione in esame: regime che, a differenza di quanto accadeva nel precedente assetto normativo, non viene più ad eguagliare quello sancito per la partecipazione ad associazioni di tipo mafioso, risultando la pena prevista nella nuova disposizione inferiore al livello editto contemplato nella fattispecie contigua, sia nel minimo che nel massimo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. G.A. De Francesco, *sub* art. 11-bis e art. 11-ter d.l. 8.6.1992 n. 306 conv. dalla l. 7.8.1992 n. 356, in *LP* 1993, 131 ss. Acutamente, su simili tematiche, G. Fianadaca, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *FI* 1993, V, 10 ss. (dell’estratto). Per ulteriori riferimenti si rinvia al prosieguo dell’analisi.

<sup>2</sup> In proposito, ampiamente, C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003, 176 ss., 225 ss., come pure gli scritti di C.F. Grosso, G. Fianadaca, M. Papa, G.A. De Francesco, nel contesto della *Tavola Rotonda* dal titolo *Il concorso «esterno» tra teoria e prassi: un dilemma risolto o un istituto da rivedere?*, in *LP* 2003, 687 ss., e quelli di G. De Vero, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *DPP* 2003, 1325 ss.; G. Fianadaca, C. Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *FI* 2006, II, 86 ss.; V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino 2014, 53 ss., 75 ss., 133 ss., 162 ss.; M. Pelissero, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, vol. IV del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2010, 301 ss. In ordine alle problematiche del concorso esterno, per ulteriori svolgimenti, v. anche gli studi racchiusi nel volume AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all’analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò, A. Melchionda, Padova 2005, come pure in quelli, più recenti, dedicati a *Scenari di Mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di G. Fianadaca, C. Visconti, Torino 2010, spec. 123 ss., e al *Concorso esterno in associazioni di tipo mafioso*, a cura di R. Cerami, Milano 2011, nonché la ricerca di A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli 2003.

<sup>3</sup> Sul punto, cfr., ora in prossimità, ed ora a seguito della riforma, G. Amarelli, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5.5.2014, 26 s.; E. Cottu, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso, tra istanze repressive ed equilibrio sistematico*, in *DPP* 2014, 795 s.; P. Morosini, *La riforma dello scambio elettorale politico-mafioso*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it), 20.7.2014, 3; E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *AP* 2013, 15 ss.; C. Visconti, *Verso la riforma del*



Da tale angolo visuale, e prima di analizzare nel dettaglio le modifiche apportate alla precedente formulazione, torna dunque a riproporsi quella difficile *actio finium regundorum* rispetto al concorso esterno che affatica da tempo l'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza.

È noto al proposito come l'opinione più diffusa tenda a ricondurre il concorso esterno alla dimensione 'causale' – che dovrebbe invece risultare estranea all'art. 416-ter – dell'influenza del contribuente sulla 'conservazione' o sul 'rafforzamento' della compagine associativa<sup>4</sup>.

Senonché, ad onta delle apparenze, un simile riferimento lascia sul campo maggiori problemi di quanti dovrebbe essere in grado di risolvere. Anzitutto, una spia dell'incongruenza di tale opinione viene già ad emergere dal tenore delle motivazioni o delle affermazioni della dottrina, laddove queste sembrano attribuire una sorta di 'preminenza' – in termini di rilevanza ed 'entità' del risultato – al 'rafforzamento' rispetto alla (mera) 'conservazione' del tessuto organizzativo. In realtà, non è chi non veda come il mantenimento in vita dell'ente delittuoso configuri un esito di portata decisamente superiore rispetto al suo consolidamento: il primo allude ad un fenomeno dal quale dipende l'esistenza stessa dell'associazione, il secondo – a dispetto del tono evocativo della formula – si limita ad esprimere soltanto un allargamento delle sue basi operative<sup>5</sup>. In entrambi i casi – e specialmente nel primo – si delinea peraltro un ulteriore quesito (questa volta, formulato dagli autori più sensibili) di tenore chiaramente retorico: può un esito caratterizzato da un accentuato 'gigantismo' sul piano fenomenico (stiamo parlando della permanenza nel tempo di strutture mafiose o similari!) e, per ciò stesso, da un'evidente 'sproporzione di scala' rispetto ad un'iniziativa del singolo essere valutato alla stregua di uno sviluppo causale-naturalistico specificamente ricollegabile alla (sola) esplicazione di quest'ultima<sup>6</sup> ?

Ma non è tutto. Ad assumere un valore decisivo è l'osservazione secondo la quale gli 'eventi' predetti non risultano in alcun modo tipizzati; e, d'altra parte, se di (soli) eventi si trattasse, essi, in quanto meri 'risultati' materiali, non potrebbero in ogni caso essere ricondotti ad una 'fattispecie di reato' alla quale poter agganciare il concorso. Piuttosto – come tutto sembra dimostrare – ad assumere rilievo penale non potranno non essere, più propriamente, le *condotte* esplicate dagli associati<sup>7</sup> (e non già, per l'appunto, l'organizzazione come puro 'dato' a sé stante): di modo che, perché il concorso possa risultare configurabile, esso dovrebbe dunque inerire proprio a simili comportamenti, dovendo il fenomeno plurisoggettivo venire ricavato, secondo i principi generali,

---

*reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.6.2013, 11 s.

<sup>4</sup> V., per tutti, G. Fiandaca, C. Visconti, *op. cit.*, 90 ss., i quali si avvedono anche della distanza che separa le due ipotesi cui alludiamo subito dopo nel testo.

<sup>5</sup> Cfr. anche, volendo, G.A. De Francesco, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in *Scenari*, cit., 136.

<sup>6</sup> Così G. Fiandaca, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, nella *Tavola Rotonda*, cit., 695.

dall'«integrazione» tra la norma dell'art. 110 Cp e le attività proprie di coloro che figurano quali responsabili del reato associativo.

In realtà, ed anche al di fuori della tematica qui considerata, un parametro di tipo causale – laddove si verta in materia di concorso di persone – non appare ragionevolmente configurabile. La cooperazione nel reato non può non implicare, per vero, una relazione tra comportamenti umani, e non già, soltanto, un rapporto eziologico con un evento, similmente a quanto accade nel reato monosoggettivo. La riprova è data dal fatto che le interazioni tra i contributi concorsuali non si lasciano comunque ricondurre – come dovrebbe invece accadere in una prospettiva di tipo causale – ad un processo di sussunzione in una ‘legge scientifica di copertura’ di carattere ‘generalizzante’ atta a fornire la ‘spiegazione’ del risultato. Si pensi al caso classico della perpetrazione di una rapina e si supponga che di questa fosse stato predisposto un piano operativo tale da includere una pluralità di contributi. A voler seguire le tendenze prevalenti, sarebbe necessario, perché un concorso sussista, che le condotte di partecipazione abbiano assunto un'efficacia ‘causale’ rispetto al delitto. Ma quale dovrebbero essere, nel nostro caso, le ‘leggi scientifiche’ cui rifarsi per poter spiegare e ‘ridescrivere’ il processo eziologico? Tali leggi non esistono, per l'ottima ragione che la commissione di quella rapina non denota un meccanico succedersi di fenomeni naturali, bensì la ‘decisione’ di dare seguito a quel piano dandovi effettiva esecuzione<sup>8</sup>. La logica che sottende il fenomeno è, in altri termini, di tipo ‘storico’, e per l'appunto, ‘individualizzante’: nel senso che il massimo che si può dire è che *in quel caso* è stato ‘di fatto’ realizzato, in virtù di una *scelta* conforme alla dinamica organizzativa, un illecito corrispondente alle iniziative dei compartecipi.

Ed è proprio per tali ragioni che si è già proposto in altra sede di sostituire, in tema di concorso, il criterio causale con un diverso modello esplicativo: quello fondato, cioè, sul carattere ‘strumentale’ del contributo partecipativo<sup>9</sup>. Prescindendo da qualsiasi valutazione in termini eziologici – a maggior ragione, se concepita in chiave di verifica ‘condizionalistica’ (se... allora...) – ci si dovrebbe invero concentrare sulla sola circostanza che dell'apporto del concorrente ci si sia concretamente ‘serviti’ per la commissione del reato: nella relazione tra comportamenti umani – e non più tra una condotta e un puro evento naturalistico – il tratto saliente sarebbe, lo si ripete, quello della ‘scelta’ – constatabile *rebus ipsis et factis* – di ‘utilizzare’ il contributo (ad es., quello consistente nel fornire mezzi, informazioni, suggerimenti strategici, e così via dicendo) di altri soggetti, finalizzandolo al perseguimento degli obiettivi di volta in volta programmati.

<sup>7</sup> Cfr. T. Padovani, *Il concorso esterno: alla ricerca del «bandolo» di un'intricata questione*, in AA.VV., *Un dibattito senza fine: il concorso esterno in associazione mafiosa torna ad impegnare i giudici di legittimità*, in LP 2012, 736.

<sup>8</sup> In proposito, volendo, con maggiore ampiezza, G.A. De Francesco, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in CP 2012, 3914 ss.

<sup>9</sup> G.A. De Francesco, *Il concorso*, cit., 3918 ss.

2. Tornando adesso alla problematica del concorso nel reato associativo, si deve tuttavia porre in risalto una peculiarità inerente a quest'ultimo. Invero, esso risulta normativamente configurato in chiave finalistica, ossia, più precisamente, incentrata sugli scopi perseguiti dai membri dell'associazione. Il che suona, a ben guardare, come un'ulteriore e ancor più evidente smentita della riconduzione di quest'ultima alla logica propria di un risultato o di un 'evento' naturalistico; piuttosto, il fenomeno associativo deve essere colto e valorizzato nella prospettiva 'dinamica' del perseguimento di un programma, verso il quale – ancorché (ed anzi, proprio perché) non necessariamente realizzato – si pretendono le condotte di coloro che dell'associazione fanno parte.

Ragionando in questi termini, il contributo dell'estraneo al sodalizio consistente, ad es., nel pagamento di determinati 'servizi' di provenienza mafiosa dovrà dunque risultare 'strumentale' alla stessa scelta da parte degli associati (non interessa chi, in particolare, essendo sufficiente il consenso da parte dei responsabili del sodalizio) di finalizzarlo ai propri obiettivi; e ciò, per la ragione essenziale che, nella misura in cui i predetti associati ne abbiano richiesto (o comunque accettato) l'effettuazione in vista di simili finalità, sarà appunto riscontrabile quella 'funzionalità' del contributo a consentire a tali soggetti di 'destinarlo', a loro volta, al ruolo di un ulteriore 'strumento' per il perseguimento degli scopi: una destinazione, è opportuno ribadirlo, che, risultando l'associazione punibile anche qualora non abbia realizzato i propri fini, dovrà essere correttamente valutata in una prospettiva *ex ante*, non essendo richiesto che da quel contributo sia poi realmente derivata anche la realizzazione in tutto o in parte del progetto concordato<sup>10</sup>.

Di più. Guardata in quest'ottica, l'idea di richiedere il verificarsi di un 'evento' quale il rafforzamento dell'organizzazione – od addirittura il suo mantenimento in vita – non può non apparire ancor più irragionevole sul piano sistematico ed empirico-fattuale. Invero, è il caso adesso di precisare che non interessa affatto che l'apporto del concorrente esterno venga a risolversi *a posteriori* in un risultato vantaggioso (non solo sotto il profilo del conseguimento degli scopi, ma anche) per la permanenza o il consolidamento della struttura associativa. Così, ad es., qualora i predetti finanziamenti (od anche, in ipotesi, l'assegnazione di un appalto, il conferimento di un'autorizzazione, l'assunzione di personale 'indicato' dagli associati di mafia) vengano di fatto ad accompagnarsi all'esito inatteso di portare in breve tempo alla 'scoperta' dei metodi illeciti dell'associazione (sì da comportare un'azione giudiziaria volta a perseguirli), sarebbe certamente incongruo negare per ciò stesso la rilevanza della collaborazione prestata. Se il referente della condotta concorsuale è appunto quello della decisione da parte degli associati di profittare di quel contributo per perseguire gli scopi, non potrà assumere alcun significato la circostanza che, ad una valutazione *ex post*, la condotta abbia finito col dar luogo ad un risultato svantaggioso, tale da indebolire l'organizzazione criminale (od un suo settore operativo).

---

<sup>10</sup> Per ulteriori rilievi si rinvia a G.A. De Francesco, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in CP 2012, 2556 ss.

D'altronde, e per concludere sul punto, il contributo del concorrente potrà ben consistere anche nella 'promessa' di una certa prestazione (per rimanere nell'esempio, di un finanziamento a beneficio della medesima); com'è stato osservato<sup>11</sup>, anche da tale condotta potrà invero derivare un'iniziativa da parte degli associati volta a mettere a frutto la somma 'impegnata' dal terzo, quale potrebbe consistere, in ipotesi, nella precostituzione di determinati canali interbancari al fine di assicurare la futura destinazione delle predette risorse ad ulteriori traffici illegali.

3. Giunti a questo punto, sorge tuttavia l'interrogativo al quale le osservazioni finora svolte facevano chiaramente da battistrada. Laddove il contributo del soggetto 'esterno' assuma le vesti del modello legale delineato dall'art. 416-ter, su quali basi sarà possibile tracciare la differenza – oggi, più che mai imprescindibile, in considerazione della modifica apportata al regime sanzionatorio – rispetto alla partecipazione eventuale nel reato associativo?

È chiaro, in primo luogo, come, stando al tenore della formula normativa, non risulti in alcun modo necessario che la condotta dell'aspirante ai voti abbia già trovato seguito in un'iniziativa dei soggetti 'promittenti': ad esempio, in caso di promessa di un futuro finanziamento a favore di questi ultimi, potrà ben accadere, non solo che costoro non si siano ancora attivati per procacciare i voti, ma che comunque non abbiano messo in opera alcuna diversa iniziativa in vista della fruizione del beneficio promesso. Nel caso in cui, viceversa, quel finanziamento venga concesso, è difficile negare come il 'mezzo' per perseguire gli scopi sia entrato nella sfera di disponibilità della controparte del 'negozio'; di modo che sarebbe più difficile ipotizzare dei casi in cui l'apporto 'strumentale' richiesto non si sia andato ad inserire nelle dinamiche connesse al perseguimento di una qualche finalità che tramite la sua fruizione i relativi destinatari si siano riproposti di realizzare.

In sostanza, mentre sussistono casi in cui l'"interferenza", per così dire, con il fenomeno del concorso esterno non pare delinearci, altri ve ne sono in cui non si può escludere che le 'aree' di convergenza tra le due rispettive qualificazioni possano venire a sovrapporsi. Con un'ultima precisazione, tuttavia: se, nel vigore della precedente statuizione, per una serie di ragioni che a suo tempo esponemmo (e alle quali si rinvia<sup>12</sup>), la controparte del 'patto' veniva sostanzialmente ad identificarsi (sia pure, ovviamente, attraverso 'contatti' con singoli compartecipi) con l'associazione descritta nell'art. 416-bis, oggi, com'è stato giustamente notato<sup>13</sup>, non è più così: nel senso che le "modalità di cui al terzo comma dell'art. 416-bis" potranno ben inerire alla condotta di un soggetto non 'affiliato' (o che intenda agire autonomamente) che pur s'impegni a sfruttare per procurare voti. Di modo che, in definitiva, potrà dunque accadere che, anche in presenza di un'erogazione' effettiva, un'ipotetica interferenza

<sup>11</sup> P. Morosini, *Riflessi penali e processuali del patto di scambio politico-mafioso*, in *FI* 2001, 85 s.

<sup>12</sup> Cfr. G.A. De Francesco, *sub* art. 11-bis e art. 11-ter, cit., 133 ss.

<sup>13</sup> Da G. Amarelli, *op. cit.*, 15.

con il concorso esterno non abbia a delinearsi, concernendo quest'ultimo i soli rapporti con un'associazione.

E tuttavia, proprio per evitare in ogni caso eventuali sovrapposizioni tra i due schemi normativi, abbiamo già evidenziato in altra sede come a fondare e a caratterizzare il concorso esterno debba necessariamente intervenire un ulteriore parametro di rilevanza<sup>14</sup>, destinato a connotare in senso maggiormente significativo e pregnante il contributo partecipativo. Un parametro, in effetti, che emerge – sia pure con alcune improprietà a livello definitorio e teorico-ricostruttivo – in talune, importanti, pronunce della stessa Corte di cassazione<sup>15</sup>. Invero, nonostante sia stato non di rado sostenuto che la condotta in questione possa risolversi anche in un contributo di carattere 'occasionale' od isolato, non è difficile accorgersi come una soluzione del genere rischi appunto di determinare una possibile 'commistione' con altre forme di illecito, nella misura in cui queste – come accade, non a caso, proprio con riguardo all'art. 416-ter – paiano 'tipicamente' riferibili ad una prestazione di rilevanza circoscritta, o se si vuole ad un singolo episodio collaborativo non preceduto o seguito dalla scelta di coltivare nel tempo il rapporto con gli associati di mafia. Di modo che sembra dunque consigliabile configurare tale rapporto nei termini di un illecito di carattere 'permanente', assumendo la necessità di un requisito ulteriore, che può essere sinteticamente definito come la 'disponibilità' a reiterare nel tempo il proprio appoggio, nelle forme consentanee alle richieste del potere mafioso, alle iniziative maturate in seno all'associazione.

Una siffatta disponibilità – sovente richiamata in giurisprudenza, ed evocata, altresì, non senza obiezioni di tipo 'garantistico', lungo l'iter legislativo della riforma<sup>16</sup> – non deve, peraltro, essere concepita, né come l'unico elemento qualificante (al di fuori, cioè, di una qualche prestazione erogata o promessa), né, peraltro, in termini di necessaria 'reiterazione' di apporti materiali – nel qual caso, si arriverebbe a confondere il predetto fenomeno con quello del c.d. 'reato abituale'<sup>17</sup> –. In particolare, se tale reiterazione potrà certo costituire – e di fatto ciò sovente accadrà – un criterio di prova della permanenza, non potrà essa stessa assumere il fondamentale ruolo discretivo per qualificare il comportamento di cui si tratta.

Ad apparire decisivo, in realtà – a prescindere dalla ripetizione degli 'aiuti' forniti dal terzo – si rivela piuttosto il loro iscriversi in un patto collaborativo destinato a svilupparsi nell'ulteriore prosecuzione di una simile intesa con i soggetti appartenenti all'organizzazione. Si potrà dunque condividere, con le dovute cautele, anche quell'opinione giusta

<sup>14</sup> G.A. De Francesco, *Il concorso esterno*, cit., 2559 s.

<sup>15</sup> Cass. 10.5.2007, n. 542, in *DeJure.it* e, più recentemente, Cass. 9.3.2012, n. 15727, in *CP* 2012, 2500.

<sup>16</sup> In proposito cfr. G. Amarelli, *op. cit.*, 21; E. Cottu, *op. cit.*, 792 s.; C. Visconti, *Verso la riforma*, cit., 9.

<sup>17</sup> Cfr. L. Riscicato, *Il gioco delle parti. Crisi e trasfigurazione del concorso esterno, tra disincanto e ragionevoli dubbi*, in AA.VV., *Un dibattito senza fine*, cit., 714.

la quale la stessa 'frequentazione' con esponenti mafiosi potrebbe costituire uno degli indizi per poter ravvisare il concorso esterno: ma solo nell'ottica, per l'appunto, che questo od altri fattori potranno orientare la ricostruzione del quadro probatorio nel senso di confermare ed avvalorare l'indole permanente della partecipazione, sì da permettere di affiancare alla prestazione 'strumentale' di cui si è detto l'elemento ulteriore della divisata persistenza del legame cooperativo.

4. Contro la tesi del carattere permanente della partecipazione sono state, nondimeno, mosse di recente una serie di obiezioni, sulle quali occorre spendere alcuni rilievi, anche al fine di poter meglio apprezzare la natura dei fenomeni con cui ci stiamo confrontando. A ben vedere, l'insieme di tali critiche soffre, tuttavia, dell'equivoco di fondo di muoversi all'interno di una visione del reato associativo come quella sorta di 'entità' di cui postulare, a seconda dei casi, il mantenimento o il rafforzamento. Così accade, ad esempio, laddove si sottolinea come l'eventuale 'recesso' del partecipe (eventuale) – a differenza di quanto accade per i membri 'interni' al sodalizio – potrebbe dar luogo ad un' 'interruzione' della permanenza, soltanto ove si potesse escludere che il persistere ulteriore della compagine associativa non venga a ricollegarsi tuttora al contributo già prestato<sup>18</sup>. In una logica non dissimile si colloca, poi, la pur diversa opinione, secondo la quale l'eventuale 'recesso' del partecipe eventuale – contraddicendo l'assunto secondo il quale nel reato permanente l'autore dovrebbe sempre poter far cessare la 'situazione anti-giuridica' – non sarebbe in grado di produrre un simile effetto, posto che gli altri associati sarebbero comunque in grado di assicurare la conservazione dell'ente criminoso<sup>19</sup>.

Sennonché, una volta premesso che, come ripetutamente osservato, l'idea di un 'evento' nei termini suddetti non appare condivisibile, le obiezioni ora delineate sembrano destinate a perdere di significato. In verità, colui che interrompesse la propria partecipazione, altro non farebbe che privare gli associati dell'eventuale possibilità di vedere soddisfatte ulteriori richieste di collaborazione; ragion per cui, essendosi la sua condotta conclusa nel lasso di tempo segnato dalla sua disponibilità collaborativa, gli estremi di un concorso rispetto al soddisfacimento delle pretese degli associati non potrebbero non presentarsi ormai del tutto irricognoscibili.

Né, d'altro canto, si rivela convincente l'ulteriore critica di principio secondo la quale, a volere postulare la permanenza del concorso, quest'ultimo – pena un surrettizio interscambio di qualificazioni – verrebbe a risolversi in una dimensione totalmente sovrapponibile a quella propria delle condotte dei soggetti intranei all'organizzazione<sup>20</sup>. Si pre-

<sup>18</sup> Al riguardo v. M. Maddalena, *Il «concorso esterno in associazione mafiosa»: un istituto da (ri)sistemare*, in AA.VV., *Un dibattito senza fine*, cit., 725.

<sup>19</sup> V. G. Fiandaca, C. Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto «polemogeno»*, in *AP* 2012, 501.

<sup>20</sup> Così, pur se con alcune varianti, V. Maiello, *op. cit.*, 181 s.; L. Risicato, *op. cit.*, 713.

cisa al riguardo che la c.d. «messa a disposizione» non presidia uno spazio specifico della verifica processuale, configurandosi – a mo' di “risultato valutativo di sintesi” – «quale esito dell'accertamento del requisito dell'inserimento strutturale nell'organizzazione del sodalizio che, invece, rappresenta il ‘fatto da provare’»<sup>21</sup>. A ben guardare, non sembra che l'obiezione possa considerarsi fondata. Semmai, è proprio con riguardo alla partecipazione ‘interna’ che la ‘sintesi’ valutativa incarnata dal predetto sintagma rischia di apparire inafferrabile; non è il rendersi disponibili a suggellare la qualità di membro dell'associazione, ma l'assunzione – approvata e condivisa dagli altri suoi membri (e specialmente da quelli ‘apicali’) – di un ruolo stabilmente connesso e vincolato al perseguimento di un programma comune. La disponibilità a collaborare torna, viceversa, a rivestire un suo significato proprio in relazione al concorso esterno: si può essere disponibili a protrarre un rapporto di collaborazione, senza per questo restare vincolati allo svolgimento di una ‘funzione’ all'interno di una struttura organizzativa che la contempra.

Per finire: nemmeno potrebbe dirsi che il fenomeno ora descritto configuri una situazione priva di riscontri a livello empirico. Pur senza dimenticare la ‘classica’ vicenda Dell'Utri, e andando anzi a ‘pescare’ in fenomenologie non necessariamente criminali, come non pensare a quegli ‘informatori’ della polizia, i quali, magari a rischio di venire perseguiti per reati minori, vengono ‘sfruttati’ dalle forze dell'ordine per opportune ‘soffiate’ utili a sventare la commissione di crimini o a catturarne i responsabili? Non è forse vero che costoro, almeno in molti casi, si prestano a fornire una collaborazione continuativa, senza per questo assumere – com'ovvio – un ruolo intraneo ai ‘corpi’ istituzionalmente preposti alle indagini penali?

5. Dopo aver identificato, in linea di principio, i tratti distintivi tra il concorso esterno e la fattispecie di cui all'art. 416-ter, occorre adesso svolgere alcune osservazioni in merito ad alcuni profili di quest'ultima fattispecie, eccettuando, naturalmente, quelli cui si è già avuto modo di dedicare la nostra attenzione. Tra di essi viene in primo luogo in considerazione l'espressa punibilità degli stessi soggetti promittenti i voti, in forza di quanto stabilito dal secondo comma della predetta disposizione. Si è rilevato in proposito che tale previsione, oltre a consentire in ogni caso di punire anche quanti non risultino appartenenti ad un'associazione mafiosa (circa tale eventualità, v., *retro*, 3), imporrebbe oggi di colpire i membri di quest'ultima sia per il reato associativo – essendo comunque stabilito, *ex art. 416-bis*, co. 3, che questo possa avere per scopo il condizionamento di risultati elettorali – sia, per l'appunto, alla stregua del delitto di cui all'art. 416-ter<sup>22</sup>.

Orbene, se tale conclusione merita di essere condivisa, non altrettanto convincenti sembrano le motivazioni volte a suffragarla. Si sostiene al riguardo che la ‘stipula’ dell'accordo che la norma prospetta si

<sup>21</sup> Cfr. V. Maiello, *op. cit.*, 181 s.

<sup>22</sup> G. Amarelli, *op. cit.*, 13.

porrebbe quale “condotta prodromica” – ed in concorso materiale – rispetto alla successiva utilizzazione della forza intimidativa del vincolo associativo allo scopo di procurare voti. In realtà, come già osservammo in sede di analisi del ‘nuovo’ delitto di associazione mafiosa appena introdotto nell’ordinamento<sup>23</sup> – e come è dato leggere anche in alcune recenti pronunce del Supremo Collegio<sup>24</sup> – deve escludersi che tale fattispecie richieda necessariamente che gli associati pongano in essere condotte intimidative constatabili *hic et nunc*. Ne deriva, allora, che i suddetti reati potranno, bensì, concorrere tra loro, ma per l’opposta ragione in base alla quale, ad assumere un ruolo *lato sensu* ‘anticipato’, sarà la condotta associativa, mentre, successiva a questa, potrà presentarsi, in ipotesi, la stipulazione di uno specifico accordo con un singolo soggetto, interessato a procurarsi voti (o a procurarli ad altri) in cambio dei benefici cui allude il primo comma della disposizione in commento.

Né può dimenticarsi, del resto, come l’associazione – giusta quanto si è chiarito in altra sede<sup>25</sup> – non può non presentare un programma necessariamente ‘aperto’ verso una serie di attività funzionali al medesimo *a priori* non determinabile: attività che del resto sono destinate a convergere verso un programma complessivo di implementazione del proprio potere d’influenza, destinato a restar tale, a prescindere dalle deliberazioni successive inerenti alla commissione di reati specifici. Il che, tra l’altro, conduce a porre a dubbio anche l’assunto ulteriore<sup>26</sup> – per quanto tuttora oggetto di controversie – in base al quale la duplicità degli illeciti finirebbe col risultare fortemente ridimensionata dall’applicazione della disciplina sul ‘reato continuato’; in verità, se l’associazione è “per ciò solo” punibile – e lo è, come riteniamo, proprio in quanto si rivolge ad una serie indefinita di iniziative connesse al programma – non pare infondato, a livello ermeneutico, valorizzare tale indicazione proprio nel senso di escludere la possibilità di ‘assorbirne’ sostanzialmente il disvalore all’interno della costellazione di illeciti eventualmente commessi.

Se per un verso il delitto in esame tende a presentarsi – almeno in prevalenza – quale un’eventuale, ulteriore, ‘concretizzazione’ del programma associativo, è difficile negare, tuttavia, come, guardata in se stessa, la relativa fattispecie venga essenzialmente a risolversi in una forma di ‘reato-accordo’; ne discende che (come del resto testimonia *ad abundantiam* la decisione finale di espungere dalla fattispecie una for-

<sup>23</sup> Sia consentito rinviare a G.A. De Francesco, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *DigDPen*, I, 1987, 49 ss. (dell’estratto).

<sup>24</sup> Cfr., ad es., Cass. 30.9.2013, n. 50589, in *DeJure.it*; Cass. 5.6.2013, n. 35997, in *DeJure.it*; Cass. 30.4.2013, n. 22989, in *DeJure.it*.

<sup>25</sup> G.A. De Francesco, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *RIDPP* 1992, 108 ss.

<sup>26</sup> Cfr. G. Amarelli, *op. cit.*, 14. Sul tema, con ampi riferimenti, cfr. M. Pelissero, *Associazione per delinquere e assistenza agli associati*, in *Reati contro la personalità dello Stato*, cit., 259 s., e, meno di recente, G. De Vero, *Tutela penale dell’ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano 1988, 264 ss., come pure S. Del Corso, *I nebulosi confini tra associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato*, in *CP* 1985, 622 ss.



mula estensiva della punibilità che figurava nell'articolato originario<sup>27</sup>) dovrà dunque richiedersi che una simile intesa sia stata effettivamente stipulata mediante l'impegno a dare seguito alle prestazioni corrispettive.

Considerato il carattere essenzialmente 'preparatorio' di una siffatta incriminazione, non è mancato, d'altronde, chi ne ha posto in dubbio la configurabilità sotto forma di tentativo, allo scopo di evitare un'eccessiva anticipazione della tutela penale<sup>28</sup>. Di più: rispetto al soggetto interessato al 'sostegno' elettorale, il richiamo all'"accettazione" della promessa è stato da taluno ritenuto non più assimilabile a quell'"ottenimento" della medesima che nella versione previgente avrebbe reso meno arduo ipotizzare l'esplicazione di condotte volte a determinare, senza riuscire ad ottenerla, l'assunzione un simile impegno<sup>29</sup>.

Pur apprezzando l'intento limitativo della punibilità che si accompagna (almeno presso alcuni autori) a simili affermazioni, esse non riescono, tuttavia, a sciogliere alcune possibili riserve. Invero, con riguardo ad analoghe problematiche inerenti ai delitti di corruzione – e pur escludendosi, *de iure condito*, in forza della vigente disciplina sull'"istigazione" alla medesima, l'autonoma rilevanza del tentativo – si è giustamente notato come le iniziative volte a raggiungere l'accordo corruttivo ben possono (ed anzi, secondo tale opinione, dovrebbero) essere intese nel senso di un "inizio di esecuzione incarnato dalla "promessa" da parte del privato o dalla "sollecitazione della promessa" da parte del pubblico funzionario": venendo a mancare, per l'appunto, "solo l'accettazione della promessa da parte del pubblico ufficiale" o, rispettivamente, "l'accettazione del privato"<sup>30</sup>. Ragionando in quest'ottica, e trasponendo simili rilievi nella materia che qui interessa, come poter negare, allora, che possa assumere eventualmente rilevanza, a titolo di tentativo, l'eventuale 'non accettazione' da parte del destinatario dei 'promittenti' i voti *ex art. 416-ter*, 2° comma, o, viceversa, la mancata disponibilità di questi ad impegnarsi 'promettendo' i voti?

Qualunque soluzione debba adottarsi in proposito, è certo, in ogni caso, come il positivo riscontro di una responsabilità ai sensi dell'art. 416-ter non possa interferire con l'eventuale punibilità delle iniziative di stampo mafioso le quali si traducano, in ipotesi, nell'esplicazione effettiva delle condotte di 'coercizione elettorale' a tutt'oggi incriminate in forza del disposto dell'art. 97 d.P.R. 30.3.1957, n. 361 o dell'art. 87 d.P.R. 16.5.1960, n. 570, per di più aggravate, se del caso (e cioè, ove già non si tratti di un associato di mafia), dalla 'finalità mafiosa' disciplinata dall'art. 7 d.l. 13.5.1991, n. 152 conv. in l. 12.7.1991, n. 203. Simili condotte, per vero, si porranno nella fase di attuazione del programma criminoso, non potendo dunque restare assorbite nei delitti 'prodromici' rispetto

<sup>27</sup> In proposito cfr. C. Visconti, *Verso la riforma*, cit., 9.

<sup>28</sup> Nella sostanza, v. G. Amarelli, *op. cit.*, 16; C. Visconti, *Verso la riforma*, cit., 9.

<sup>29</sup> Cfr. A. Cisterna, *Con il dimezzamento del minimo a quattro anni candidati-colusi «incassano» lo sconto di pena*, in *GD* 2014 (19), 14.

<sup>30</sup> V. C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Tomo I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, 1, Padova 2001, 530.

alla loro esplicazione<sup>31</sup>. Una responsabilità penale alla stregua dei suddetti illeciti dovrà ricadere, peraltro, soltanto su coloro che li abbiano compiuti o che vi abbiano concretamente partecipato: e non già, viceversa – pena il rischio di ‘riesumare’ l’idea di una punizione indiscriminata di tutti gli associati per la commissione dei delitti-scopo, o di ipotizzare una sorte analoga per lo stesso soggetto interessato ai voti – su quanti non abbiano esplicato un’attività concorsuale specificamente riferibile, sul piano oggettivo e soggettivo, ai singoli episodi di condizionamento della volontà degli elettori.

Per altro verso – è opportuno sottolinearlo – il reato di cui si discute (diversamente da quanto asserito in una delle prime indagini dedicate a tale figura<sup>32</sup>), pur potendo concorrere, alle condizioni di cui si è detto, con le fattispecie di coercizione elettorale, non parrebbe compatibile con la predetta aggravante, quale s’identifica con la finalità di agevolare l’attività di un’associazione mafiosa; in effetti, la condotta consistente nell’erogazione di denaro od altra utilità funzionali, per l’appunto, alle “attività” degli associati di mafia difficilmente potrà andare disgiunta dallo scopo di esaudire le ‘richieste’ provenienti da questi ultimi sì da consentire ch’essi possano mettere a profitto i benefici corrisposti (o promessi).

6. I rilievi sinora svolti permettono, a ben guardare, di gettar luce anche sulla tematica del dolo inerente alla fattispecie *de qua*. Un dolo, in particolare, che non appare, per colui che miri ad avvalersi dell’“appoggio” mafioso, sostanzialmente diverso rispetto a quello del concorrente esterno: nel senso che, come abbiamo notato altrove riguardo a quest’ultimo, il problema circa i suoi contenuti – una volta messa da parte l’idea artificiosa dell’associazione come ‘entità’ a sé stante, magari rappresentata e ‘voluta’ dal concorrente in una con il programma mafioso – potrà risolversi, più semplicemente, postulando la volontà di consentire l’utilizzazione del proprio contributo ‘strumentale’ da parte dei destinatari del medesimo (conoscendone, ovviamente, gli scopi, ma senza per questo farli propri); con la differenza, beninteso, che dandosi i presupposti per una parziale convergenza tra i due fenomeni, il soggetto punibile *ex art. 416-ter* non dovrà comunque voler divenire un ‘referente’ più o meno duraturo delle richieste avanzate dal sodalizio criminale, secondo la logica della permanenza di cui si è in precedenza discusso.

Nel corso dell’*iter* riformatore era emersa, peraltro, un’indicazione a favore della necessità di aggiungere al divisato ‘procacciamento di voti’ un’accezione del medesimo avvenuta “consapevolmente” da parte del beneficiario; né era mancato chi, per superare l’obiezione secondo la quale un simile requisito sarebbe apparso come meramente ripetitivo rispetto a quanto già richiesto in tema di dolo, aveva proposto di riferirlo (in sintonia con quanto stabilito nell’art. 76 del Codice Antimafia riguardo ai soggetti sottoposti ad una misura di prevenzione) alle qualità

<sup>31</sup> Al riguardo cfr. C. Visconti, *Verso la riforma*, cit., 7 s.

<sup>32</sup> V. G. Amarelli, *op. cit.*, 26.

del “interlocutore” incaricato di rastrellare i voti, ossia appunto a quella consistente nel fatto di ‘gravitare’ in un contesto mafioso<sup>33</sup>. La definitiva eliminazione del predetto avverbio ha suscitato, come non era difficile pronosticare, malumori e polemiche sul fronte ‘garantista’: osservandosi da taluno come la sua amputazione dallo schema normativo possa fornire il destro per riconoscere la punibilità del richiedente i voti anche in presenza di un dolo meramente ‘eventuale’, con la conseguenza di arrivare a punire anche un mero ‘sospetto’ o ‘congettura’ circa la suddetta ‘qualifica’ criminale della controparte dell’accordo<sup>34</sup>.

Senonché – a parte il rilievo fondamentale secondo il quale il dolo non può non richiedere un collegamento con dati e circostanze valutati nella loro dimensione ‘fattuale’ e non meramente ipotetica o congetturale (quand’anche, com’è nella logica delle umane cose, non risulti fuggato ogni residuo dubbio in proposito)<sup>35</sup> – v’è da dire che la formulazione della norma non sembra giustificare i timori palesati dall’opinione in esame. Invero, nel ‘fuoco’ del dolo dovrà necessariamente rientrare l’elemento consistente nel richiamo alle “modalità di cui al terzo comma dell’articolo 416-bis”<sup>36</sup>: elemento che – si tratti o meno di un promittente i voti facente parte di un organismo mafioso – non potrà non rientrare nella ‘conoscenza’ del beneficiario della promessa, venendo esso a far parte del contenuto della medesima, quale espressione di un progetto di condizionamento elettorale ‘qualificato’ dalla sua più intensa efficacia e potenzialità ‘persuasiva’. D’altra parte, sarebbe poco plausibile obiettare che in merito alla ‘serietà’ della promessa possa pur sempre – una volta esclusa la ‘consapevolezza’ in capo al destinatario – delinearci uno stato di dubbio da parte di quest’ ultimo; invero, una ‘certezza assoluta’ a tale riguardo non apparirà, almeno in molti casi, ragionevolmente ipotizzabile: ed in ogni caso, essa non riguarderebbe tanto la ‘qualità’ dell’interlocutore, quanto l’effetto presumibile del suo intervento (che è poi quello che interessa all’ ‘accettante’), a sua volta variabile a seconda del ‘contesto elettorale’ e di numerose altre circostanze *a priori* non determinabili nella loro specifica portata e consistenza.

7. *Last but non least*, è necessario adesso spendere qualche parola sull’innovazione normativa, che – assieme a quella del richiamo anche alla sola ‘promessa’ di un’elargizione e alla punibilità anche del soggetto promittente i voti (onde gli intuibili riflessi anche in ordine alla corrispondente ‘cesura’ a livello di disciplina intertemporale) – qualifica il vigente assetto normativo della fattispecie in esame. Si tratta, in partico-

<sup>33</sup> Cfr., in particolare, l’intervento di N. D’Ascola, in *www.senato.it - Resoconto stenografico della seduta n. 173 del 22/01/2014*, 6.

<sup>34</sup> Sull’eliminazione dell’avverbio si vedano le critiche di G. Insolera, *Ripensare l’antimafia: il sistema penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.5.2014, 6.

<sup>35</sup> Sul punto, evocando la nota sentenza della Cass. S.U. 26.11.2009, n. 12433, cfr. E. Cottu, *op. cit.*, 795.

<sup>36</sup> In tale prospettiva sembra porsi la recente sentenza della Cass. 6.6.2014, n. 36382, ampiamente esaminata da G. Amarelli, *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14.9.2014.

lare, del riferimento dell' 'erogazione' (o della 'promessa di erogazione'), non soltanto al "denaro", ma anche ad 'altra utilità'.

A tale riguardo, le opinioni dei primi commentatori hanno sovente posto in luce – insieme all'indubbio passo avanti consistente nello svincolare l'incriminazione dal solo riferimento alla prestazione di denaro – il rischio che la menzione di una qualsiasi 'utilità' possa rendere eccessivamente flessibile il paradigma normativo<sup>37</sup>, permettendo di orientarlo senza troppi scrupoli (e con pericolose 'semplificazioni' anche sul piano probatorio) verso indagini a carico di esponenti politici, pur quando gli interessi delle organizzazioni criminali rivelino una connessione soltanto 'indiretta' ed occasionale con l'interesse pubblico. E del resto, l'elaborazione del concetto di 'altra utilità' (come testimoniano le vicende giudiziarie in tema di concussione e corruzione) si è mostrata in grado di recepire una serie assai ampia di fenomeni, mentre, rispetto al reato in questione, si sarebbe dovuto rendere maggiormente percepibile il profilo 'economico' dei vantaggi perseguiti, se del caso anche in via mediata, da un'associazione di tipo mafioso.

Osservazioni del genere appaiono senza dubbio meritevoli della massima considerazione; né possono, d'altronde, dimenticarsi alcune controversie, di perdurante attualità, in merito alla possibile estensione del 'concorso esterno', non soltanto all'esplicazione di contributi quali quelli consistenti nell'aggiudicazione di appalti, nell'assunzione di personale, nell'aggiustamento di processi, nel reinvestimento di profitti illeciti (così come, in ipotesi, nei correlativi impegni o 'promesse'), ma anche nello svolgimento di attività a livello politico-parlamentare volte ad introdurre (o ripristinare) determinate garanzie sul piano sostanziale o processuale tali da rendere meno gravosa la risposta 'emergenziale' contro la mafia<sup>38</sup>.

In linea di massima, ad evitare un'eccessiva estensione dello stesso 'reato di scambio', potrà certamente contribuire una politica giudiziaria capace di distinguere – anche in considerazione della pena comminata, tutt'altro che irrilevante – la differente portata dei singoli fenomeni di volta in volta sottoposti agli organi inquirenti: nella consapevolezza, per di più, che, una volta reciso il legame con un preteso effetto di 'rafforzamento' di un'associazione mafiosa, la stessa fisionomia della 'prestazione' fornita o promessa dovrebbe poter inerire ad un'utilizzabilità (anche se solo potenziale) concretamente ed empiricamente apprezzabile, senza arrivare a collocarsi in un orizzonte futuro tanto ampio ed onnicomprensivo, quanto, allo stato, ancora troppo lontano dalle sue possibili ricadute sugli interessi e sulle aspettative coinvolte.

---

<sup>37</sup> La questione, sollevata con particolare vigore da E. Squillaci, *op. cit.*, 11 s., viene riesaminata da G. Amarelli, *La riforma*, cit., 20 s.; E. Cottu, *op. cit.*, 790 ss.; C. Visconti, *Verso la riforma*, cit., 4 s., 10 s., il quale suggerisce una possibile riformulazione della fattispecie.

<sup>38</sup> Sul tema cfr. i rilievi di G. Fiandaca, *Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *FI* 1997, V, 130 s. e quelli, di tono meno radicale, di C.F. Grosso, *Una configurazione possibile*, ivi, 124 ss. Ritorna sul problema E. Cottu, *op. cit.*, 791 s.

## La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni del minore<sup>1</sup>

di BARBARA LAVARINI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Limiti soggettivi: il problema dell’“esperto” ex artt. 351 c. 1-ter, 362 c. 1-bis e 391-bis c. 5-bis Cpp. – 3. L'impossibilità di sentire il minore come limite al divieto d'uso dei *relata*: letture *contra legem* e problemi di tutela del contraddittorio. – 4. I criteri di valutazione dei *relata*: a) in caso di mancata audizione del minore per “impossibilità”. – 5. b) in caso di rifiuto del minore di rispondere all'esame. – 6. Conclusioni.

1. La testimonianza indiretta, la quale abbia ad oggetto dichiarazioni di un minore che si assume “abusato” – in particolare se si tratti di un bambino in tenera età –, può efficacemente qualificarsi “prova debole al quadrato”.

Agli ordinari profili di criticità propri della testimonianza indiretta, collegati all'esigenza di un “doppio controllo” di attendibilità – del dichiarante e della dichiarazione *de relato*, del dichiarante e della dichiarazione di riferimento – si aggiungono infatti, con esponenziale moltiplicazione dei problemi, i profili di criticità “speciali” collegati, da un lato, all'affidabilità della fonte di riferimento – della quale potrebbe essere dubbia finanche l'idoneità a rendere dichiarazioni, *sub specie* di capacità “naturale” di percepire, ricordare e raccontare un fatto<sup>2</sup> –, dall'altro, alla peculiarità dello stesso testimone indiretto, che è, di regola, un “adulto coinvolto” (spesso il genitore, l'insegnante, o il professionista che ha seguito privatamente il minore).

D'altra parte, questa *species* di testimonianza *de relato* riveste fondamentale importanza nei procedimenti per i reati qui d'interesse, dato che, come la Cassazione ha più volte affermato, l'audizione degli adulti, che per primi abbiano raccolto le confidenze, o ascoltato i racconti, del minore, aiuta a capire il contesto del c.d. “disvelamento” dell'abuso, con particolare riguardo alla spontaneità o no della rivelazione e al suo carattere eventualmente “progressivo”, il che può essere determinante ai fini dell'accertamento<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Il presente lavoro è la rielaborazione, corredata da note, della relazione svolta al Convegno “*L'audizione del minore presunta vittima di abusi*”, presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca, in data 13.6.2014.

<sup>2</sup> Sull'idoneità testimoniale, e sul relativo accertamento ex art. 196 c. 2 Cpp, v. per tutti R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano 2011, 95 ss.

<sup>3</sup> Cfr., da ultimo, Cass., 18.12.2013, n. 7510, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

Onde contemperare “criticità” e “utilità” del mezzo di prova in esame, una disciplina *ad hoc* – sul piano acquisitivo o, almeno, su quello valutativo – sarebbe quantomai opportuna: invece, non solo mancano, allo stato, regole positive “dedicate”, ma la giurisprudenza tende altresì a depotenziare, in nome di una pur fondamentale esigenza di tutela del minore dalla “vittimizzazione secondaria”, le regole deputate a risolvere *sul piano generale* le criticità della testimonianza indiretta. Operazione, questa, che – in ciò anticipiamo una conclusione – non può condividersi ove finisca per tradursi non tanto nel ragionevole bilanciamento di interessi contrapposti – quello del minore a non subire un nuovo trauma e quello dell'imputato a fruire di un “giusto processo” –, quanto nell'irrimediabile sacrificio di uno di questi<sup>4</sup>. Del resto, nemmeno la più recente, ed avanzata, normativa sovranazionale di tutela della vittima, si spinge sino a “dimenticare” le garanzie dell'imputato: si pensi alle numerose clausole di salvaguardia dei «diritti della difesa» che la direttiva n. 2012/29/UE antepone alla pur capillare rete di misure protettive della vittima vulnerabile, e ciò anche se si tratti di una vittima a “doppia vulnerabilità presunta” – in ragione del tipo di reato subito e della peculiare condizione personale<sup>5</sup> – qual è, appunto, il minore “abusato”<sup>6</sup>.

2. Come è noto, fra le regole di esclusione probatoria previste dalla legge in materia di testimonianza indiretta devono distinguersi i divieti di acquisizione “a monte” della prova – *in primis* il divieto “soggettivo”, gravante *ex art.* 195 c. 4 Cpp sulla polizia giudiziaria, di deporre sulle dichiarazioni acquisite nel corso delle indagini –, dalle condizioni, necessarie ed eventuali, per l'uso dei *relata* una volta acquisiti, fra le quali ci interessa la regola, sancita dall'art. 195 c. 1 e 3 Cpp a garanzia del contraddittorio, secondo cui, allorché una parte chieda l'esame del testimone di riferimento, la dichiarazione *de auditu* è inutilizzabile ove il giudice non lo disponga, a meno che l'esame stesso «risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità».

Sotto il primo profilo – i divieti di acquisizione “a monte” – va chiarita la posizione, in ordine alla testimonianza indiretta, dell'esperto in psicologia o neuropsichiatria infantile che, nominato dal pubblico ministero, abbia assistito la polizia giudiziaria, o lo stesso pubblico mini-

<sup>4</sup> V. per tutti G. Giostra, *Profili giuridici della testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Testimoni e testimonianze deboli*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova 2006, 139 ss.

<sup>5</sup> Cfr., quanto ai parametri “presuntivi” della vulnerabilità, l'art. 2, §§ 3 e 4, della direttiva. A proposito della “vulnerabilità presunta” della vittima minorenni cfr., recentemente, F. Cassibba, *Oltre Lanzarote. La frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11.7.2014, 6.

<sup>6</sup> Cfr. in particolare, gli artt. 18, 20, 23 della direttiva – tutti recanti in apertura la clausola «fatti salvi i diritti della difesa» –, nonché i “considerando” nn. 12 – secondo cui «i diritti previsti dalla presente direttiva fanno salvi i diritti dell'autore del reato» – e 58, ove si afferma che la «portata» delle misure di tutela delle vittime vulnerabili «dovrebbe essere determinata lasciando impregiudicati i diritti della difesa...». Analoghe clausole di salvaguardia sono previste dall'art. 20 della direttiva 2011/92/UE, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

stero, nell'audizione "unilaterale" del minore a norma degli artt. 351 c. 1-ter e 362 c. 1-bis Cpp, ovvero dell'analogo esperto che abbia assistito il difensore ai sensi dell'art. 391-bis c. 5-bis Cpp<sup>7</sup>.

Nessun problema si porrebbe, invero, se l'esperto *de quo* fosse qualificabile 'ausiliario' del pubblico ministero (o del difensore) – ipotesi interpretativa certo non azzardata, vista la lettera della citate disposizioni («...si avvale dell'*ausilio*») –, e dunque incorresse nell'incompatibilità a testimoniare *ex art.* 197 lett. *d* Cpp. Tuttavia questa soluzione, che in passato trovava qualche riscontro giurisprudenziale<sup>8</sup>, è oggi nettamente

<sup>7</sup> Come è noto, le disposizioni citate nel testo sono state introdotte dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale. Nonostante il dato letterale, in ragione dell'indicativo «si avvale», deponga per l'obbligatorietà della presenza dell'esperto all'assunzione delle informazioni dal minore (fra gli altri 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.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5.11.2012, 7), parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che la relativa nomina sia discrezionale (cfr. Cass., 12.3.2013, n. 16981, in *CP* 2014, 1174 ss.; C. Santoriello, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *AP* 2013, n. 2, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)). Tra i fautori dell'obbligatorietà, vanno invece distinti quanti ritengono che l'assenza dell'esperto renda le dichiarazioni del minore inutilizzabili (C. Cesari, *Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte*, in *CP* 2014, 1183; N. Pascucci, *La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la "persona informata" minorenni*, *ivi*, 2985, nonché, con qualche diversa sfumatura, S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *DPP* 2013, 887; F. Tribisonna, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, in *DPP* 2013, 273 s.) o dia luogo a una nullità intermedia *ex art.* 178 lett. *b* o *c* (M. Daniele, *Un ulteriore restyling (incompleto) delle norme processuali*, in *LP* 2013, 72), e quanti ravvisano in detta assenza una mera irregolarità, sebbene suscettibile di rilevare sul piano valutativo, imponendo maggiore cautela nel vaglio di attendibilità delle dichiarazioni del minore (Cass., 10.12.2013, n. 3651, in *CP* 2014, 2976; S. Recchione, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni "de relato"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8.11.2013, 15 s., la quale peraltro distingue il caso in cui l'esperto sia assente all'assunzione di informazioni da parte del difensore, riconducibile alla fattispecie di inutilizzabilità "speciale" *ex art.* 391-bis c. 6 Cpp).

<sup>8</sup> Cfr., con riguardo all'esperto "spontaneamente" nominato dal pubblico ministero prima della "novella" del 2012, Cass., 26.11.2001, Er Regraui, in *CEDCass*, m. 221052, ove a sostegno dell'incompatibilità a testimoniare *ex art.* 197 lett. *d* Cpp si era condivisibilmente richiamata la *ratio* della norma, che «è quella di assicurare la genuinità e la spontaneità della fonte testimoniale per preservarla dal pericolo che colui che depone rappresenti i fatti secondo una sua elaborazione soggettiva influenzata dall'opinione che si sia fatta presenziando o contribuendo dall'interno direttamente alla formazione di uno o più atti processuali»: considerato, quindi, che l'esperto neuropsichiatra nominato dal pubblico ministero «contribuisce alla formazione di un assai rilevante atto del processo, l'assunzione a sommarie informazioni della persona offesa, e non certamente in un ruolo passivo o secondario, ma in posizione di assoluta centralità», non è «giuridicamente ammissibile che nel corso del giudizio assuma la veste di testimone quello stesso ausiliario del pubblico ministero che, nell'ambito dello stesso procedimento, abbia contribuito ad un rilevante atto d'indagine...con il compito di sollecitare il minore a raccontare i fatti e raccoglierne la deposizione, ovviamente valutandone anche l'attendibilità»; analogamente Cass., 27.3.2003, Chiappellini, in *CEDCass*, m. 225376; Cass., 16.11.2005, Lazzini, *ivi*, m. 233066.

respinta dalla Cassazione, che dà di ‘ausiliario’ una lettura restrittiva, inidonea ad includere l’esperto di cui si tratta<sup>9</sup>.

D’altro canto, la pressoché unanime dottrina qualifica il c.d. “esperto Lanzarote” come consulente tecnico, con ciò escludendone l’incompatibilità testimoniale<sup>10</sup>. Di qui il problema – in assenza di una previsione *ad hoc* – di individuarne gli eventuali limiti alla testimonianza indiretta, giacché, se l’esperto potesse indiscriminatamente deporre sulle dichiarazioni rese dal minore nel contesto degli atti *ex artt.* 351 c. 1-*ter* e 362 c. 1-*bis*, si arriverebbe all’assurdo di consentire, attraverso i *relata*, il travaso dibattimentale di un atto d’indagine<sup>11</sup>, in palese elusione, fra l’altro, del divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria *ex art.* 195 c. 4 Cpp.

Ad evitare siffatto paradosso, e la violazione che ne discenderebbe alla “regola d’oro” del processo accusatorio<sup>12</sup>, può forse invocarsi l’art. 228 c. 3 Cpp<sup>13</sup>, che consentendo «*solo ai fini dell’accertamento peritale*» l’uso delle notizie che il perito – a cui la giurisprudenza assimila il consulente tecnico<sup>14</sup> – acquisisca dalla persona offesa o da altre persone sentite «*ai fini dello svolgimento dell’incarico*», impedisce, di fatto, che dette notizie divengano oggetto di una testimonianza *de relato*<sup>15</sup>. L’estensione dell’art. 228 c. 3 Cpp al caso che ci occupa richiede però qualche “acrobazia interpretativa”, posto che all’“esperto Lanzarote” non si richiede – come la disposizione sembra invece presupporre – un accerta-

<sup>9</sup> V. Cass., 9.10.2008, Amicarelli, in *CEDCass*, m. 241426, ove, sul presupposto che ‘ausiliario’ vada inteso in senso restrittivo – quale «collaboratore intraneo all’amministrazione della giustizia» –, onde evitare deroghe arbitrarie al principio per cui chiunque può rendere testimonianza, si è escluso che detta qualifica competa all’esperto in neuropsichiatria infantile che abbia coadiuvato il pubblico ministero nell’assunzione di informazioni dal minore offeso dal reato. Negli stessi termini Cass., 7.4.2010, D.S.B., in *CEDCass*, m. 247869; Cass., 3.12.2010, C., *ivi*, m. 249406; Cass., 27.11.2012, n. 3055, *ivi*, m. 254137. Per un quadro riassuntivo delle diverse posizioni cfr. la *Rel. n. 22/13* dell’Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>10</sup> Cfr. S. Recchione, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8.3.2013, 9. F. Tribisonna, *op. cit.*, 275, nonché, con qualche diversa sfumatura, A.M. Capitta, *op. cit.*, 8; appare peculiare la posizione di C. Santoriello, *op. cit.*, 10 ss., il quale sembra ipotizzare che spetti al pubblico ministero qualificare l’esperto alla stregua di ausiliario o consulente, in tale modo condizionandone la compatibilità a testimoniare.

<sup>11</sup> O d’investigazione difensiva, quanto all’eventualità della deposizione *de relato* dell’esperto *ex art.* 391-*bis* c. 5-*bis* Cpp.

<sup>12</sup> Per tutti P. Ferrua, *Il ‘giusto processo’*<sup>3</sup>, Bologna 2012, 148.

<sup>13</sup> Per un indiretto spunto S. Recchione, *Le dichiarazioni*, cit., 16; F. Tribisonna, *op. cit.*, 276.

<sup>14</sup> *Ex plurimis*, Cass., 12.3.2013, n. 16981, in *CP* 2014, 1174; Cass., 13.1.2007, n. 2001, in *CEDCass*, m. 238849.

<sup>15</sup> Esplicitamente in questi termini Cass., 11.10.2012, n. 46717, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), ove si afferma che «il divieto dell’art. 228 comma 3 non può nemmeno essere eluso ricorrendo ad altre disposizioni quali l’art. 195 Cpp, escludendo evidentemente il divieto contenuto nella prima disposizione il ricorso alla disciplina della testimonianza *de relato* restando altrimenti frustrate le finalità che si sono intese perseguire con il divieto».



mento tecnico che sia “altro” rispetto all’assunzione di informazioni dal minore, ma proprio l’assunzione di tali informazioni (sia pure con un ruolo di mero “supporto” all’organo inquirente<sup>16</sup>). A ciò si aggiunga che, sebbene la prevalente giurisprudenza di legittimità pretenda il rigoroso rispetto del divieto *ex art.* 228 c. 3 Cpp<sup>17</sup>, non manca qualche decisione più ambigua, ove ad esempio si afferma la piena utilizzabilità probatoria delle dichiarazioni, rese dal minore davanti al perito incaricato di accertarne l’idoneità a testimoniare, “in nome” dell’esigenza di evitare al minore stesso il turbamento psichico che gli deriverebbe da un’audizione “diretta” ad opera dell’autorità giudiziaria<sup>18</sup>.

In un simile panorama, ci si chiede se non sarebbe preferibile, con riguardo al c.d. “esperto Lanzarote”, valorizzare i già richiamati dati testuali per sostenerne senza esitazioni la qualifica di “ausiliario”, e dunque la radicale incompatibilità a testimoniare.

3. Un secondo profilo critico, della testimonianza indiretta sul “narrato” di un minore che si assume abusato, nasce dalla lettura elastica data dalla giurisprudenza all’“impossibilità” di sentire il teste di riferimento, quale condizione idonea ad evitare l’inutilizzabilità dei *relata* quando, a fronte della richiesta di parte di sentire detto teste, il giudice non ne disponga l’audizione (art. 195 c. 1 e 3 Cpp)<sup>19</sup>.

Il dato normativo è assai chiaro: se la difesa lo chiede<sup>20</sup>, il giudice *deve* disporre l’audizione del teste “diretto”, pena l’inutilizzabilità delle

<sup>16</sup> Deve infatti escludersi che pubblico ministero e polizia giudiziaria possano delegare integralmente all’esperto il compimento dell’atto: cfr. S. Lorusso, *op. cit.*, 887; S. Recchione, *Le dichiarazioni*, cit., 5 s.; F. Tribisonna, *op. cit.*, 275 s.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., 11.10.2012, n. 46717, cit.; Id. I, 11.1.2012, n. 12731, in *www.iusexplorer.it*; Id., 22.12.2010, n. 4229, *ivi*; Id. III, 1.2.2006, n. 12647, *ivi*.

<sup>18</sup> Cass., 14.6.2007, Battisti, in *CEDCass*, m. 237500; v. anche Cass., 18.12.2013, n. 7510, cit., ove, pur ribadendosi che «le dichiarazioni rese da minori vittime di reati sessuali al consulente tecnico nominato dal pubblico ministero sono utilizzabili solo ai fini delle conclusioni dell’incarico di consulenza...», ma non ... quali dichiarazioni testimoniali ai fini della ricostruzione del fatto, giusta il divieto posto dall’art. 228 comma 3», si ritiene che nella specie il giudice di merito abbia «rispettato questo principio, giacché il richiamo alla c.t. è stato fatto solo *ad abundantiam*, per argomentare il giudizio di complessiva attendibilità che si è inteso attribuire al riconoscimento dell’imputato ed escludere in proposito alcun dubbio», così, di fatto, finendo per attribuire alla prova inutilizzabile un rilievo tutt’altro che secondario.

<sup>19</sup> Ci riferiamo al caso in cui il minore non sia già stato sentito nell’incidente probatorio: in questa seconda eventualità, infatti, la nuova audizione in dibattimento incorrerebbe nei limiti speciali *ex art.* 190-*bis* Cpp, da ritenersi applicabili anche quando la nuova audizione sia richiesta a norma dell’art. 195 c. 1 Cpp. Cfr., con qualche diversa sfumatura, A. Romeo, *Abusi sessuali su minori e dinamiche di acquisizione probatoria*, in *DPP* 2008, 1160.

<sup>20</sup> La giurisprudenza è pacifica nell’escludere qualunque limite alla fruibilità probatoria della dichiarazione *de relato* quando le parti non chiedano l’esame del teste di riferimento, in ciò ravvisando una sorta di rinuncia al contraddittorio, pienamente compatibile coi principi costituzionali (cfr., fra le altre, Cass., 13.11.2007, n. 2001, cit.). Resta da chiedersi se, nel caso peculiare che qui interessa, non sarebbe preferibile imporre, anziché consentire, al giudice di disporre d’ufficio l’audizione del minore: per uno spunto in questo senso C. Gabrielli, *La partecipazione dell’esperto all’au-*

dichiarazioni *de relato*, salvo che l'esame «risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità» di costui. La Cassazione, invocando l'esigenza di tutelare il minore dalla vittimizzazione secondaria, arriva però spesso ad estendere la clausola di salvaguardia ben oltre il consentito dalla *littera legis*, in termini, fra l'altro, di dubbia compatibilità costituzionale.

Ciò attraverso due percorsi alternativi: a) una prima "lettura" parte dal presupposto che la morte, l'infermità e l'irreperibilità non rappresentino i soli casi di "impossibilità oggettiva" idonei a giustificare il sacrificio del contraddittorio, ben potendosi aggiungere all'elenco, per identità di *ratio*, il caso in cui il sottostare all'esame – anche con modalità protette – possa provocare al minore un grave *stress* psicologico<sup>21</sup>. Trattasi di soluzione evidentemente non condivisibile, dato il carattere eccezionale dei limiti che l'art. 195 c. 3 Cpp consente di apporre al diritto dell'imputato, *ex art.* 111 c. 3 Cost., di confrontarsi con chi renda dichiarazioni a suo carico<sup>22</sup>.

b) Una seconda, più sofisticata, "lettura", ravvisa invece nella particolare situazione del minore "abusato", a forte rischio di vittimizzazione secondaria, una condizione di *infermità*, talvolta attraverso un'inaccettabile equivalenza "tenera età/infermità"<sup>23</sup>, talaltra qualificando 'infermità' il mero pericolo che questa si produca in conseguenza della deposizione quale fattore di intollerabile *stress* emotivo, sia pure – secondo le sentenze più "illuminate" – nel solo caso in cui il minore rischi un vero e proprio "danno" e non un semplice "disagio", e a condizione che tale rischio sia accertato da un professionista competente<sup>24</sup>. Anche questo

---

*dizione del minore come cautela facoltativa: una discutibile lettura di una disciplina ancora inadeguata*, in RIDPP 2014, 392.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., 11.1.2012, n. 12731, cit., secondo cui «pur individuando l'art. 195 Cpp, comma 3, solo tre casi di impossibilità (per morte, infermità o irreperibilità), deve escludersi che tale elenco sia tassativo e che non possano essere individuati, nella pratica, altri casi di impossibilità oggettive, analoghi a quelli elencati dal legislatore...»; Cass., 25.3.1998, Sandrelli, in GD 1998 (23), 87.

<sup>22</sup> Fra gli altri, 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, 269.

<sup>23</sup> Cass., 6.4.1999, Mandalà, in CP 1998, 2424. Tale equiparazione è fra l'altro chiaramente incompatibile con la disciplina della capacità/idoneità a testimoniare, dato che l'art. 196 c. 2 Cpp lascia intendere come nemmeno l'accertamento negativo dell'idoneità a testimoniare precluda l'assunzione della prova, che, quindi, non è certo di "impossibile" acquisizione: v. C. Angeloni, *Il silenzio del minore e la testimonianza de relato*, in CP 2007, 4764; G. Di Paolo, *L'acquisizione nel processo penale delle «dichiarazioni a contenuto testimoniale» del minorenni*, ivi 2003, 1675 s.; C. Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano 1999, 134.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., 11.6.2009, n. 30964, in CEDCass, m. 244939, secondo cui «la necessità di contemperare le due contrapposte posizioni [dell'imputato e della vittima] in un punto di equilibrio che non appaia ingiustificatamente lesivo di nessuna di esse» può consentire di «rinunziare al racconto diretto degli avvenimenti da parte della giovane vittima, ricostruendo legittimamente la vicenda storica attraverso l'apporto informativo dei testi *de relato*, allorché un professionista competente, con un motivato parere, segnali che il piccolo ha una personalità così fragile da potersi equiparare ad un'infermità oppure evidenzi la possibilità di insorgenza di danni, anche *transeunti*, alla salute del bambino, collegati alla testimonianza». V. anche Id., 18.12.2013, n. 7510, cit. In termini parzialmente più rigorosi cfr. Id., 25.9.2013, n. 39766, in DPP 2014, 978,

orientamento è secondo noi incompatibile con la lettera dell'art. 195 c. 3 Cpp, che sacrifica il diritto della difesa al contraddittorio *quando sia l'infermità ad impedire l'esame* – o quantomeno a renderlo inutile<sup>25</sup> –, non quando sia *l'esame a poter determinare un'infermità* (in un caso l'infermità “provoca” l'impossibilità di testimoniare, nell'altro la testimonianza “rischia di provocare” l'infermità): si tratta di una situazione affatto diversa, che andrebbe qualificata come “inesigibilità”, più che “impossibilità”, dell'esame. Situazione senz'altro degna di tutela, ma estranea alla lettera dell'art. 195 c. 3 Cpp, anche perché, a preservare il minore dai rischi che l'esame comporta per la sua salute psichica, sono deputati altri strumenti – *in primis* l'esame protetto –, compatibili, nella prospettiva di un adeguato bilanciamento fra interessi contrapposti, col diritto costituzionale dell'imputato al contraddittorio<sup>26</sup>.

4. Qualora si voglia accedere ad una lettura estensiva di ‘infermità’, per tale via ampliando i margini di utilizzabilità dei *relata* sulle dichiarazioni di un minore mai sentito in contraddittorio, resta da chiedersi se, quantomeno, possa individuarsi qualche limite sul piano valutativo. Non bisogna infatti dimenticare che l'esame del teste di riferimento, oltre a rappresentare una garanzia difensiva, è strumento di verifica giudiziale dell'attendibilità di una prova “debole” – la testimonianza indiretta –, a maggior ragione se “debole al quadrato” – la testimonianza indiretta sulle dichiarazioni del minore.

Nell'assenza di specifici criteri legali di valutazione, un'indicazione di particolare rigore si ricava – o forse dovremmo dire si ricavava? – dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, almeno fino al *revirement* del 2012 *in re* Al-Khawaya e Tahery c. Regno Unito<sup>27</sup>, riteneva incompatibile con le garanzie convenzionali una condanna fondata in modo «esclusivo o determinante» sulle dichiarazioni *de relato* di una persona, a cui la difesa non avesse mai potuto porre domande: ciò, quand'anche tali dichiarazioni fossero introdotte nel processo tramite l'esame in contraddittorio del testimone indiretto, e a prescindere dalle ragioni “oggettive” alla base del mancato esame, fra cui la

---

ove, sottolineando come non sia consentita un'interpretazione estensiva dell'art. 195 c. 3 Cpp, si afferma che non basta, a giustificare il diniego dell'esame dibattimentale del minore, la mera previsione che l'audizione possa produrgli una sofferenza psichica, occorrendo piuttosto accertare se sia davvero impossibile sentire il teste senza causare danni alla sua salute; v. anche Id., 12.2.2004, Cerciello Parisi, in *CEDCass*, m. 228628, la quale non si accontenta della “possibilità” che la deposizione arrechi un danno al bambino, ritenendo inutilizzabili le dichiarazioni *de relato* quando l'esame del teste diretto sia rifiutato, salvo che «l'equilibrio psichico delle minori...sia così labile da tradursi in una vera e conclamata infermità».

<sup>25</sup> È il caso, ad esempio, della c.d. amnesia patologica: cfr. C. cost. 19.1.1995, n. 20, in *GC* 1995, nonché, con specifico riguardo all'impossibilità *ex art.* 195 c. 3 Cpp di sentire un minore, siccome affetto da “amnesia retrograda”, *Cass.*, 24.6.1998, Scardaccione, in *GD* 1998 (37), 88.

<sup>26</sup> V. anche C. Cesari, *La “campana di vetro”*, cit., 269 s.

<sup>27</sup> C. eur., Gr. Ch., 15.12.2011, Al Khawaya e Tahery c. Regno Unito, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

morte, l'irreperibilità o – è il nostro caso – l'intento di proteggere il teste dal "trauma" del contraddittorio. È emblematica di tale orientamento la sentenza "P.S. c. Germania", del 2001, che ha ravvisato una violazione del diritto di difesa – e quindi dell'art. 6, par. 2, lett. *d* Cedu – nel fatto che una condanna per "abuso sessuale" si fondasse sulla testimonianza *de relato* dei genitori della vittima, e dell'agente di polizia che ne aveva unilateralmente raccolto le prime dichiarazioni, senza che la minore fosse stata mai sentita con la partecipazione della difesa, proprio allo scopo di tutelarne l'integrità psicofisica<sup>28</sup>.

Dalla citata giurisprudenza "europea" – peraltro in parte recepita, sia pure ad altri fini, dalla Cassazione<sup>29</sup> –, si poteva trarre, se non la completa inutilizzabilità della dichiarazione *de relato*, quantomeno il suo "degrado" a mero elemento suscettibile di "concorrere" a fondare un accertamento anche *aliunde* conseguito<sup>30</sup>: qualcosa di simile, in altre parole, alle nostre regole di valutazione *ex art.* 192 c. 3 e 4 Cpp<sup>31</sup>.

A partire dalla sentenza "Al-Khawaya", la Corte dei diritti umani ha però ammesso che, in circostanze particolari di oggettiva impossibilità di assumere la prova in contraddittorio – fra le quali la stessa Corte include il rischio di un "trauma" psichico in danno del dichiarante –, an-

<sup>28</sup> C. eur., 20.12.2001, P.S. c. Germania, in *www.echr.coe.int*; v. anche Id., 10.11.2005, Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi, *ivi*.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. S. U., 25.11.2010, D.F., in *CP* 2012, 858, in materia di lettura *ex art.* 512-*bis* Cpp delle dichiarazioni unilaterali del teste assente, ove si afferma che «dall'art. 6 della CEDU, per come costantemente e vincolativamente interpretato dalla Corte di Strasburgo, discende una norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto – recepita nel nostro ordinamento tramite l'ordine di esecuzione contenuto nella l. 4 agosto 1955, n. 848, art. 2 – che prescrive un criterio di valutazione della prova nel processo penale, nel senso che una sentenza di condanna non può fondarsi, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento». Per un tentativo di chiarimento cfr., ora, C. eur., Gr. Ch., 15.12.2011, Al Khawaya e Tahery c. Regno Unito, *cit.*

<sup>30</sup> Salva la difficoltà di stabilire cosa dovesse intendersi – nella prospettiva della Corte di Strasburgo – per prova "determinante" o "non determinante": cfr. P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, *cit.*, 203 s.

<sup>31</sup> Cfr. A. Balsamo - A. Lo Piparo, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo - R.E. Kosteris, Torino 2008, 352. Un esplicito richiamo all'art. 192 c. 3 Cpp si rinviene in Cass. S.U. 25.11.2010, D.F., *cit.*, ove si afferma che, nella prospettiva di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, si può fare «ricorso all'applicazione analogica dell'art. 192 Cpp, comma 3» ritenendo la «necessità di esaminare le dichiarazioni congiuntamente ad altri elementi di riscontro...anche quando l'imputato non abbia mai avuto la possibilità di interrogare il dichiarante, considerando che l'assenza del controesame abbassi fortemente il grado di attendibilità della prova, rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato. Del resto, nel quadro di una razionale e motivata valutazione delle prove, il metodo con cui è stata assunta la dichiarazione è rilevante almeno quanto la qualifica del dichiarante (che in alcuni casi, come per l'imputato di reato connesso o del testimone assistito, richiede la presenza di riscontri esterni che ne confermino l'attendibilità)». Per una critica della "traduzione" attraverso l'art. 192 c. 3 e 4 Cpp della regola europea della prova "esclusiva o determinante" cfr. G. Ubertis, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *DPP* 2010, 374 s.

che la dichiarazione di un soggetto, con cui la difesa non abbia mai potuto confrontarsi nel corso del procedimento, possa fondare in via esclusiva (o determinante) la decisione, a condizione che tale *handicap* difensivo sia bilanciato da altre – non meglio identificate, a dire il vero – garanzie procedurali<sup>32</sup>.

Parrebbe trarsene una nuova legittimazione “europea” di quegli orientamenti giurisprudenziali “nostrani”<sup>33</sup> secondo cui la testimonianza indiretta sulle dichiarazioni di un minore mai sentito in contraddittorio, purché sottoposta ad uno scrupoloso vaglio di attendibilità, potrebbe anche da sola fondare una condanna<sup>34</sup>, anche se – in verità – qualche più recente decisione della Corte dei diritti umani sembra “registrarne” una minima “marcia indietro”.

Può richiamarsi, in particolare, la sentenza “Rosin c. Estonia”, ove – pur richiamandosi *dicta* “Al-Khawaya” – si è ravvisata una violazione dell’art. 6 Cedu nel fatto che la condanna del ricorrente si fondasse in modo determinante sulle prime dichiarazioni rese agli inquirenti dal minore vittima di abuso, e ciò, nonostante la mancata audizione di costui in contraddittorio – ripetutamente tentata – fosse giustificata dal concreto rischio, certificato da un esperto, che obbligando il minore stesso a ripetere, a distanza di tempo, quanto detto nelle indagini, gli si arrecasse un significativo danno psicologico. Secondo la Corte, infatti, l’autorità procedente avrebbe dovuto cautelarsi “a monte”, dando alla difesa un’occasione di rivolgere domande al teste nella fase investigativa, quando il pregiudizio per il minore sarebbe stato più contenuto<sup>35</sup>. Quest’ultima decisione europea, “calata” nella realtà italiana, offre tra l’altro un significativo spunto, da un lato, in favore di un ampio e tempestivo ricorso all’incidente probatorio “speciale”<sup>36</sup>, dall’altro, ad includere fra i parametri, a cui ancorare la regola di esclusione *ex artt.* 195 c. 1-3 Cpp ed i relativi limiti, la *prevedibilità* dell’“impossibilità per infermità” di assumere in contraddittorio le dichiarazioni del teste di riferimento – sulla falsariga della previsione *ex art.* 512 Cpp –, quando costui sia un minore “abusato” a forte rischio di vittimizzazione secondaria<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> C. eur. Gr. Ch., 15.12.2011, Al Khawaya e Tahery c. Regno Unito, cit.; C. eur., 22.11.2012, Tseber c. Repubblica Ceca, in *www.echr.coe.int.*; C. eur., 19.2.2013, Gani c. Spagna, *ivi*.

<sup>33</sup> *Ex plurimis*, Cass., 13.11.2007, n. 2001, cit.

<sup>34</sup> Cfr. S. Recchione, *La prova dichiarativa*, cit., 21 s.

<sup>35</sup> Cfr. C. eur., 19.12.2013, Rosin c. Estonia, in *www.echr.coe.int*, ove significativamente si afferma: «*although the Court has no doubt that the judicial authorities made a genuine attempt to secure the applicant's defence rights, it appears that at the stage of the proceedings it was already too late to remedy the investigating authorities' failure to give the applicant an opportunity to put questions to the presumed victim, which would have been possible at an earlier stage of the proceedings*».

<sup>36</sup> La dottrina è ampiamente concorde nel ravvisare in tale istituto lo strumento “elettivo” – nella prospettiva di un corretto bilanciamento fra la tutela della vittima vulnerabile e quella dell’accusato – per l’audizione del minore “abusato”: *ex plurimis*, G. Giostra, *op. cit.*, 141 ss.; C. Pansini, *L’audizione del minore nel processo penale*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, Piacenza 2010, 570.

<sup>37</sup> Per quanto la lettera dell’art. 195 c. 3 Cpp, diversamente da quella dell’art. 512 Cpp, non conforti questa soluzione, l’inutilizzabilità della testimonianza indiretta

A prescindere dal contesto europeo, va ricordata quella – certamente non univoca – giurisprudenza di legittimità secondo cui la dichiarazione *de relato* sul narrato del minore rappresenterebbe un mero ‘indizio’, inidoneo, da solo, a provare la responsabilità dell’imputato<sup>38</sup>. Orientamento, a dire il vero, apprezzabile non solo nella prospettiva – più delicata – dell’uso di una dichiarazione *de relato* quando il teste di riferimento non sia mai stato sentito in contraddittorio –, ma anche in quella, già emersa in dottrina<sup>39</sup>, della valenza da attribuire alla dichiarazione indiretta quando il minore *sia stato* sentito in contraddittorio, ed abbia reso dichiarazioni significativamente divergenti da quelle “riferite” (dato il tenore testuale dell’art. 195 Cpp entrambe le dichiarazioni sono infatti utilizzabili<sup>40</sup>). Precisiamo che, comunque si voglia intendere la prova indiziaria – quale prova “indiretta”, contrapposta alla prova “diretta” in ragione del diverso oggetto (fatto principale o secondario)<sup>41</sup>, oppure quale prova “narrativa”, contrapposta alla prova “critica” in ragione della diversa “tecnica di prova” (la narrazione, o qualsiasi altro fatto diverso dalla narrazione)<sup>42</sup> – ricondurvi la testimonianza indiretta non è agevole<sup>43</sup>: considerato, però, che indizi e testimonianza indiretta sono accomunati, quantomeno, dalla pluralità di passaggi inferenziali che la relativa valutazione richiede, l’estensione al caso che qui interessa del criterio legale di valutazione *ex art. 192 c. 2 Cpp* sembra possibile per via analogica<sup>44</sup>.

---

quando l’impossibilità di sentire il teste di riferimento fosse prevedibile è già stata sostenuta, sia pure da una corrente minoritaria: cfr. C. Carini, *Le condizioni di utilizzabilità della testimonianza de relato*, in *GI* 1999, 2132; F. Falato, *L’utilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di recupero*, in *CP* 1998, 1818.

<sup>38</sup> Cass., 11.1.2012, n. 12731, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 15.7.2009, Borghese, in *CEDCass*, m. 245187; Cass., 3.5.1996, Nocchiero, in *CP* 1997, 3539; v. anche, incidentalmente, Cass. S.U., 29.11.2012, n. 20804, Aquilina e altri, in *GI* 2013, 2137; *contra*, Cass., sez. III, 29.11.2006, n. 9801, B., in *CP* 2007, 4752; Cass., 5 marzo 2004, Pulcini, in *CEDCass*, m. 229967; Cass., 7.6.2002, Dalfino, in *CP* 2004, 610.

<sup>39</sup> Cfr. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*<sup>9</sup>, Torino 2014, 236, secondo cui, in caso di esame del teste di riferimento, le dichiarazioni *de relato* sono valutabili dal giudice «alla stregua del principio del libero convincimento», ma «non possono che avere valore meramente indiziario».

<sup>40</sup> P. Ferrua, *Il ‘giusto processo’*, cit., 134.

<sup>41</sup> G. Lozzi, *op. cit.*, 208, nonché, con qualche diversa sfumatura, M. Scaparone, *Procedura penale*<sup>3</sup>, vol. I, Torino 2013, 286 ss.

<sup>42</sup> P. Ferrua, *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*<sup>3</sup>, a cura di P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher, Torino 2013, 10 ss.

<sup>43</sup> Cfr. M. Scaparone, *op. cit.*, 304, nota 33: «La testimonianza indiretta non è necessariamente una prova indiretta (nel senso di indiziaria), giacché tanto la deposizione del testimone indiretto, quanto quella del teste di riferimento possono avere ad oggetto sia un fatto principale sia un fatto secondario».

<sup>44</sup> Sottolinea la duplicità dei passaggi inferenziali P. Ferrua, *Il ‘giusto processo’*, cit., 134 s., secondo cui «il secondo passo inferenziale, che si esprime nel passaggio dal fatto materiale della dichiarazione oggetto alla verità di essa», è «ad alto rischio» e conseguentemente inidone[o] a fondare da sol[o] una sentenza di condanna; non perché vi si opponga una regola legale, ma per l’impossibilità pratica, d’ordine empirico, di motivare da solo una conclusione così temeraria».

5. Deve infine accennarsi al caso in cui del minore, le dichiarazioni del quale siano state acquisite *de relato*, sia stato, bensì, disposto l'esame in contraddittorio – nel dibattimento o nell'incidente probatorio – ottenendone, peraltro, un rifiuto di rispondere (eventualità tutt'altro che rara quando si abbia a che fare con bambini in tenera età). Tale situazione certamente non rientra nella regola di esclusione *ex art.* 195 c. 1-3 Cpp – posto che un esame è stato disposto, e il dato normativo non richiede altro per l'utilizzabilità dei *relata*<sup>45</sup> –, ma è riconducibile alla regola valutativa *ex artt.* 111 c. 4, 2° periodo, Cost. e 526 c. 1-*bis* Cpp, con conseguente inidoneità, comunque, della testimonianza indiretta a fondare una dichiarazione di colpevolezza<sup>46</sup>.

Resta però da chiedersi se, ed in che termini, possa dirsi che il minore, il quale decida di non rispondere all'esame – pur condotto con modalità protette –, lo faccia per “libera scelta”. Sotto questo profilo, lungi dal potersi ricorrere ad alcuna forma di “presunzione negativa” fondata esclusivamente sull'età, occorrerà un accertamento caso per caso<sup>47</sup>.

Va da sé che, quand'anche il silenzio del minore non possa dirsi ascrivibile ad una “libera scelta”, e la dichiarazione *de relato* non incorra quindi nei limiti valutativi *in damnosis* di cui all'art. 526 c. 1-*bis* Cpp, rimane intollerabile che tale dichiarazione possa *da sola* fondare una condanna, come pure continua ad affermare una parte della giurisprudenza<sup>48</sup>.

6. Per concludere, non può che ribadirsi come la tutela del minore e quella dell'imputato abbiano certamente pari dignità. Ad evitare, però, che per assicurare l'una si finisca per compromettere irrimediabilmente l'altra, sarebbe forse auspicabile un intervento legislativo *ad hoc* che, da un lato, meglio delinei – con specifico riguardo ai *relata* sul narrato del minore – i contorni delle regole di esclusione *ex art.* 195 Cpp e dei relativi limiti, dall'altro, introduca un apposito criterio valutativo, atto a radicalmente impedire la condanna dell'imputato in difetto di elementi

<sup>45</sup> A. Balsamo - A. Lo Piparo, *op. cit.*, 369; P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 163 ss. *Contra* G. Di Paolo, *Testimonianza indiretta*, in *DigDPen*, III agg., Torino 2005, 1697 ss., secondo la quale la testimonianza indiretta è inutilizzabile, a norma dell'art. 195 c. 3 Cpp, anche nel caso in cui il teste di riferimento, chiamato a rendere l'esame, rifiuti di rispondere.

<sup>46</sup> Fra gli altri, C. Angeloni, *op. cit.*, 1350; C. Cesari, *Testimonianza indiretta (dir. proc. pen.)*, in *ED, Annali*, II, 1, Milano 2008, 1143; P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 166 s.

<sup>47</sup> Non appare quindi condivisibile Cass., 9.3.2004, Tangari, in *CEDCass*, m. 229040, ove l'applicabilità dell'art. 526 c. 1-*bis* Cpp in un caso in cui una bambina di non ancora dieci anni, vittima di reati sessuali, aveva rifiutato di rispondere, dichiarando di avere già riferito i fatti ad altra persona, è stata esclusa sull'apodittico presupposto che «non si [possa] ritenere che il comportamento di un minore, soprattutto se inferiore ai dieci anni, sia stato determinato da una scelta libera e cosciente e da una volontà altrettanto cosciente». Cfr., in termini estremamente critici verso tale orientamento giurisprudenziale, G. Giostra, *op. cit.*, 140 s.; O. Mazza, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *GI* 2012, 479.

<sup>48</sup> Cass., 29.11.2006, n. 9801, B., cit.

“altri” rispetto ai *relata de quibus*. A questo secondo fine, come si è giustamente osservato<sup>49</sup>, dovrebbe invero bastare – in un sistema in cui la condanna richiede l'accertamento della responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio – un oculato esercizio del libero convincimento giudiziale, ma la casistica evidenza, purtroppo, l'elevato pericolo che il difetto di un criterio legale – sulla falsariga di quelli dettati dall'art. 192 c. 2-4 per elementi probatori analogamente “deboli” – offra un “lasciapassare” ad atteggiamenti di minor rigore valutativo.

---

<sup>49</sup> P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 96 ss., 135.



## La géolocalisation: une mesure à géométrie variable

par JÉRÔME BOSSAN

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Un domaine à géométrie variable. – 2.1. La matérialité et temporalité: intersection(s). – 2.2. Personnes concernées: portée étendue. – 3. Procédures à géométrie variable. – 3.1. Le choix de la géolocalisation: décision(s). – 3.2. Le dispositif technique de la géolocalisation: placement et retrait. – 3.3. Les données de la géolocalisation: collecte et exploitation.

1. L'utilisation de nouvelles technologies fait évoluer le droit de la preuve et de la phase préparatoire du procès pénal depuis plusieurs décennies comme en témoigne l'introduction des écoutes téléphoniques, de la sonorisation, de la captation de données informatiques. En France, ce phénomène trouve une nouvelle illustration dans la loi n. 2014-372 du 28.3.2014 relative à la géolocalisation, déclarée, pour l'essentiel, conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>1</sup>. Cette loi crée au sein du Code de procédure pénale un corpus de règles destiné à encadrer l'utilisation de cette technologie dans le processus pénal<sup>2</sup> empruntant, çà et là, à d'autres régimes<sup>3</sup>.

La technique de géolocalisation consiste à déterminer, en temps réel, la position d'une personne ou d'un véhicule grâce à un téléphone portable ou encore à une balise GPS «à l'insu» de la personne ou «sans l'accord du propriétaire» du véhicule ou de l'objet comme l'indique le nouvel art. 230-32 Cpp. Comme les écoutes téléphoniques avant elle, la géolocalisation avait pu être utilisée par les enquêteurs ou à l'occasion d'une instruction préparatoire sur ordre du juge d'instruction sous la forme de réquisitions judiciaires<sup>4</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme avait semblé faire preuve de mansuétude à l'égard du recours à la géolocalisation en procédure pénale dans l'arrêt *Uzun c. Allemagne* du

---

<sup>1</sup> Cons. const., déc. 25 mars 2014, n. 2014-693 DC, v. toutefois *infra* les limites à apporter à ce constat.

<sup>2</sup> L'art. 67-bis-2 du Code des douanes envisage également le recours à cette technologie dans le cadre des livraisons surveillées, renvoyant au code de procédure pénale.

<sup>3</sup> V. pour une démonstration en ce sens, J. Pradel, *Un exemple de vide législatif comblé dans l'urgence. À propos de la loi n. 2014-372 du 28 mars 2014*, JCP G. 2014, n. 14, 415.

<sup>4</sup> Cass. crim., 22 nov. 2011, n. 11-84.308: *Bull. crim.* 2011, n. 234; *Gaz. Pal.* 14 janv. 2012, n. 14, 44, note F. Fourment; *Procédures* 2012, comm. 18, obs. A-S. Chavent-Leclère.

2 9.2010<sup>5</sup> en concluant à la non-violation de l'art. 8 CEDH notamment en reconnaissant la légalité de la mesure et sa proportionnalité. Elle estimait en particulier que ce mode probatoire devait être distingué d'autres techniques comme les interceptions téléphoniques qui étaient plus attentatoires à la vie privée, car elles fournissaient plus d'informations sur «*la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet*»<sup>6</sup>.

La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans deux arrêts remarquables du 22.10.2013<sup>7</sup>, s'est montrée plus exigeante en annulant le recours à la géolocalisation en matière d'enquête et non durant l'instruction préparatoire. Concernant l'enquête judiciaire, et au visa de l'art. 8 CEDH, elle relève que «*la technique dite de "géolocalisation" constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge*» et estime que le contrôle de cette ingérence à la vie privée par le procureur de la République, magistrat certes, mais non indépendant, est insuffisant<sup>8</sup>. Cette censure de la chambre criminelle illustre, s'il en était besoin, les difficultés rencontrées par le droit français à fixer le statut de son parquet comme le montre la loi du 25 juillet 2013<sup>9</sup>.

Même si les pourvois font sur ce point l'objet d'un renvoi, l'analyse de la géolocalisation durant l'instruction préparatoire n'en est pas moins intéressante. En effet, l'art. 81 Cpp dispose en son alinéa 1 que «*le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité*». Cette base légale a permis de recourir à de nombreux actes d'investigation non expressément prévus dans le code de procédure pénale. Or, celle-ci a par deux fois vacillé sous l'effet de la Cour européenne, la première fois dans les arrêts *Kruslin* et *Huvig c. France* s'agissant des écoutes téléphoniques<sup>10</sup>,

<sup>5</sup> C. eur., 2.9.2010, *Uzun c. Allemagne*: Dr. pén. 2011, chron. 3, n. 29, obs. E. Dreyer; D. 2011, 724, note H. Matsopoulou; Rev. sc. crim. 2011, 217, obs. D. Roets.

<sup>6</sup> *Ibid.* § 52. Dans le même sens, v. égal. Cons. const., déc. 25.3.2014, n. 2014-693 DC, consid. 13.

<sup>7</sup> Cass. crim. 22.10.2013, pourvoi n. 13-81.945 et 13-81.949°: Bull. crim. n. 196 et 197; D. 2014, 115, note H. Matsopoulou; JCP G. 2013, n. 52, 1378, note F. Fourment; AJ pén. 2013, 68, note L. Ascensi; Comm. com. électr. 2013, comm. 129, obs. A. Lepage; Dr. pén. 2013, comm. 177, obs. A. Maron et M. Haas; Procédures 2013, comm. 358, obs. A.-S. Chavent-Leclère. Dans un arrêt du 14.10.2014, la Cour indique toutefois qu'il n'y a pas d'atteinte à la vie privée dans la mesure où la balise est posée sur un véhicule volé et faussement immatriculé, v. Cass. crim. 14. 0.2014, pourvois n. 12-82.391 et 14-85.056; D. Actualités 12.11.2014, obs. S. Anane.

<sup>8</sup> Pour une confirmation, v. Cass. crim. 14 janv. 2014: Bull. crim. n. 8; Procédures 2014, comm. 84, obs. A.-S. Chavent-Leclère. Dans un arrêt du 14.10.2014, la Cour indique toutefois qu'il n'y a pas d'atteinte à la vie privée dans la mesure où la balise est posée sur un véhicule volé et faussement immatriculé, v. Cass. crim. 14.10.2014, pourvois n. 12-82.391 et 14-85.056; D. Actualités 12.11.2014, obs. S. Anane.

<sup>9</sup> V. J. Bossan, *Le statut du parquet après la loi du 25 juillet 2013: entre mutations et incertitude, Mélanges en l'honneur de François Hervouët, à paraître* et G. Grécourt, «*Surveillance par géolocalisation, le parquet sous contrôle ?*»: Gaz. Pal. 27 septembre 2014 n. 270, 9.

<sup>10</sup> C. eur. 24.4.1990, *Kruslin c. France* et *Huvig c. France*: D. 1990, J, 353-359, note J. Pradel; Rev. sc. crim. 1990, 615, obs. L.-E. Pettiti, v. également R. Koering-Jou-

la seconde dans l'affaire *Vetter c. France*<sup>11</sup> relative à la sonorisation de lieux privés faute de prévisibilité de l'ingérence. En effet, en constatant un manque de précision concernant les garanties entourant la mesure, son domaine et son régime, la Cour de Strasbourg considère que la protection du droit au respect de la vie privée de la personne n'a pas été assurée. Dans l'arrêt *Uzun c. Allemagne*, la même Cour a paru adopter une position plus souple à propos du droit allemand applicable à la géolocalisation, lequel ne prévoyait qu'un texte relativement général. Elle admet que l'ingérence ne doit pas nécessairement être fondée sur un texte précis mais peut s'appuyer sur «l'interprétation judiciaire». La chambre criminelle de la Cour de cassation, quant à elle, en a jugé de même en rejetant le moyen fondé notamment sur la violation des art. 6 et 8 CEDH.

C'est dans ce contexte de fragilisation de la base légale du dispositif, d'incertitude quant au contrôle de sa mise en œuvre et de relative urgence qu'émerge la loi du 28.3.2014. Cette dernière tire les conséquences, au moins partiellement, de la censure et crée un chapitre consacré à la géolocalisation dans un titre dédié aux dispositions communes à l'enquête judiciaire et à l'instruction aux art. 230-32 et s. Ce sont douze articles qui encadrent la géolocalisation. Le dispositif frappe par sa complexité<sup>12</sup> tant le législateur a dessiné avec difficulté les contours de ce mode probatoire. La géolocalisation fait figure de prisme au travers duquel sont perceptibles les doutes et la complexité de la procédure pénale française<sup>13</sup>. L'embarras parlementaire se manifeste dans les textes qui consacrent une géolocalisation à géométrie variable, que ce soit à propos de son domaine (*infra* § 2) ou de son cadre procédural (*infra* § 3).

2. Ce traitement à géométrie variable de la géolocalisation se manifeste dans le domaine d'application de celle-ci. Le sentiment de complexité résulte du croisement de deux critères, celui de la phase procédurale concernée et de l'infraction visée (§ 2.1) alors même que le champ d'application paraît très étendu *ratione personae* (§ 2.2).

2.1. L'art. 230-32 énonce quatre cas pour lesquels le recours à la géolocalisation est possible croisant de manière plus ou moins nette, un critère temporel, la phase procédurale et un critère matériel, l'infraction

lin, «De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt *Kruslin*(\*) et de ses suites)»: *D.* 1990, chron. 187.

<sup>11</sup> C. eur. 31.5.2005, *Vetter c. France*: *Rev. pénit. dr. pén.* 133-136, obs. C. Ambroise-Castérot; *JCP* 2005, I, 159, n. 16, obs. F. Sudre; *JDI* 2006, 1140, obs. O. Bachellet et, confirmant cette décision dans le cadre des sonorisations effectuées dans les parloirs, Cour EDH 20 déce. 2005, *Wisse c. France*, req. n. 71611/01: *Procédures* 2006, comm. 141, obs. J. Buisson; *AJ pén.* 2006, 128, obs. J.-P. Céré; *JCP* 2006, I, 109, n. 8, obs. F. Sudre; *JDI* 2006, 1140, obs. O. Bachellet.

<sup>12</sup> P. Le Monnier de Gouville, *Le régime juridique de la géolocalisation: une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale*, *Gaz. Pal.* 29.7.2014, n. 210, 4; H. Vlamynck, *La géolocalisation: quelques remarques*, *AJ pén.* 2014, 328.

<sup>13</sup> Il faut noter que l'art. 230-32 al. 1 restreint l'application des opérations au territoire national. Sur la question de la géolocalisation hors du territoire, v. M. Quémener, *Analyse de la loi n. 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation L'enquête judiciaire du XXIe siècle*, *RLDI* n. 104/2014, 29.

visée. En droit français, la phase préparatoire du procès pénal est aujourd'hui relativement complexe. De manière schématique, on oppose l'enquête judiciaire et l'instruction préparatoire. L'enquête judiciaire est un cadre policier préalable à la poursuite et encadré par le procureur de la République. Deux modalités d'enquête existent : l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire. L'instruction préparatoire est, en revanche, un cadre judiciaire mis en œuvre à la suite de l'acte de poursuite et pour lequel les investigations sont placées sous la responsabilité du juge d'instruction. Or, il faut ajouter à cela les mises en état spécifiques que sont l'enquête ou l'instruction de recherche des causes de la mort, ou des causes de la disparition et celle relative à la recherche d'une personne en fuite. Si on a pu observer dans certains projets récents le souci de réunir ces différents cadres<sup>14</sup>, la loi du 28.3.2014 souligne pleinement les différences existant entre eux. Certes, aucune distinction n'est faite entre enquête de flagrance et enquête préliminaire mais les mises en état spécifiques déjà évoquées sont envisagées de manière particulière : pour celles-ci, aucune autre condition n'est fixée pour délimiter le champ d'application de la géolocalisation. L'originalité et la gravité des faits déclenchant ces formes de mise en état suffisent à justifier la possibilité de recourir à la géolocalisation.

Le croisement des critères est plus net dans les cas où la géolocalisation est utilisée dans l'enquête de flagrance, l'enquête préliminaire ou l'instruction préparatoire, cadres plus classiques de mise en état. Ici, le législateur pose un principe, celui du recours à cette technique pour tous les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans<sup>15</sup>. Il envisage également une triple exception puisque le plancher est descendu à trois ans dès lors qu'est concernée une infraction contre les personnes visée au livre II du Code pénal ou encore le recel de malfaiteur de l'article 434-6 Cp et l'évasion de l'article 434-27 Cp.

Le mélange des critères crée une certaine complexité dans la détermination du domaine de la géolocalisation. La loi du 28.3.2014 participe, ce faisant, à la diversification des procédures applicables en droit français, les techniques probatoires mobilisables n'étant pas les mêmes de l'une à l'autre. Si, positivement, il est possible de saluer une volonté réelle de ciseler un champ d'application précis afin de préserver les libertés et enserrer les atteintes à la vie privée<sup>16</sup>, le législateur contribue aussi à créer des cadres différents non sans risque de porosité entre eux. La qualification procédurale effectuée *ab initio* durant l'enquête consti-

<sup>14</sup> V. par ex. *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, La documentation française 2009*, 8 et J.-R. Lecerf et J.-P. Michel, *Procédure pénale: les clefs d'une réforme équilibrée. Rapport d'information*. Doc. Sén. n. 162 (2010-2011).

<sup>15</sup> Pour une critique de ce seuil, J. Pradel, *Un exemple de vide législatif comblé*, cit., loc. cit. Cet auteur indique que le vol simple est ainsi hors champ de la géolocalisation.

<sup>16</sup> Il convient de noter qu'un débat s'est instauré entre le gouvernement qui avait souhaité initialement étendre le recours au dispositif à toutes les infractions punies de trois ans d'emprisonnement alors que le Parlement et, notamment, le Sénat, ont souhaité limiter davantage le recours à cette technique, v. *Rapport Sén.*, Doc. Sén. n. 284, 22.

tue ainsi un enjeu procédural majeur puisqu'elle ouvre ou ferme le droit aux enquêteurs de recourir à certaines techniques probatoires. La géolocalisation n'est qu'une nouvelle illustration de cette évolution.

2.2. Comme le souligne un auteur<sup>17</sup>, l'art. 230-32 est peu prolix quand il s'agit de déterminer les personnes susceptibles de faire l'objet de la mesure. À la lumière de cet article, toute personne ou tout propriétaire de véhicule ou d'objet impliqué dans une enquête ou une instruction préparatoire même de manière assez lointaine, un proche par exemple, pourrait être concerné<sup>18</sup>. Or, seule exception à ce principe, l'art. 230-44 exclut le cas où cette personne ou ce propriétaire est la victime réelle ou prétendue. Le régime des réquisitions, utilisé auparavant pour réaliser ces opérations, est alors applicable en vertu de l'art. 230-44 al. 2<sup>19</sup>.

En dehors de ce cas, les opérations de géolocalisation peuvent viser toute personne, qu'elle soit suspecte ou non durant l'enquête, qu'elle soit mise en examen, témoin assistée ou simple témoin durant l'instruction préparatoire. Le recours à la géolocalisation se révèle ici très large faute de détermination d'un critère *ratione personae* réel.

Ainsi, le cumul de critères posé par le législateur rend difficile l'appréhension du texte. Le constat de la complexité du domaine de la géolocalisation augure d'une réelle diversité des procédures applicables, autre manifestation de la géométrie variable.

3. A diversité de domaines, diversité de régimes, pourrait-on conclure à la lecture de la loi du 28 mars 2014. C'est encore ici que se manifeste la géométrie variable, avec acuité dans la prise de décision (§ 3.1) et, sans doute un peu moins, dans la mise en œuvre technique de la mesure (§ 3.2), la collecte et l'exploitation des informations récupérées (§ 3.3).

3.1. Le régime juridique du recours à la géolocalisation est fortement lié au cadre dans lequel la mesure s'inscrit ou, plus précisément, à la détermination du responsable de la mise en état au moment où la décision est prise. Il peut alors s'agir du procureur de la République ou du juge d'instruction. L'article 230-33 Cpp inscrit la décision dans deux régimes différents.

Soit le cadre d'intervention est celui de l'enquête<sup>20</sup> et la décision ap-

<sup>17</sup> J.-P. Valat, *La loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation*, *Dr. pénal* 2014, Étude 12, n. 28.

<sup>18</sup> La solution proposée par la Circulaire N/REF 12-DP-143 du 29 oct. 2013 prise à la suite des deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation allait déjà dans ce sens, v. M. Quémener, *Circulaire sur la géolocalisation: quels enjeux?*, *D.* 2004, 1088.

<sup>19</sup> Pour une critique, v., J. Buisson, *La géolocalisation enfin prévue par une loi...*, *Procédures* 2014, ét. 10, n. 9. L'auteur souligne à juste titre que la situation de la victime peut considérablement évoluer au cours de l'enquête. S'il s'avérait qu'une victime est en réalité auteur, la légalité des données collectées pourrait être contestée.

<sup>20</sup> Ou plutôt des enquêtes, car sont ici visées les enquêtes de flagrance, enquêtes préliminaires, de recherche des causes de la mort ou de la disparition et celle relative à la recherche d'une personne en fuite.

partient au procureur de la République qui peut autoriser l'opération, celle-ci pouvant être mise en œuvre pour une durée de quinze jours consécutifs. Au-delà, le contrôle est opéré par le juge des libertés et de la détention. À l'instar de la garde à vue notamment, on observe ici que le parquet constitue chronologiquement le premier protecteur des libertés. Cependant, l'ambiguïté du statut du ministère public conduit le législateur, en raison de la gravité de la mesure, à confier le contrôle au-delà de ce délai au juge des libertés et de la détention, lequel peut autoriser la mesure sur requête du procureur de la République pour une durée d'un mois renouvelable. Le législateur fait ici une appréciation audacieuse des arrêts du 22.10.2013, car, en effet, la Cour de cassation y affirme de manière très nette que «*la technique dite de "géolocalisation" constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge*». Or, il ressort du texte que, durant les quinze premiers jours, aucun contrôle n'est exercé par un juge, mais par un magistrat du parquet comme le révèle l'art. 230-37 Cpp. Il faut alors, semble-t-il, ajouter au critère de la nature de la mesure, un autre, d'ordre temporel, pour évaluer la gravité de celle-ci. Cela ne ressort toutefois pas de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>21</sup>. En revanche, la Cour européenne dans l'arrêt *Uzun c. Allemagne* soulignait bien l'importance de ce facteur pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence<sup>22</sup>. Le Conseil constitutionnel, saisi par la voie du contrôle *a priori* de la loi, délivre, lui, sur ce point, un *satisfecit*, indiquant notamment que les atteintes à la vie privées résultant de la géolocalisation sont «*placées sous l'autorisation et le contrôle de l'autorité judiciaire [...] et ne revêtent pas un caractère disproportionné au regard de la gravité et de la complexité des infractions commises; que, par ces dispositions, le législateur n'a pas opéré entre les droits et libertés en cause une conciliation déséquilibrée*». Ce faisant, le Conseil constitutionnel confond autorisation et contrôle, parquet et siège de manière quelque peu critiquable, mais relativement constante<sup>23</sup>.

Soit le cadre est celui de l'instruction préparatoire ou de l'information pour recherche des causes de mort ou de disparition et l'autorité chargée de l'autorisation et du contrôle est unique: il s'agit du juge d'instruction. La durée de l'autorisation – quatre mois renouvelables – témoigne de la moindre difficulté posée par de telles mesures lorsque le maître d'œuvre n'est plus le parquet, mais le juge d'instruction.

<sup>21</sup> V. références citées notes 7 et 8.

<sup>22</sup> C. eur., 2.9.2010, *Uzun c. Allemagne*, § 80.

<sup>23</sup> V. dans le sens de l'unité de l'autorité judiciaire Cons. const. 11.8.1993, déc. n. 93-326 DC; *Rec. Cons. const.* 217-223; *RFD const.* 1993, 848, note T. Renoux; Cons. const. 2.3.2004, déc. 2004-492 DC, *JCP G.* 2004, II, 10048, note J.-C. Zarka; *D.* 2004, 956, note M. Dobkine; *Rev. sc. crim.* 2004, 725, obs. Ch. Lazerges; *Rev. sc. crim.* 2005, 122, obs. V. Bück mais dans le sens de l'admission d'une distinction à opérer pour la préservation des droits et libertés individuelles, Cons. const. 11.8.1993, déc. n. 93-326 DC, *Rec. Cons. const.* 217-223, Cons. const. 2.2.1995, déc. n. 95-360 DC, *D.* 1995, chron., 171, note J. Pradel; *D.* 1995, chron., 201, note J. Volff, *RFD const.* 1995, 405, obs. T. Renoux, Cons. const. 16.7.1996, déc. n. 96-377 DC, *D.* 1997, J., 69-73, note B. Mercuzot; *D.* 1998, S.C., 147, obs. T. Renoux.

Toutefois, l'art. 230-35 envisage, parallèlement à la voie ordinaire, une voie expresse. Si, comme le prévoit l'article précité, l'urgence tenant au risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou biens peut être caractérisée, la mesure peut être prescrite par un officier de police judiciaire qui doit immédiatement prévenir le procureur de la République ou le juge d'instruction – selon que l'on se situe dans une enquête ou une instruction préparatoire – lesquels ont alors 24h pour prescrire la mesure ou ordonner sa main levée<sup>24</sup>. Des dispositions plus protectrices sont prévues dans cette procédure provisoire s'agissant de la mise en place technique du dispositif<sup>25</sup>.

Un rapprochement peut être opéré malgré la diversité des cadres si l'on observe la décision de recourir à la géolocalisation. S'agissant de la motivation de celle-ci, dans tous les cas, doivent être caractérisées «*les nécessités*» de l'enquête ou de l'instruction<sup>26</sup>. Le critère, en apparence exigeant<sup>27</sup>, pourrait en réalité s'avérer peu déterminant, car ce standard permet, en pratique, d'autoriser très largement cette mesure<sup>28</sup> et limite considérablement la possibilité d'un contrôle. Le législateur a en réalité introduit une exigence de proportionnalité qui devra être précisée à la lumière de la jurisprudence<sup>29</sup>. Enfin, la formalisation de la décision d'autorisation ou de prolongement est importante puisque, sauf exception<sup>30</sup>, celle-ci doit être écrite<sup>31</sup>. On notera que l'absence de recours autre qu'une éventuelle requête en nullité limite considérablement le contrôle de la mesure<sup>32</sup>. Le contentieux est sans doute loin d'être tari. Il pourrait aussi résulter de la mise en œuvre technique du dispositif.

3.2. Le rapprochement des procédures est plus net lorsqu'on observe la mise en œuvre de la géolocalisation. La police judiciaire joue ici un rôle important quel que soit le cadre puisque, comme l'indique le dernier alinéa de l'article 230-32, la mise en place, comme le retrait, relève de la responsabilité de l'officier de police judiciaire qui doit le faire lui-même, ou par l'agent de police judiciaire, mais sous sa responsabilité ou encore par réquisitions<sup>33</sup>. De même, il revient à l'officier de police

<sup>24</sup> L'absence de contrôle conduit à mettre fin à la mesure. Un auteur a fait remarquer que la dualité existant entre la procédure sans introduction dans un lieu d'habitation et celle avec une telle introduction conduisait à séparer «deux géolocalisations d'urgence», J. Buisson, *La géolocalisation enfin prévue par une loi*, cit., n. 19.

<sup>25</sup> V. *infra*.

<sup>26</sup> Art. 230-32.

<sup>27</sup> J. Pradel, *Un exemple de vide législatif*, cit., loc. cit.

<sup>28</sup> Sur la notion, v. J. Bossan, *L'intérêt général dans le procès pénal*: thèse, Poiniers, 2007, n. 156.

<sup>29</sup> J.-P. Valat, *La loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation*, cit., n. 28.

<sup>30</sup> Art. 230-35 du Cpp lorsque la décision est prise par l'OPJ en cas d'urgence constatée, la décision n'a pas à être écrite puisque l'art. 230-35 évoque la possibilité d'un accord du magistrat requis «*par tout moyen*».

<sup>31</sup> Art. 230-33 du Cpp *in fine*.

<sup>32</sup> P. Le Monnier de Gouville, *Le régime juridique de la géolocalisation: une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale*, cit., loc. cit.

<sup>33</sup> Il convient de noter deux cas particuliers. Le premier, évoqué à l'art. 230-36 de la réquisition, concerne l'agent qualifié d'un service, d'une unité ou d'un organisme

judiciaire ou à l'agent de police judiciaire placé sous sa responsabilité, de rédiger les procès-verbaux permettant la constatation des mesures techniques adoptées<sup>34</sup>.

Parmi les difficultés matérielles, la mise en place du dispositif nécessaire au suivi en temps réel est particulièrement marquante tant elle révèle, là encore, la géométrie variable de la mesure. Il faut en effet apprécier la réalité de la double atteinte à la vie privée à laquelle peut conduire la géolocalisation. En effet, outre l'identification des déplacements consécutive à l'opération, le placement du dispositif technique nécessaire à cette dernière peut aussi troubler l'intimité. Très concrètement, le placement ou le retrait du moyen technique nécessite parfois la pénétration dans des lieux privés. Or, l'article 230-34 distingue quatre catégories de lieux privés créant ainsi une forme de hiérarchie des lieux à protéger au regard de l'intimité.

Une première catégorie regroupe «*les lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel, ou dans un véhicule situé sur la voie publique*». En ce cas, l'opération de mise en place ou de retrait doit être acceptée par l'autorité chargée de la décision, *i. e.* le procureur de la République ou le juge d'instruction selon les cas, sans consentement ni même connaissance de l'opération par les personnes titulaires d'un droit à l'égard du lieu privé. En outre cette opération peut être effectuée à toute heure du jour ou de la nuit. Par contraste avec cette première catégorie, le législateur évoque d'«*autres*» lieux privés qui constituent une catégorie hétérogène (du domicile au local professionnel) n'obéissant pas à un régime unique. La gradation de la protection est alors dépendante de la nature de ce lieu, la protection étant plus forte s'il s'agit d'un lieu d'habitation.

La deuxième catégorie est composée des «*autres*» lieux privés qui ne sont pas des lieux d'habitation. En ce cas, l'opération technique, toujours sur autorisation du magistrat compétent, est possible quelle que soit la gravité de l'infraction quand elle s'inscrit dans une procédure d'enquête ou d'instruction de recherche des causes de la mort ou de la disparition ou dans une procédure de recherche d'une personne en fuite. En revanche, dans les autres cas mentionnés à l'article 230-32, cette possibilité est restreinte au cas où l'enquête ou l'instruction concernent à un crime ou à un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

La troisième catégorie est celle des lieux d'habitation, pour lesquels une protection renforcée est classiquement accordée<sup>35</sup>. Celle-ci se traduit dans la détermination de l'autorité chargée d'accorder l'immixtion. La mise en place ou le retrait doivent ainsi être effectués avec l'accord

---

placé sous l'autorité du ministre de l'intérieur (ex. agent du GIGN, agent du RAID), v. art. D. 15-1-7 du CPP issu du décret n. 2014-82 21.7.2014, pour un commentaire, J. Buisson, *Missions du service interministériel d'assistance technique, Procédures* 2014, comm. n. 227. Le second est celui de la personne sans rapport avec le service ayant contribué au placement du dispositif technique et susceptible de voir son identité cachée, v. *infra*.

<sup>34</sup> Art. 230-38.

<sup>35</sup> V. notamment en matière de perquisition, art. 56 et s. Cpp.



du juge des libertés et de la détention saisi par le procureur de la République si elle intervient durant une enquête. Durant l'instruction, l'intrusion s'effectuant entre 6 heures et 21 heures<sup>36</sup> reste autorisée par le juge d'instruction. En revanche, celle réalisée en dehors de ces horaires doit faire l'objet d'une autorisation par le juge des libertés et de la détention saisi, cette fois, par le juge d'instruction.

Enfin, la dernière catégorie regroupe tous les lieux pour lesquels la perquisition est interdite en vertu des articles 56-1 à 56-4<sup>37</sup> et ceux pour lesquels les écoutes téléphoniques ne peuvent être réalisées au regard de l'art. 100-7<sup>38</sup>.

Il faut enfin ajouter que la mise en place du dispositif obéit à des règles spécifiques évoquées à l'article 230-35 lorsque la procédure rapide<sup>39</sup> est mise en œuvre. Dans ce cas, quand il est nécessaire de pénétrer dans un lieu privé, les autorités habilitées à accorder cette immixtion doivent être informées immédiatement et peuvent ordonner la mainlevée de la géolocalisation<sup>40</sup>. Le contrôle s'effectue donc *a posteriori*. Tel n'est pas le cas et l'autorisation préalable doit être délivrée *a priori* lorsque le lieu concerné est un lieu d'habitation. Le placement doit en effet être consenti *a priori* par un juge des libertés et de la détention si le cadre juridique est celui de l'enquête et par un juge d'instruction ou un juge des libertés et de la détention lors d'une instruction préparatoire selon, là encore, que l'opération est effectuée de jour ou de nuit.

3.3. La collecte des renseignements et son exploitation sont encore strictement bordées. Elles révèlent moins la diversité: on assiste ainsi à une relative unification du régime à cette étape de la procédure. Les enregistrements bruts sont placés sous scellés fermés<sup>41</sup> et seront détruits sous le contrôle du parquet, dès lors que les infractions sous-tendant la mesure se trouvent prescrites<sup>42</sup>. L'exploitation des données se fait au travers du procès-verbal dans lequel l'officier de police judiciaire, ou éventuellement l'agent, indiquera les données pertinentes au regard de l'affaire. Il faut en effet considérer que seules les données enregistrées utiles

<sup>36</sup> Horaires calqués sur ceux de la perquisition, v. art. 59 Cpp.

<sup>37</sup> Il s'agit du cabinet d'un avocat ou son domicile, des locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats (art. 56-1 du Cpp), des locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne, d'une agence de presse, des véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou du domicile d'un journaliste (56-2 Cpp), du cabinet d'un médecin, de l'étude d'un notaire ou d'un huissier (56-3), des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale (56-4).

<sup>38</sup> Les lieux visés sont le bureau ou le domicile d'un parlementaire ou d'un magistrat.

<sup>39</sup> V. *supra*.

<sup>40</sup> L'art. 230-35 al. 1 conduit à confondre les autorités chargées d'autoriser la mesure et celles chargées d'autoriser la mise en place du dispositif.

<sup>41</sup> Art. 230-38 al. 2, le dispositif paraît ici se rapprocher de celui des écoutes téléphoniques, v. art. 100-4 Cpp.

<sup>42</sup> Art. 240-43.

à l'enquête ou à l'instruction doivent être consignées<sup>43</sup>. Pourtant, une exploitation incidente des données n'est pas exclue. L'article 230-37 al. 2 prévoit en effet que l'exploitation des données révélant des faits hors saisine initiale n'est pas une cause de nullité des procédures incidentes.

Le législateur s'est heurté au fait que l'exploitation des données peut parfois permettre de déterminer l'identité de la personne ayant contribué à placer le dispositif. C'est la raison pour laquelle une forme d'anonymisation est envisagée lorsque sont concernées des infractions relevant de la criminalité ou de la délinquance organisée<sup>44</sup>. Uniquement dans le cadre de l'instruction, quand *«la connaissance de ces informations est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique d'une personne, des membres de sa famille ou de ses proches et qu'elle n'est ni utile à la manifestation de la vérité, ni indispensable à l'exercice des droits de la défense»*, le juge des libertés et de la détention saisi par requête motivée du juge d'instruction peut décider que soient cachées les données permettant de déterminer le moment ou le lieu de l'installation ou du retrait du dispositif ou toute donnée permettant d'identifier la personne ayant participé à l'installation ou au retrait de ce dispositif. En ce cas, un dossier distinct est constitué. Afin de protéger les droits de la défense, la limitation de l'exploitation de la géolocalisation a été envisagée à l'article 230-42. Or, si le législateur avait considéré que la condamnation ne pouvait intervenir sur le *seul* fondement des données ainsi cachées, le Conseil constitutionnel, se fondant sur le respect des droits de la défense, a estimé que toutes ces données ne peuvent constituer un quelconque fondement à la condamnation dans la mesure où elles n'ont pas pu être discutées au cours d'un débat<sup>45</sup>. Le prononcé de l'inconstitutionnalité ne saurait étonner tant il est vrai que l'absence de communication des données constitue une négation des droits de la défense. C'est donc à tort que le législateur avait pu faire un parallèle sur ce point entre la géolocalisation et le témoignage anonyme pour lequel l'article 706-62 prévoit qu'*«aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations recueillies»* de manière anonyme<sup>46</sup>.

Mesurant les difficultés posées par cet anonymat, le législateur a introduit un recours spécifique dans les dix jours suivant la connaissance des opérations de géolocalisation. Ce dernier, ouvert exclusivement à la personne mise en examen ou au témoin assisté, permet de contester la régularité de la mesure, l'absence de réunion des conditions permettant de conserver l'anonymat ou encore le fait que la révélation des données se révèle être indispensable au regard des droits de la dé-

<sup>43</sup> Art. 230-39.

<sup>44</sup> Art. 706-73 et s.

<sup>45</sup> En ce cas, les éléments doivent être retirés du dossier avant saisine de la juridiction. Il en va autrement lorsque, à la suite d'un recours, les données ont été versées au dossier, v. *infra*.

<sup>46</sup> La différence tient essentiellement au fait que s'il est vrai que l'identité est cachée dans les deux cas, le témoignage peut faire l'objet d'une discussion alors que le dispositif prévu initialement par la loi empêchait tout débat autour des données écartées du dossier principal.

fense. Dans ces différents cas, l'opération est déclarée nulle par le président de la chambre de l'instruction sauf à ce que le danger soit déclaré inexistant ou ait disparu auquel cas les données cachées peuvent être versées au dossier<sup>47</sup>. En toute hypothèse, le président de la chambre de l'instruction doit statuer en motivant sa décision, cette dernière n'étant pas susceptible de recours.

Ce recours a particulièrement attiré l'attention du Conseil constitutionnel qui a posé deux réserves d'interprétation. D'une part, au nom d'une protection concrète des droits de la défense, le point de départ du délai a été précisé. Ainsi, les dix jours évoqués par le texte doivent être comptabilisés à partir du moment où la décision a été «*formellement portée à la connaissance de la personne mise en examen ou du témoin assisté*»<sup>48</sup>. D'autre part, toujours au nom de la protection des droits de la défense, la compétence du président de la chambre de l'instruction reconnue à l'article 230-41 ne doit pas conduire à faire obstacle au contrôle exercé par la chambre de l'instruction saisie aux fins d'annulation de la décision de recourir à l'opération de géolocalisation ou des mesures de mise en place du dispositif technique.

En conclusion, la loi du 28.3.2014 montre, une fois de plus, combien le souci du législateur de parvenir à concilier respect des droits et des libertés d'un côté et répression et manifestation de la vérité de l'autre rend le dispositif difficilement lisible. Les frontières entre droit commun procédural et droits dérogatoires sont brouillées comme celles entre les différents cadres de la mise en état. En somme, pour le législateur français et en procédure pénale, de la géométrie variable à la quadrature du cercle, il n'y a qu'un pas.

#### Revue citées dans le texte:

<i>AJ pén.:</i>	Actualité juridique pénal
<i>Bull. crim.:</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
<i>Comm. com. électr.:</i>	Communication commerce électronique
<i>D.:</i>	Recueil Dalloz
<i>doc. Sén.:</i>	Documents du Sénat
<i>Dr. pén.:</i>	Droit pénal
<i>Gaz. Pal.:</i>	Gazette du Palais
<i>JDI:</i>	Journal de droit international
<i>JCP G.:</i>	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
<i>Rev. pénit. dr. pén.:</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>Rec. Cons. Const.:</i>	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
<i>RFD const.:</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RLDI:</i>	Revue Lamy Droit de l'immatériel
<i>RS crim.:</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

<sup>47</sup> Peuvent l'être aussi la requête et le procès-verbal se trouvant dans le dossier distinct.

<sup>48</sup> Cons. const., déc. 25.3.2014, n. 2014-693 DC, consid. 23.



## Hanno collaborato a questo fascicolo

JÉRÔME BOSSAN

*Maître de conférences, Université de Poitiers*

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

*Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Pisa*

MITJA GIALUZ

*Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università di Trieste*

STEFANO TOVANI

*Avvocato in Pisa*

BARBARA LAVARINI

*Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università di Torino*





