





1
2011

***rassegna
penitenziaria
e criminologica***

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

FRANCO IONTA

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE

GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE

SALVATORE ALEO, GIUSEPPE AMATO, RENATO BREDA,
SANTI CONSOLO, FRANCO DELLA CASA, GIUSEPPE DI GENNARO,
FRANCESCO SAVERIO FORTUNA, FRANCESCO PAOLO GIORDANO,
GIUSEPPE LA GRECA, LUIGIA MARIOTTI CULLA,
MASSIMO PAVARINI, EMILIO SANTORO, ERNESTO SAVONA,
RICCARDO TURRINI VITA

COMITATO DI GARANZIA

AUGUSTO BALLONI, LUIGI CANCRINI, ADOLFO CERETTI,
SALVATORE CIRIGNOTTA, FRANCESCO DE FAZIO, EMILIO DOLCINI,
LUCIANO EUSEBI, VITTORIO GREVI, MARCELLO MARINARI,
TULLIO PADOVANI, GIOVANNI TAMBURINO, GIOVANNI TINEBRA

REDATTORE CAPO

FEDERICO FALZONE

REDAZIONE

LAURA CESARIS, DANIELE DE MAGGIO,
LUCIA MARZO, GRAZIANO PUJIA



SOMMARIO

DOTTRINA E DIBATTITI

GIUSEPPE AMATO

*La Procura della Repubblica: il ruolo del procuratore
e i rapporti con i sostituti* pag. 5

ANNAMARIA ROMANO

Il conflitto e la mediazione..... » 47

SIMONA TIGANO

*Lo stalking nel sistema penale italiano
e i profili comparatistici*..... » 65

SALVATORE ALEO

*Imputabilità penale e cromosoma dell'aggressività.
A proposito di una sentenza* » 119

GIURISPRUDENZA

CHIARA SANTINELLI

*L'indicazione obbligatoria del domicilio da parte del
condannato non detenuto: le sezioni unite si allineano
alla rigorosa scelta del legislatore* » 129

FRANCESCO PICOZZI

*L'autorizzazione ai colloqui durante le indagini
preliminari: natura del provvedimento e autorità
competente*..... » 147

LAURA CESARIS

Giurisprudenza internazionale..... » 155

RECENSIONI

*Salvatore Aleo, Diritto Penale. Parte Generale,
2° edizione, Cedam, 2010
Commento di Giuseppe di Gennaro* » 161



LA PROCURA DELLA REPUBBLICA: IL RUOLO DEL PROCURATORE E I RAPPORTI CON I SOSTITUTI

GIUSEPPE AMATO*

Una recente delibera adottata il 21 settembre 2011 dal Consiglio superiore della magistratura ha fatto tornare di attualità la disciplina organizzativa dell'ufficio del pubblico ministero, in particolare i rapporti ordinamentali che vengono ad essere prefigurati tra il procuratore della Repubblica e i sostituti addetti all'ufficio. Si coglie l'occasione per una rilettura del sistema normativo, primario e secondario, di tale rilievo, anche nell'ottica del perseguimento dei principi del "corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale" e del "giusto processo", da meritare una trattazione anche su questa Rivista, pur non trattandosi di problematica squisitamente penitenziaria.

1. Il quadro normativo

La legge delega 25 luglio 2005, n. 150, sulla riforma dell'ordinamento giudiziario, ha cambiato radicalmente l'assetto dell'ufficio del pubblico ministero, accentuando i profili di dipendenza gerarchica del sostituto rispetto al capo dell'ufficio¹, facendo di quest'ultimo il titolare pieno del potere di organizzazione dell'ufficio e ritagliando, nel contempo, per il Consiglio superiore della magistratura (CSM) spazi di intervento marginali. Spazi che, peraltro, come si vedrà, l'organo di autogoverno della magistratura ha bene interpretato con la dazione di direttive di

* Procuratore della Repubblica di Pinerolo.

¹ Non sembra dubitabile che si debba parlare di "gerarchia" in un sistema che vede, da un lato, l'espressa previsione della titolarità esclusiva dell'esercizio dell'azione penale in capo al procuratore e, dall'altro, pur in caso di "assegnazione" del fascicolo al sostituto, la facoltà per il procuratore di revocare l'assegnazione, pur se motivamente e in presenza di determinate condizioni (cfr. articoli 1, comma 1, e 2, commi 1 e 2, del decreto legislativo 20 febbraio 2006 n. 106). Sul punto v. comunque amplius infra nel testo.

principio (definite “linee guida” non vincolanti)², utili per guidare gli spazi di inevitabile discrezionale autonomia del dirigente in punto di organizzazione e rilevanti, del resto, per apprezzare la professionalità dello stesso dirigente – unitamente ai risultati concreti ottenuti dall’ufficio – in occasione della progressione in carriera, della conferma del dirigente e/o del nuovo incarico direttivo cui questi in futuro aspirasse. Va detto a chiare lettere che, laddove il CSM avesse inteso dettare disposizioni prescrittive e vincolanti, avrebbe senz’altro violato la disciplina primaria di settore, che attribuisce al procuratore il potere-dovere di organizzare l’ufficio. L’impostazione consiliare è invece senz’altro corretta, perché, come si vedrà, si iscrive coerentemente nel sistema normativo, che interpreta valorizzando i principi costituzionali in materia di organizzazione dell’ufficio del pubblico ministero, di imparzialità, trasparenza e buon andamento dell’amministrazione, di corretto e puntuale esercizio dell’azione penale e di giusto processo, dai quali appunto vengono le “linee guida”, che, pur non vincolanti, consentono anche di perseguire – sperabilmente – l’obiettivo della “omogeneizzazione”, onde evitare che ogni ufficio di procura si regga sulla base di regole sempre diverse e senza un minimo di coerenza almeno nelle scelte organizzative di fondo.

Il decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106 ha, ovviamente, “attuato” coerentemente il disposto di delega e, nella medesima direzione, ci si è mossi sostanzialmente anche con l’intervento correttivo di modifica realizzato con la legge 24 ottobre 2006, n. 269, pur ispirato al professato intento di “stemperare” l’eccessivo vincolo gerarchico contenuto nel testo originario del decreto legislativo n. 106 del 2006.

² V. le fondamentali risoluzioni in tema di organizzazione degli uffici del pubblico ministero in data 12 luglio 2007 e 21 luglio 2009. V., ancora, nella identica prospettiva, la risoluzione del CSM in data 7 luglio 2010, in tema di organizzazione delle Procure minorili, dove l’impostazione generale seguita per le procure ordinarie è ribadita, pur con gli aggiustamenti derivanti dalla peculiarità della magistratura minorile. Ma illuminanti sono, altresì, le considerazioni sviluppate dal CSM nella circolare in data 17 novembre 2010, dedicata alla organizzazione delle direzioni distrettuali antimafia, dove l’organo di autogoverno, pur ritenendo di doversi riservare un “potere di verifica specifico più sensibile nei riguardi dei provvedimenti costitutivi e variativi delle DDA”, ha così previsto un vaglio “articolato”, in presenza di possibili rilievi critici [il CSM delibera sulla conformità dei decreti organizzativi, ma può adottare, in via interlocutoria, “atti di indirizzo” diretti a sollecitare una nuova determinazione del Procuratore distrettuale], ma ha ritenuto di dover lasciare libero il Procuratore distrettuale di adeguarsi o meno alle indicazioni prospettate, ferma restando tuttavia la sola valutabilità da parte del CSM del suo complessivo operato gestionale nei momenti e con i modi prescritti per le periodiche o occasionali valutazioni soggettive di professionalità.

E' quindi al decreto legislativo n. 106 del 2006, nel testo come da ultimo modificato con la legge n. 269 del 2006, che bisogna avere principalmente riguardo per ricostruire la disciplina ordinamentale del magistrato del pubblico ministero, dovendosi distinguere, in proposito, tra le attribuzioni del procuratore della Repubblica attinenti il "profilo organizzativo dell'ufficio" e quelle concernenti l'"esercizio dell'azione penale" e le attività ad esso correlate, nel cui ambito è dettagliato il rapporto che si instaura tra il procuratore della Repubblica e i sostituti addetti all'ufficio.

2. I poteri organizzativi del Procuratore della Repubblica

Al primo profilo, quello tipicamente organizzativo, è dedicato principalmente l'articolo 1 del decreto legislativo n. 106 del 2006, descrittivo delle attribuzioni del procuratore della Repubblica.

Di immediato rilievo è il disposto dei commi 6 e 7.

Il comma 6 dettaglia i poteri organizzativi attribuiti al procuratore della Repubblica: a) quello di determinare i criteri di organizzazione dell'ufficio; b) quello di fissare i criteri di assegnazione dei procedimenti ai magistrati addetti all'ufficio, con l'eventuale individuazione di settori di affari da assegnare ad un gruppo di magistrati al cui coordinamento sia preposto un procuratore aggiunto o un magistrato dell'ufficio; c) quello di individuare le tipologie di reati per i quali i meccanismi di assegnazione del procedimento siano di natura automatica. Si tratta del progetto organizzativo, che il procuratore deve redigere per la complessiva disciplina dell'attività dell'ufficio.

Il comma 7 prevede che i provvedimenti con cui il procuratore adotta o modifica i criteri suddetti debbano essere "trasmessi" al CSM.

Ma, prima ancora, immediato rilievo ha il disposto del comma 2 dello stesso articolo 1, laddove sono indicate le finalità di ordine generale che il procuratore deve perseguire anche nel momento dell'organizzazione [non foss'altro perché l'apparato organizzativo condiziona l'effettività e l'efficienza dell'attività dell'ufficio]: il procuratore deve assicurare "il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale" e "il rispetto delle norme sul giusto processo" da parte del suo ufficio.

Queste finalità hanno importanza anche per apprezzare nella giusta luce l'altra indicazione normativa che si riferisce al momento dell'organizzazione dell'ufficio.

Si tratta dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 106 del 2006, la

cui rubrica recita: “impiego della polizia giudiziaria, delle risorse finanziarie e tecnologiche”, che attesta delle importanti competenze del procuratore anche in materia economica e di gestione delle risorse, quali ulteriori momenti significanti e qualificanti l’organizzazione dell’ufficio. Secondo tale disposizione, per assicurare l’efficienza dell’attività dell’ufficio, il procuratore della Repubblica può determinare i criteri generali ai quali i magistrati addetti all’ufficio devono attenersi – anche per l’impostazione delle indagini – nell’impiego della polizia giudiziaria, nell’uso delle risorse tecnologiche assegnate e nella utilizzazione delle risorse finanziarie delle quali l’ufficio può disporre.

La finalità della previsione è – in tutta evidenza – quella di assicurare “l’efficienza” dell’attività dell’ufficio. Peraltro, dalla lettura complessiva della norma emerge che particolare attenzione deve porsi (anche) alle esigenze del “risparmio”. Nella prospettiva del legislatore si vorrebbe, infatti, in tutta evidenza, che il capo dell’ufficio, nell’organizzazione della procura, adottasse criteri per un sapiente (nel senso di parsimonioso) uso delle risorse finanziarie e ciò con specifico riguardo alle intercettazioni, alle consulenze, all’impiego della polizia giudiziaria: che questa sia la finalità lo si ricava, in maniera sufficientemente chiara, dalla relazione di accompagnamento al decreto, laddove non ci si preoccupa tanto dei protocolli investigativi, quanto piuttosto dell’esigenza di evitare il ricorso a metodiche dispendiose (significativo, in tal senso, è l’accenno alla previsione di “soglie minime di valore” per l’affidamento di incarichi di consulenza, ed altrettanto significativo è quello al ricorso all’utilizzo della documentazione del traffico telefonico, piuttosto che allo strumento dell’intercettazione telefonica, per i reati commessi a mezzo del telefono).

E’ da ritenere, peraltro, che la norma, pur dettata per soddisfare finalità organizzative e di bilancio, non possa essere interpretata (ed applicata) in termini tali da determinare ricadute sull’attività (principalmente investigativa) dell’ufficio di procura, pena un inevitabile rischio di condizionamento delle concrete modalità di soddisfazione degli obblighi costituzionali (quello del giusto processo di cui all’articolo 111 e quello dell’obbligatorietà dell’azione penale dettato dall’articolo 112).

In questa prospettiva, la previsione normativa *de qua* va correttamente intesa solo come richiamo – in occasione delle determinazioni del magistrato del pubblico ministero – ad una particolare attenzione all’effettiva utilità dello strumento investigativo ed alla scelta della metodica più conveniente sotto il profilo dei costi (economici) e degli (sperabili) vantaggi

(investigativi). La legittimità di tale interpretazione, come anticipato, la si può trovare richiamando le finalità di ordine generale che il procuratore deve sempre perseguire. La soddisfazione dei principi del giusto processo e del corretto esercizio dell'azione penale, evocati espressamente nell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo, n. 106 del 2006 [e, a monte, ovviamente, dai ricordati articoli 111 e 112 della Costituzione] deve essere il parametro di riferimento anche di tali scelte organizzative.

3. I rapporti con il CSM

Per cogliere gli importanti spazi di autonomia organizzativa attribuita al dirigente è sufficiente porre attenzione ai rapporti che si instaurano con il CSM.

La mera "trasmissione" del progetto organizzativo significa che il CSM non può, né deve, "approvare" lo schema organizzativo dell'ufficio del pubblico ministero, a differenza di quanto era in precedenza previsto, con rigorose scansioni procedurali, nelle circolari adottate dallo stesso CSM sulla formazione delle tabelle degli uffici giudiziari³.

Nel nuovo sistema, in sostanza, il procuratore è il titolare esclusivo del potere di organizzazione dell'ufficio (che deve esercitare avendo come parametro di riferimento la finalità di assicurare il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale e il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio: cfr. articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006).

Non è prevista una formale approvazione da parte del CSM, né un ruolo consultivo del consiglio giudiziario, come invece previsto per le tabelle degli uffici giudicanti.

Ciò non vuol dire che il procuratore della Repubblica è *legibus solutus* nella organizzazione dell'ufficio e, soprattutto, ciò non vuol dire che la cultura tabellare debba considerarsi *tout court* estranea alla organizzazione degli uffici requirenti.

In tal senso, soccorrono le puntuali indicazioni date dal CSM nella risoluzione del 12 luglio 2007, in tema di organizzazione degli uffici del pubblico ministero. Indicazioni poi ribadite e implementate

³ Il CSM deve limitarsi in sostanza ad una mera "presa d'atto", con eventuali osservazioni, non vincolante per il dirigente: cfr. risoluzione del CSM del 21 luglio 2009.

nella successiva risoluzione del 21 luglio 2009, sempre in tema di organizzazione degli uffici del pubblico ministero.

Si affronta in quella sede il significato della “trasmissione” al CSM dei provvedimenti organizzativi dei procuratori della Repubblica osservandosi che non si tratta di una trasmissione priva di significato, giacchè, il sistema normativo, letto alla luce dei principi costituzionali, depone nel senso che i provvedimenti organizzativi dei procuratori della Repubblica possono e devono essere pur sempre valutati dal CSM alla luce dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento dell’amministrazione previsti dall’articolo 97 della Costituzione, di quelli di autonomia e indipendenza, che l’articolo 101, comma 2, della Costituzione assicura a tutti gli appartenenti all’ordine giudiziario, e di quelli in tema di ragionevole durata del processo di cui all’articolo 111 della Costituzione. E, va senz’altro soggiunto, possono e devono essere apprezzati anche con riferimento agli articoli 107 e 112 della Costituzione, che evocano i principi, rispettivamente, dell’autonomia del magistrato del pubblico ministero e del corretto esercizio dell’azione penale.

Certo, il *novum* normativo non consente di applicare la procedura tabellare prevista per gli uffici giudicanti al potere di organizzazione dell’ufficio attribuito al procuratore della Repubblica.

Ma l’obbligo di comunicazione al CSM dei progetti organizzativi adottati dai dirigenti degli uffici requirenti costituisce, all’evidenza, momento particolarmente significativo e rilevante ai fini della attività propria dell’organo di autogoverno. Il Consiglio, infatti, può intervenire per valutare l’azione organizzativa del procuratore sotto il profilo del giudizio sulla sua attitudine a svolgere un incarico dirigenziale o, più in generale, per valutare il suo profilo professionale, ed ancora può apprezzare il progetto organizzativo con riguardo agli articoli 97 e 111 della Costituzione, per gli effetti che quel progetto può spiegare sul buon andamento della amministrazione e sulla durata ragionevole del processo, con riguardo all’articolo 107 della Costituzione, per il corretto inquadramento dei rapporti tra il dirigente e i sostituti di cui va garantita l’autonomia pur in un sistema caratterizzato da un’evidente accentuazione del ruolo del procuratore, e, ancora, con riguardo all’articolo 112 della Costituzione, nella prospettiva del corretto ed uniforme esercizio dell’azione penale. E ciò pur dovendosi senz’altro ritenere che il procuratore della Repubblica, nel concreto esercizio della potestà direttiva e di organizzazione dell’ufficio, abbia facoltà di discostarsi dalle “linee guida” indicate

dal CSM, purché adottati a tal fine provvedimenti adeguatamente motivati⁴.

In questa prospettiva, quindi, i criteri adottati dal procuratore nella organizzazione dell'ufficio, se non sono soggetti a formale approvazione da parte del CSM, assumono rilevanza ai fini delle valutazioni di professionalità e di idoneità del dirigente (anche attraverso l'inserimento nel fascicolo personale) e, nei casi più gravi, sul versante dell'incompatibilità funzionale. I criteri organizzativi, inoltre, tenuto conto della prevista temporaneità delle funzioni direttive, possono fornire anche utile elemento di valutazione per il "rinnovo" dell'incarico.

Anche il consiglio giudiziario, in questa ottica ricostruttiva, se non può interloquire direttamente sul contenuto del progetto, lo può apprezzare sotto diversi, ma altrettanto importanti, profili: vuoi in occasione del giudizio valutativo sul magistrato dirigente, ma vuoi anche, sia pure indirettamente, nell'ambito del più ampio esame delle tabelle degli uffici giudicanti e in relazione ai profili incidenti su di esse, atteso lo stretto rapporto di interdipendenza tra tali uffici, al fine di garantire una funzionalità complessiva del servizio nel settore penale [anche in questo caso ai fini del futuro apprezzamento della idoneità del magistrato che li ha redatti]⁵.

L'apprezzamento dei progetti organizzativi adottati dal procuratore della Repubblica, da parte del CSM e, quindi, anche da parte del consiglio giudiziario, ai suddetti e limitati fini, dovrà ovviamente tenere conto delle disposizioni contenute nelle linee guida consiliari, delle motivazioni adottate [nel caso se ne sia discostato] dal dirigente dell'ufficio e dei risultati gestionali concretamente ottenuti, apprezzati nell'ottica della concreta soddisfazione dei principi evocati dalle richiamate norme costituzionali, tra i quali ovviamente particolare rilievo quelli del giusto processo e del corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale espressamente ripresi dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006.

⁴ In questa ottica ricostruttiva, proprio nella risoluzione del CSM in data 21 luglio 2009 si ribadisce a chiare lettere che le "linee guida" consiliari costituiscono un "atto di mero orientamento" per i dirigenti, ferma restando in capo ad essi, comunque, la potestà di organizzare le strutture dirette secondo le modalità ritenute più opportune.

⁵ In tal senso, opportunamente si è espresso il CSM nelle risoluzioni del 12 luglio 2007 e del 21 luglio 2009.

4. “Linee guida” del CSM e profili organizzativi

Quali sono, allora, gli indicatori utilizzabili per valutare la congruità e l’efficienza delle scelte organizzative del procuratore?

Un utile spunto può ricavarsi dalla richiamata delibera del CSM in data 21 luglio 2009, dove ci si sofferma sulle “linee guida”, pur non vincolanti ma utili per la predisposizione dei moduli organizzativi degli uffici requirenti. Linee guida, va soggiunto, utili anche per perseguire [senza mortificare le motivate scelte autonome del singolo dirigente] una tendenziale uniformità che eviti il rischio di trasformare le singole procure in uffici tutti organizzati in modo diverso, anche in relazione a scelte di fondo dove, invece, l’omogeneizzazione potrebbe costituire un valore aggiunto senz’altro apprezzabile.⁶

In realtà, gli obiettivi da perseguire sono già nella Costituzione (articoli 97, 107, 111 e 112: rispettivamente, buon andamento ed efficienza; giusto processo; pari dignità ed autonomia dei magistrati del pubblico ministero; corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell’azione penale) e sono anche riproposti nella legge primaria (cfr. articoli 1, comma 2, e 4 del decreto legislativo n. 106 del 2006: corretto, puntuale e uniforme esercizio dell’azione penale; giusto processo; efficienza anche economica nella gestione delle risorse).

Il CSM, a ben vedere, si limita a specificare quali possono essere i settori di preferibile intervento ovvero le modalità con cui tale intervento può essere preferibilmente attuato.

Le indicazioni, come detto, non hanno, né possono avere, alcun carattere vincolante, né possono pregiudizialmente esprimere un preconcetto giudizio negativo per motivate scelte di diversa natura, magari correlate alle specificità dell’ufficio.

Tre sono i settori su cui il CSM è intervenuto, proponendo, a titolo senz’altro esemplificativo e non cogente, alcune specificazioni metodologiche e alcune indicazioni preferenziali.

Il primo settore concerne la tematica della “ragionevole durata del processo”. Si tratta di tematica che trova il suo fondamento già in esplicite indicazioni di norma costituzionale e primaria (articolo 111 della Costituzione e articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006).

⁶ In questo senso, si esprime la richiamata risoluzione del CSM in data 21 luglio 2009.

Qui, il CSM si limita ad indicazioni semplicemente di metodo, rappresentando la ovvia opportunità che le scelte organizzative del procuratore della Repubblica [la cui congruità sarà poi ricavabile dal dato statistico e dalla sua evoluzione nel tempo] siano precedute da un'attenta "analisi dei flussi e delle pendenze dei procedimenti", con eventuale interessamento anche delle "commissioni flussi" istituite presso i consigli giudiziari.

L'indicazione metodologica è di empirica utilità, nel senso che solo attraverso la conoscenza dello stato dell'ufficio è possibile adottare soluzioni migliorative. Il ricorso alla collaborazione delle "commissioni flussi" non è incombente necessitato, potendosi fare preferire, nel caso concreto, un'analisi documentata dello stato dell'ufficio effettuata dall'interno, se ed in quanto solo tale analisi possa consentire di apprezzare la reale situazione delle pendenze e delle sopravvenienze, perché consente un monitoraggio più ravvicinato nel tempo e, soprattutto, può colmare le purtroppo frequenti inattendibilità dei dati statistici ufficiali, gli unici di cui normalmente dispongono le "commissioni flussi".

Meritevole di considerazione è l'altra indicazione fornita dal CSM, attraverso una sorta di legittimazione del capo dell'ufficio a prevedere l'introduzione di "criteri di priorità" nella trattazione dei procedimenti.

E' tematica rispetto alla quale il CSM, nel tempo, ha assunto posizioni che possono finanche apparire contraddittorie: infatti, in più di un'occasione, l'organo di autogoverno si è espresso nel senso di non potere interloquire su una questione afferente a scelte giudiziarie di merito⁷; altre volte, invece, il CSM ha fornito indicazioni agli uffici invitando a privilegiare la definizione di determinati procedimenti, con riferimento a specifici fenomeni criminali⁸. In realtà non lo sono, ove si consideri che il CSM, in una articolata risoluzione in cui ha avuto occasione di affrontare

⁷ Ciò attraverso la rappresentazione metodologica, in numerose occasioni, del fatto che l'ambito di intervento del CSM nel settore della gestione degli affari giudiziari è sempre circoscritto alla sfera dell'organizzazione dell'attività giudiziaria, con esclusione di iniziative tese ad autorizzare - di diritto o di fatto - la mancata trattazione di alcuni procedimenti.

⁸ Ad esempio, con la risoluzione del 31 luglio 1977, ha rappresentato la necessità di una più rapida trattazione dei processi relativi alla criminalità organizzata ed ai delitti di maggiore allarme sociale; con la risoluzione in data 9 giugno 1981, ha dettato criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti penali nei confronti dei magistrati; con la risoluzione dell'8 luglio 2009, ha rappresentato l'opportunità di una sollecita definizione dei procedimenti per i reati in materia di violenza familiare e, più in generale, di violenza contro i soggetti deboli; con la risoluzione del 28 luglio 2009, ha invitato alla sollecita definizione dei procedimenti relativi agli infortuni sul lavoro.

le diverse problematiche relative ai “criteri di priorità”⁹, ha condiviso soluzioni organizzative di questo tipo, riconoscendo ai dirigenti degli uffici (non solo inquirenti, ma anche giudicanti) il potere-dovere, nell’ambito delle loro competenze in tema di amministrazione della giurisdizione, di adottare iniziative e provvedimenti idonei a “razionalizzare” la trattazione degli affari e l’impiego, a tal fine, delle (scarse) risorse disponibili.¹⁰

In questa prospettiva, è indubitabile che la scelta di stabilire “criteri di priorità” nella trattazione dei procedimenti penali rientra nell’ambito delle determinazioni del singolo dirigente, il quale, specie laddove l’organizzazione dell’ufficio lo consenta, può privilegiare una trattazione uniforme ed indistinta di tutti i procedimenti penali. Mentre, laddove si vogliano introdurre criteri di priorità [e in tal senso sarà opportuno spiegarne le ragioni attraverso la rappresentazione dell’emergenza di un determinato fenomeno criminoso e dell’impossibilità di una trattazione ordinariamente uniforme di tutte le notizie di reato], il dirigente può trovare un’indicazione operativa nelle richiamate prese di posizione dell’organo di autogoverno, pur ovviamente non vincolanti.

Il secondo settore oggetto delle “linee guida” consiliari riguarda il “corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell’azione penale nel rispetto delle norme sul giusto processo”. Anche questa è tematica che trova il suo fondamento già in esplicite indicazioni di norma costituzionale e primaria (articoli 111 e 112 della Costituzione e articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006).

Il CSM si limita, per vero, ad indicazioni di metodo che, pur potendo apparire generiche [tale è, per esempio, l’indicazione per il dirigente di assicurare la “più equa e funzionale distribuzione degli affari tra i magistrati dell’ufficio” ovvero quella di disciplinare “l’attività dei vice procuratori onorari, nel rispetto dei limiti posti dalle norme di ordinamento giudiziario e delle direttive consiliari”], in realtà sono espressive di scelte operative molto nette.

Tra queste, rileva, in primo luogo, l’esplicita indicazione di favore per la costituzione di gruppi di lavoro specializzati

⁹ Cfr. risoluzione del CSM in data 9 novembre 2006.

¹⁰ Sul tema va comunque ricordato che l’introdurre criteri di priorità non potrebbe significare “accantonare” tout court talune categorie di procedimenti, giacché l’utilizzo di tale metodica potrebbe trasformare il buon governo dell’esercizio dell’azione penale, qualificato dall’introduzione di una scala di valori relativi a procedimenti che si intendono privilegiare nella trattazione, in una sorta di inammissibile intervento correttivo del principio di obbligatorietà dell’azione penale (sul tema, v. anche la delibera del CSM in data 15 maggio 2007, pure intervenuta sui criteri di priorità).

[ovvero, *rectius*, per gli uffici di piccole dimensioni, di settori di specializzazione], assoggettati, peraltro, a periodica rotazione dei componenti, in modo da assicurare l'acquisizione di una professionalità comune a tutti i magistrati dell'ufficio, con una tempistica del ricambio peraltro modulata sulla base delle esigenze di funzionalità dell'ufficio. Rileva, poi, rispetto ai gruppi di lavoro, l'indicazione del ruolo collaborativo che, secondo l'organo di autogoverno, deve essere riservato ai procuratori aggiunti, chiamati al "coordinamento" di ciascun gruppo di lavoro ovvero di più gruppi di lavoro: è un'indicazione forte, rispetto ad un sistema di norma primaria (cfr. articolo 1, comma 4, del decreto legislativo n. 106 del 2006, e cfr. anche il successivo comma 6, lettera b)) che, invece, sembra inequivocabilmente riservare al capo dell'ufficio la facoltà di prescegliere, per il ruolo di coordinamento, anche dei sostituti addetti all'ufficio.

Rileva, ancora, l'esigenza di garantire lo svolgimento di riunioni periodiche tra i magistrati dell'ufficio ovvero dei singoli gruppi di lavoro. Riunioni finalizzate ad assicurare lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali e le innovazioni legislative, all'eventuale elaborazione di protocolli di indagini e, soprattutto, alla verifica periodica dell'andamento del servizio. Si tratta non di una sorta di "assemblearismo" nella gestione dell'ufficio che non è nel sistema normativo, bensì dell'adeguata valorizzazione e concretizzazione delle indicazioni che possono trarsi principalmente dall'articolo 107 della Costituzione che fissa il principio della diffusione del potere fra tutti i magistrati, inclusi quelli degli uffici requirenti, dovendosi così considerare positivamente l'adozione dei progetti di organizzazione che sia basata [non solo] su una corretta analisi dei flussi, [ma anche] che sia avvenuta all'esito di momenti di partecipazione dei sostituti (assemblea dell'ufficio, riunioni informali, ecc.).

Merita, infine, di essere soffermata l'attenzione sulla già ricordata indicazione consiliare che onera il dirigente riassicurare "la più equa e funzionale distribuzione degli affari tra i magistrati dell'ufficio". Se ne è sottolineata l'inevitabile genericità, che però non ne esclude l'utilità come parametro di riferimento per apprezzare l'efficienza dell'organizzazione pur in un sistema normativo che, come si vedrà, non solo attribuisce al capo dell'ufficio il potere di dettare i criteri di assegnazioni degli affari, ma privilegia in questa prospettiva la delega "nominativa", qualificando come eccezionale la delega con meccanismi di natura automatica (cfr. articolo 2, comma 4, lettera c), della legge delega n. 150 del 2005 e articolo 1, comma 6, lettera c), del decreto legislativo n. 106 del 2006). E'

proprio questo nuovo sistema di assegnazione che, anzi, giustifica il richiamo all' "equità" nella distribuzione degli affari, imponendo al capo dell' ufficio una particolare attenzione nello scegliere soluzioni che garantiscano l' equità dei carichi di lavoro.

Il terzo settore di intervento sviluppato dal CSM riguarda l' "efficienza dell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche e nell' utilizzazione delle risorse finanziarie". Si tratta di tematica che, come si è visto, trova il suo fondamento in una esplicita disciplina di norma primaria (articolo 4 del decreto legislativo n. 106 del 2006), che però va letta nell' ambito degli obiettivi finalistici indicati dagli articoli 111 e 112 della Costituzione.

Anche qui, il CSM si limita ad indicazioni semplicemente di metodo, a ben vedere molto generiche.

Si rappresenta l' ovvia esigenza che il dirigente intervenga in materia, programmando la gestione delle risorse finanziarie e tecnologiche dell' ufficio, dopo un' analisi attenta della situazione dell' ufficio [ergo, dei carichi di lavoro, ma anche della dotazione degli organici del personale magistratuale ed amministrativo].

Si rappresenta, ancora, l' esigenza che le iniziative gestionali siano il frutto di una collaborazione [ovviamente nell' ambito delle rispettive competenze] con la dirigenza amministrativa.¹¹

Si rappresenta, infine, l' opportunità di coltivare la promozione della diffusione delle innovazioni informatiche.

Le "linee guida", giova ribadirlo a chiare lettere, non sono affatto vincolanti per i dirigenti degli uffici requirenti che, infatti, "possono organizzare le strutture da loro dirette secondo le modalità ritenute più opportune, conformemente alle prescrizioni di legge e motivando in maniera chiara e completa le loro scelte anche in relazione alla migliore utilizzazione del personale amministrativo"¹² al fine del conseguimento dei risultati indicati dalla normativa costituzionale e primaria. Sono tali risultati, quindi, che costituiscono il reale parametro valutativo dell' attività organizzativa dei dirigenti. Le "linee guida", in questa prospettiva, possono rilevare, laddove motivatamente si sono prescelte soluzioni di segno diverso, solo in quanto non siano stati raggiunti gli obiettivi indicati dalla normativa costituzionale e primaria [in primo luogo, quello della ragionevole durata del processo e quello

¹¹ E' il delicato tema della cosiddetta "doppia dirigenza" (su cui v. anche infra nel testo) che trova la sua disciplina normativa nel decreto legislativo 25 luglio 2006 n. 240, dedicato all' individuazione delle competenze dei magistrati capi dell' ufficio giudiziario e dei dirigenti amministrativi preposti all' ufficio.

¹² Così la risoluzione del CSM in data 21 luglio 2009.

del corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale] e solo se le linee guida siano esse stesse inequivocamente espressive di valori sottesi dalla normativa costituzionale e primaria¹³.

In ogni caso, va ricordato, il progetto organizzativo predisposto dal dirigente non è soggetto ad approvazione da parte del CSM, giacchè questo, in quanto espressione della capacità di chi lo ha esteso, è sottoposto al vaglio dell'organo di autogoverno [solo] "in sede di valutazioni di professionalità, di conferma dell'incarico direttivo e ad ogni altro fine" in cui occorra giudicare dell'attitudine organizzativa del magistrato¹⁴.

5. I rapporti tra il procuratore e i sostituti

L'altro profilo di interesse, per la ricostruzione del ruolo del procuratore della Repubblica, è quello che attiene alle modalità di esercizio dell'azione penale e, rispetto a queste, ai rapporti che conseguentemente si instaurano tra il procuratore della Repubblica ("titolare esclusivo dell'azione penale": cfr. articoli 1, comma 1, e 2, comma 1, del decreto legislativo n. 106 del 2006), e i magistrati addetti all'ufficio, cui egli può "assegnare" "la trattazione di uno o più procedimenti ovvero il compimento di singoli atti di essi" (articolo 2, comma 1, del decreto legislativo cit., nel testo modificato dalla legge n. 269 del 2006).

Va rimarcato che, rispetto al testo originario del decreto legislativo n. 106 del 2006, con la legge n. 269 del 2006, è stato introdotto l'istituto dell'"assegnazione" quale strumento giuridico per disciplinare i rapporti tra il capo dell'ufficio e i sostituti, allorquando il primo ritenga di non esercitare in proprio l'azione penale e di avvalersi dei magistrati addetti all'ufficio. Il testo originario prevedeva, invece, l'istituto giuridico della "delega", che è stato eliminato e sostituito appunto con quello dell'"assegnazione" con il professato intendimento di attenuare il rapporto di dipendenza gerarchica insito in un istituto, quello della delega, in cui il delegante assume un inequivoco ruolo di

¹³ Ciò che, ad esempio, dovrebbe escludersi relativamente alla costituzione di gruppi di lavoro o di settori di specializzazione, non foss'altro perché non si tratta di scelta costituzionalmente obbligata rispetto alla soddisfazione degli interessi di cui agli articoli 97, 111 e 112 e perché la norma primaria in tal senso si esprime in termini chiaramente facoltativi (cfr. articolo 1, comma 6, lettera b), del decreto legislativo n. 106 del 2006, laddove si prevede che il procuratore, nell'organizzare l'ufficio, possa "eventualmente" individuare settori di affari da assegnare ad un gruppo di magistrati; cfr. anche il precedente comma 4 dello stesso articolo 1).

¹⁴ V. ancora nella risoluzione del CSM del 21 luglio 2009.

sovraordinazione rispetto al delegato.

In realtà, si tratta di una modifica di mera facciata che non incide affatto sui rapporti tra il procuratore della Repubblica e i sostituti addetti all'ufficio, costruiti, già nel disegno originario del decreto legislativo n. 106 del 2006, in termini di accentuata "gerarchizzazione"¹⁵. Non basta, per sostenere il contrario, e, quindi, per poter sostenere che l'intendimento del legislatore è stato effettivamente realizzato, l'aver sostituito la delega con l'assegnazione, una volta che tale modifica terminologica non è stata accompagnata da una contestuale rivisitazione della concreta disciplina dei rapporti tra il capo dell'ufficio e i magistrati addetti all'ufficio.

Infatti, pur non richiamandosi più l'istituto della "delega", viene mantenuta integralmente in piedi la disciplina che, coerentemente all'impostazione originaria, ne attuava le caratteristiche attraverso una accentuata subordinazione gerarchica del sostituto rispetto al capo dell'ufficio, sia per quanto attiene l'individuazione degli spazi di autonomia decisionale conservati al sostituto, sia per quanto attiene le modalità di esercizio del potere di revoca da parte del capo dell'ufficio.

Sotto il primo profilo, non a caso si continua a prevedere la facoltà per il procuratore della Repubblica di determinare i "criteri" cui i magistrati delegati devono attenersi nell'adempimento dell'esercizio dell'attività (cfr. articolo 2, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006, come modificato dalla legge n. 269 del 2006). Al riguardo, anzi, non sembra discutibile, attesa l'inequivoca formulazione letterale della norma, rimasta anch'essa sostanzialmente immutata rispetto al testo originario, che il procuratore della Repubblica possa impartire direttive non solo di ordine generale, ma anche in relazione al singolo procedimento penale oggetto dell'assegnazione.

¹⁵ Di "accentuazione" del ruolo di "capo" del procuratore della Repubblica e di corrispondente, "parziale, compressione dell'autonomia dei singoli magistrati dell'ufficio" parla anche la più recente delibera del CSM del 21 settembre 2011, che, a conforto, ha valorizzato il riconoscimento normativo al procuratore del potere-dovere: di determinare i criteri generali di organizzazione dell'ufficio e di assegnazione dei procedimenti; di stabilire, di volta in volta, gli specifici criteri ai quali il magistrato assegnatario deve attenersi nell'esercizio delle attività conseguenti all'atto di assegnazione del procedimento; nonché, di revoca dell'assegnazione in caso di inosservanza dei principi e dei criteri definiti in via generale o con l'assegnazione e in caso di "contrasto" circa le modalità di esercizio delle relative attività.

Piuttosto, dove il sostituto è assolutamente libero è nell'attività di udienza¹⁶. Soccorre, in tal senso, il disposto dell'articolo 53 c.p.p., con la previsione che "nell'udienza il magistrato del pubblico ministero esercita le sue funzioni con piena autonomia". In proposito, dovendosi specificare che la nozione di "udienza", ai fini che interessano, non può essere limitata all'udienza "dibattimentale", dovendosi ricomprendere in tale nozione, ad esempio, anche le udienze di svolgimento del giudizio abbreviato e del giudizio per l'applicazione della pena richiesta dalle parti; le udienze di convalida dell'arresto o del fermo; le udienze davanti al tribunale del riesame; le udienze preliminari di rinvio a giudizio.

Sotto l'altro profilo, quello della revoca, non a caso si continua a prevedere in capo al procuratore della Repubblica la facoltà di revoca in caso di divergenza "circa le modalità di esercizio [dell'attività "assegnata"]" o di inosservanza dei criteri direttivi, definiti dallo stesso procuratore "o in via generale o con l'assegnazione" (articolo 2, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006, come modificato dalla legge n. 269 del 2006).

In vero, anche ora che si ricorre all'istituto dell'"assegnazione", si ripropone sostanzialmente in toto quella disciplina di estremo rigore che era stata costruita come coerente esplicitazione dello stringente potere di dipendenza proprio della "delega", mantenendosi la facoltà di revoca in caso di divergenza di opinioni circa la trattazione del procedimento "assegnato" e di inosservanza dei criteri direttivi dettati dal procuratore della Repubblica, vuoi in generale vuoi per lo specifico caso concreto all'atto dell'assegnazione.

In proposito, è da ritenere che tra i criteri di ordine generale possono rilevare quelli dettati nell'esercizio delle prerogative proprie del capo dell'ufficio in materia di misure cautelari (cfr. articolo 3 del decreto legislativo n. 106 del 2006). E' da escludere, almeno in via tendenziale, che tra i criteri direttivi rilevanti ai

¹⁶ Ciò non esclude che, in relazione ai criteri dettati dal procuratore, in via generale ovvero nel caso specifico al momento dell'assegnazione, possa realizzarsi un contrasto con le libere determinazioni, di segno difforme, del sostituto delegato per l'udienza: in tale evenienza, attraverso una corretta lettura del sistema normativo che va applicato rispettando i principi della leale collaborazione istituzionale, il sostituto che prefiguri il proprio diverso avviso lo dovrebbe correttamente rappresentare al capo dell'ufficio, con la conseguenza che, mentre ovviamente non potrà essere costretto "in udienza" a sostenere le tesi che non condivide, potrà legittimamente chiedere di essere sostituito in ossequio alla disciplina generale della revoca; per converso, a fronte del contrasto di opinioni così come rappresentatosi, il procuratore potrà procedere alla revoca dell'assegnazione con la sostituzione del magistrato assegnatario dell'udienza a causa appunto delle divergenze insorte in ordine alle conclusioni da adottare all'esito dell'udienza (sulla questione, cfr. la delibera del CSM in data 5 maggio 2009, relativa a quesito formulato da magistrati della Procura della Repubblica di Genova).

fini della revoca possano farsi rientrare quelli che il procuratore può dettare ex articolo 4 del decreto legislativo n. 106 del 2006, in materia di impiego delle risorse dell'ufficio, trattandosi di criteri che attengono esclusivamente al momento organizzativo dell'attività e non, almeno in via immediata, al merito dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Tali criteri potranno rilevare ai fini della revoca solo se ed in quanto si traducano, nel concreto, in indicazioni prescrittive relative alle condizioni di utilizzo di determinate metodiche investigative comportanti l'impiego di risorse.¹⁷

6. L'assegnazione dei fascicoli

A conferma della posizione sovraordinata del capo dell'ufficio, va segnalato che nel nuovo sistema ordinamentale, con radicale cambio di prospettiva rispetto al sistema previgente, è attribuito al capo dell'ufficio il potere di dettare i criteri di assegnazioni degli affari, privilegiandosi come normale la delega "nominativa" e come eccezionale la delega con meccanismi di natura automatica (cfr. articolo 2, comma 4, lettera c), della legge delega n. 150 del 2005 e articolo 1, comma 6, lettera c), del decreto n. 106 del 2006.

Al contrario, in precedenza, nelle circolari del CSM in tema di tabelle, era stata sempre imposta quale regola quella dell'indicazione, da parte del capo dell'ufficio, di criteri "predeterminati" (all'evidenza, oggettivi) cui il medesimo doveva ispirarsi per la assegnazione degli affari, mentre l'assegnazione in deroga (in particolare, quella nominativa ad un determinato magistrato) era stata ritenuta legittima purchè "adeguatamente motivata" avendo riguardo alla specifica professionalità necessaria alla trattazione del singolo affare ovvero a particolari esigenze di servizio. In questa prospettiva, anche di recente, erano stati ritenuti inammissibili parametri genericamente equitativi o che realizzassero una discrezionalità incontrollata del dirigente. In buona sostanza, prima del nuovo assetto ordinamentale, si era privilegiata una modalità organizzativa in forza della quale la designazione del magistrato finiva con l'aver una natura "meramente esecutiva" di parametri determinati "in via preventiva".

Nel sistema costruito con la riforma del 2006, invece, la prospettiva è completamente diversa, laddove viene privilegiata

¹⁷ Può farsi l'esempio di indicazioni limitative circa il ricorso alle consulenze tecniche in determinate materie o nell'assenza di determinate condizioni; ovvero, ancora, può valere l'esempio dei limiti stabiliti per il ricorso all'acquisizione dei tabulati telefonici o alle intercettazioni.

proprio la determinazione discrezionale del capo dell'ufficio nella scelta "nominativa" del magistrato da delegare e ridotta ad ipotesi del tutto marginale quella dell'assegnazione con meccanismi automatici. E' proprio nell'ambito di questa innovativa indicazione normativa in punto di assegnazione che vale la sopra ricordata indicazione consiliare al procuratore di assicurare pur sempre una "equa e funzionale" distribuzione degli affari tra i magistrati dell'ufficio.

Deve essere comunque chiaro che il potere del procuratore di assegnazione dei fascicoli, che implica ovviamente anche quello di autoassegnazione e di coassegnazione, non può essere, all'evidenza, frutto di scelte totalmente discrezionali, prive di ragionevole spiegazione, perché ciò, pur in assenza di un'indicazione di norma primaria, contrasterebbe con il principio di buon andamento dell'amministrazione (articolo 97 della Costituzione).

La buona organizzazione amministrativa vuole, in definitiva, la predisposizione di regole meditate che, a tacer d'altro, consentano di perseguire il risultato di un'equa ripartizione dei carichi di lavoro.

In questa prospettiva, bene si è espresso il CSM¹⁸, che ponendosi in linea con il richiamato principio costituzionale, ha evidenziato l'esigenza inderogabile che il provvedimento di assegnazione, di autoassegnazione o di coassegnazione sia "motivato": l'esigenza consiliare riteniamo possa senz'altro trovare soddisfazione attraverso l'indicazione da parte del procuratore, nel progetto organizzativo, dei criteri generali che dovranno presiedere il momento dell'assegnazione dei procedimenti. Ciò che non esclude, certo, una deroga caso per caso, a seconda delle emergenze della singola vicenda, purchè supportata da adeguata ed esaustiva motivazione che spieghi, magari, le ragioni dell'eccezione adottata rispetto ai criteri dettati in via generale nel programma organizzativo.

Resta da dire che la disciplina primaria (cfr. articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 106 del 2006) prevede, in uno con l'assegnazione del procedimento, la facoltà per il procuratore di assegnare al sostituto il "compimento di singoli atti" di un procedimento, ovviamente assegnato a sé medesimo o ad altro sostituto. E' tematica delicata perché in grado potenzialmente di attingere negativamente la sfera di autonomia professionale e la stessa dignità del sostituto onerato del compimento di uno specifico atto. Risulta evidente, allora, che la disposizione va letta

¹⁸ Risoluzione del CSM del 12 luglio 2007.

alla luce dei principi desumibili dall'articolo 107 della Costituzione, di garanzia dell'autonomia dei magistrati del pubblico ministero. E' in questa prospettiva che, esattamente, si è mosso il CSM¹⁹, con alcune indicazioni metodologiche senz'altro condivisibili. La prima, riguarda la tendenziale limitazione del ricorso a tale modalità di coinvolgimento del sostituto ai procedimenti trattati personalmente dal procuratore: ciò che si spiega anche in relazione agli incombenti in tema di organizzazione dell'ufficio che possono giustificare un parziale coinvolgimento di altri nello svolgimento dell'attività giudiziaria. La seconda, riguarda le condizioni di esercizio della facoltà *de qua* in caso di fascicoli assegnati ad altri sostituti, con la previsione della legittimità della medesima nei soli casi eccezionali di assoluto impedimento del magistrato titolare del procedimento e di necessità di adottare atti indifferibili ed urgenti²⁰.

7. I gruppi di lavoro e i settori specialistici

L'assegnazione, che deve essere tendenzialmente nominativa e non automatica, è, secondo la scelta organizzativa preferibile²¹, mediata dalla metodica diretta a privilegiare l'introduzione nell'ufficio di gruppi specializzati di magistrati, ovvero, più precisamente, negli uffici di dimensioni contenute, di settori specialistici attribuiti ad uno o più magistrati dell'ufficio, deputati a trattare materie richiedenti una particolare specializzazione. In tal caso, la scelta "nominativa" viene a ricadere sul o su uno dei magistrati assegnati al gruppo o settore specialistico.

La ripartizione dell'ufficio mediante il ricorso ai gruppi o settori specialistici, oltre a garantire la migliore professionalità del magistrato, presenta un vantaggio ulteriore nella disciplina dell'organizzazione dell'ufficio, in un sistema caratterizzato dalla regola dell'assegnazione "nominativa": consente, infatti, un adeguato ricorso all'assegnazione automatica dei [restanti] fascicoli, che è soluzione che meglio soddisfa le esigenze di equità e celerità nell'assegnazione. Ciò vale per i cosiddetti reati "generici" [quelli non rientranti nei gruppi o settori specialistici], laddove la

¹⁹ Ancora nella risoluzione del 12 luglio 2007

²⁰ Diversamente opinando, si osserva nella risoluzione sopra citata, l'assegnazione di singoli atti di un procedimento trattato da altro magistrato finirebbe con il tradursi in una "revoca parziale" dell'assegnazione, come tale lesiva della dignità delle funzioni svolte dai magistrati (sia da titolare del procedimento, sia dall'assegnatario).

²¹ Oggetto, come si è visto supra nel testo, di una chiara, anche se non vincolante, indicazione consiliare ispirata a far privilegiare scelte organizzative che prevedano gruppi di lavoro o, comunque, settori di specializzazione.

metodica organizzativa prevalente prevede, per gli uffici più piccoli, l'assegnazione [automatica] al magistrato, di norma individuato in quello di turno [per gli atti urgenti] nel periodo convenzionalmente fissato a seconda delle dimensioni dell'ufficio [di solito, la settimana, quando si tratti di ufficio di contenute dimensioni]; mentre, per gli uffici più grandi, prevede un'assegnazione del tutto automatizzata, con lo strumento informatico.

La metodica organizzativa della istituzione dei gruppi di lavoro o dei settori specialistici appare in grado di favorire una migliore risposta qualitativa, conseguente al così realizzabile affinamento della conoscenza della disciplina normativa di riferimento [non infrequentemente, anche delle metodiche investigative e degli istituti procedurali e processuali], e, soprattutto, di consentire quel trattamento uniforme di casi analoghi che è imprescindibile connotazione della corretta amministrazione della giurisdizione, e che, diversamente, potrebbe risultare pregiudicato specie allorquando alla base della decisione si ponga la soluzione di questioni interpretative suscettibili di notevole apprezzamento discrezionale.

Ciò, lo si ribadisce, in ragione dell'assorbente considerazione che per taluni settori una specializzazione dei magistrati del pubblico ministero appare ineludibile laddove si voglia perseguire un'efficace azione di contrasto e di repressione, specie nel momento del coordinamento e dell'impulso delle investigazioni.

L'introduzione di gruppi o settori specialistici di lavoro è preferibile che implichi la partecipazione del singolo magistrato a più settori specializzati, così da consentire una calibrata "turnazione", in grado di evitare, nel contempo, sia l'improvvisa depauperazione di conoscenze derivante dal cambiamento di gruppo, sia un'altrettanto deprecabile incrostazione derivante da una permanenza eccessiva del singolo magistrato nello stesso settore di attività²².

²² Va ricordato che negli uffici requirenti di medie o grandi dimensioni (quelli composti da almeno otto unità, compreso il procuratore della Repubblica), in ossequio al dettato di norma primaria (cfr. articolo 19 del decreto legislativo 5 aprile 2006 n. 160), il CSM, con il regolamento adottato in 13 marzo 2008, prevede il termine massimo di permanenza di dieci anni "nel medesimo gruppo di lavoro", disciplinando le modalità attuative. Sul punto, v. altresì la circolare in data 17 novembre 2010, in tema di organizzazione delle direzioni distrettuali antimafia, laddove, per armonizzare la disciplina della durata della permanenza in DDA rispetto al contenuto del regolamento del 13 marzo 2008, si è previsto che la designazione del magistrato alla DDA è effettuata per due anni e può essere rinnovata per ulteriori bienni "fino ad un complessivo termine massimo di dieci anni".

E' ovvio che, nel concreto, la scelta discrezionale [e sempre modificabile] di creare gruppi di lavoro o settori specialistici dipende dalla qualità dei reati rilevati nel territorio e dalla specificità delle materie.

8. La revoca dell'assegnazione

Il tema più delicato, per cogliere i rapporti tra il procuratore e i sostituti, è quello della revoca dell'assegnazione. La relativa disciplina ha avuto, nel tempo, diversi aggiustamenti e importanti sono anche gli interventi chiarificatori del CSM, che si collocano nel pieno rispetto della disciplina primaria.

Con riguardo al procedimento di revoca, va così segnalato che, con la legge n. 269 del 2006, si è intervenuti sul disposto dell'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006 eliminandosi alcuni passaggi di una disciplina che lasciava fondatamente perplessi, laddove si prevedeva che il provvedimento di revoca, con le eventuali osservazioni del magistrato revocato, dovesse essere inviato al procuratore generale della Corte di cassazione e inserito nel fascicolo personale del capo dell'ufficio e del magistrato revocato.

Sono state infatti condivise le critiche che si erano avanzate da più parti sulla previsione dell'acquisizione al fascicolo personale del provvedimento di revoca e delle osservazioni del magistrato "revocato", sul rilievo assolutamente esatto che trattavasi di una previsione costruita come una sorta di inaccettabile monito di ordine psicologico finalizzato a sconsigliare il magistrato "dissenziante" a provocare l'adozione da parte del capo dell'ufficio di un provvedimento che avrebbe potuto essere valutato, in ipotesi, in termini non positivi in occasione delle valutazioni della progressione in carriera.

Conseguentemente, sono state ora eliminate in toto sia la previsione dell'inserimento del provvedimento di revoca, unitamente alle eventuali osservazioni dell'interessato, nel fascicolo personale del capo dell'ufficio e del magistrato revocato, sia quella dell'inoltro di tali atti al procuratore generale presso la Corte di cassazione.

La disciplina primaria della revoca, contenuta nel testo vigente dell'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2009, prevede ora rigorose condizioni per la legittimità della revoca, l'esplicita motivazione del relativo provvedimento adottata dal capo dell'ufficio nonché spazi per una interlocuzione del sostituto

“revocato”.

Sotto il primo profilo, per garantire l'autonomia di ogni singolo magistrato e la piena trasparenza nella conduzione delle indagini preliminari e nell'esercizio dell'azione penale, si collega la revoca all'insorgere di un “contrasto” tra il magistrato assegnatario e il procuratore della Repubblica “circa le modalità di esercizio” [delle attività processuali: ergo, conduzione delle indagini e esercizio dell'azione penale] ovvero alla violazione dei “criteri” dettati in via generale o con l'assegnazione dal procuratore della Repubblica.

E' da ritenere che l'assegnazione del procedimento possa essere revocata, con provvedimento motivato, esclusivamente a fronte delle seguenti evenienze: contrasto²³ tra il magistrato e il procuratore circa le modalità di conduzione delle indagini e l'esercizio dell'azione penale²⁴; violazione dei criteri fissati dal procuratore, in via generale o con l'assegnazione del procedimento; inerzia o negligenza nello svolgimento delle indagini o loro anomala conduzione che faccia insorgere il rischio concreto di comprometterne l'esito e di vanificare l'esercizio dell'azione penale; violazioni di legge non scusabili o reiterate nell'ambito del procedimento; atti comunque abnormi; mancata, inesatta o parziale rappresentazione dei fatti oggetto del procedimento al procuratore quando questi ha chiesto di essere informato sull'andamento delle indagini preliminari o avrebbe dovuto esserlo, ad iniziativa del sostituto, in ragione della delicatezza dello specifico procedimento; insanabile contrasto in merito alla conduzione delle indagini preliminari fra i magistrati coassegnatari del procedimento, nel qual caso sarà il procuratore a stabilire, sempre con provvedimento motivato, quale fra i sostituti designati debba conservare la titolarità delle indagini; dissenso del procuratore sulla richiesta di misura cautelare nei casi in cui sia previsto l'assenso scritto²⁵.

²³ Ipotesi paradigmatica di “contrasto” può essere non solo quella relativa all'esercizio o meno dell'azione penale o quella relativa al quomodo dell'esercizio dell'azione penale, ma anche quella che insorge sulla “qualificazione giuridica dei fatti controversi”: al riguardo, ha precisato il CSM, nella delibera del 21 settembre 2011, competono al procuratore della Repubblica anche le determinazioni circa la “qualificazione dei fatti”.

²⁴ Precisa il CSM, nella delibera del 21 settembre 2011, che il contrasto sulle determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale può riguardare anche solo “alcuni dei fatti o alcuni degli indagati”: in tale evenienza la revoca potrà essere “circoscritta” entro i limiti dell'effettivo contrasto, quando non ne risulti un pregiudizio per l'intero procedimento; in tal caso, il sostituto non potrà rifiutarsi di compiere atti o svolgere indagini relative a posizioni sulle quali un contrasto non si è manifestato.

²⁵ Si sono già evidenziate supra nel testo le condizioni in forza delle quali tra i criteri la cui inosservanza può rilevare ai fini della revoca possa farsi rientrare l'inosservanza alle direttive dettate dal procuratore ex articolo 4 del decreto legislativo n. 106 del 2006,

Sotto il secondo profilo, è necessaria una esplicita motivazione da parte del procuratore della Repubblica.²⁶

Sotto il terzo e ultimo profilo, è attribuita al magistrato revocato la facoltà di far pervenire osservazioni scritte, entro dieci giorni dalla comunicazione della revoca, al procuratore della Repubblica.

Indefinitiva, per la legittimità della revoca, sono congiuntamente necessarie una adeguata motivazione e, ovviamente, la sussistenza di reali ragioni giustificative a supporto. In tal modo, si coniuga in modo soddisfacente il potere di sovraordinazione del capo dell'ufficio e la doverosa, ineliminabile sfera di autonomia professionale e la dignità delle funzioni esercitate dal magistrato dell'ufficio di procura (che trova garanzia e tutela nell'articolo 107 della Costituzione).

E' certamente configurabile un intervento del CSM. E' da ritenere, infatti, pur nel silenzio della normativa primaria, che il provvedimento di revoca debba essere trasmesso al CSM, unitamente alle eventuali osservazioni del magistrato revocato, ciò dovendolo desumere dal disposto dell'articolo 1, comma 7, del decreto n. 106 del 2006, giacchè tale provvedimento è pur sempre una modifica relativa ai criteri di assegnazione dei procedimenti (sia pure afferente un singolo procedimento). In tal senso, del resto, si è esplicitamente espresso il CSM, con le più volte richiamate risoluzioni del 12 luglio 2007 e del 21 luglio 2009, colmando la disciplina primaria in modo coerente con le indicazioni ricavabili dall'articolo 107 della Costituzione.

Per l'effetto, è esplicitamente prevista la trasmissione, da parte del procuratore della Repubblica, del provvedimento di revoca, delle eventuali osservazioni del magistrato e delle eventuali controdeduzioni che ritenesse di dover fare²⁷.

L'organo di autogoverno, in caso di revoca ingiustificata, potrà adottare i provvedimenti ritenuti opportuni: che non potranno

in materia di impiego delle risorse dell'ufficio: ciò può verificarsi solo allorché tali direttive si traducano, nel concreto, in indicazioni prescrittive relative alle condizioni di utilizzo di determinate metodiche investigative importanti l'impiego di risorse. Va soggiunto che tra i criteri di ordine generale la cui inosservanza può fondare la revoca rientrano, ovviamente, quelli relativi all'assenso scritto" in caso di misure cautelari, previsto dall'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006: sul quale v. infra nel testo.

²⁶ Motivazione che il CSM esattamente impone che sia "esistente", "ragionevole" e "congrua": v., da ultimo, la risoluzione del 21 luglio 2009.

²⁷ Il procuratore della Repubblica, nel caso in cui ritenga che la trasmissione senza ritardo degli atti sopra indicati possa pregiudicare le esigenze di segretezza delle indagini, è facoltizzato a provvedere al relativo inoltro non appena le stesse siano venute meno: cfr., da ultimo, la risoluzione del CSM del 21 luglio 2009.

incidere direttamente sulla revoca [annullandola o comunque privandola di efficacia] in ragione del potere direttivo attribuito dalla normativa primaria al capo dell'ufficio; ma potranno ben risolversi nell'attivazione di altri strumenti lato sensu sanzionatori, allorquando la revoca venga reputata illegittima o, genericamente, ingiustificata [segnalazione ai titolari dell'azione disciplinare, inserimento della valutazione negativa nel fascicolo personale ai fini della valutazione di professionalità, iniziative in materia di incompatibilità ambientale o funzionale].

Resta da dire che, come è previsto il provvedimento di revoca da parte del procuratore della Repubblica, è parimenti configurabile, come esattamente puntualizzato dal CSM, nelle richiamate risoluzioni, la facoltà del sostituto assegnatario o coassegnatario del procedimento, che si trovi in situazione di dissenso con il procuratore in ordine alle modalità di trattazione del procedimento o all'esercizio dell'azione penale, di avanzare richiesta motivata di esonero dalla trattazione dell'affare sul quale si è registrato il contrasto²⁸. In tale evenienza, il procuratore, nella apprezzata persistenza del contrasto, deve provvedere alla sua sostituzione, revocando l'assegnazione. Con la procedura e gli effetti di cui si è detto.

Il tema è più complesso quando si verta in ipotesi di coassegnazione del fascicolo in capo al procuratore e ad un sostituto²⁹. In ipotesi di dissenso sull'adozione di un determinato provvedimento, non sembra dubitabile che il capo dell'ufficio possa adottare il provvedimento giudiziario ritenuto più congruo: l'adozione è pienamente legittima ove si consideri che, allorquando il fascicolo è coassegnato con un sostituto, è pur sempre il dirigente ad essere il titolare dell'esercizio dell'azione penale, conseguendone la prevalenza della propria determinazione rispetto a quella, diversa, eventualmente sostenuta dal sostituto. In tale evenienza, vi è però da chiedersi se l'adozione del provvedimento da parte del procuratore debba essere inevitabilmente accompagnato, se non addirittura preceduto logicamente, dalla revoca della coassegnazione del sostituto dissenziente, ovvero se vi siano

²⁸ In tal senso, nelle risoluzioni del CSM del 12 luglio 2007 e del 21 luglio 2009. Come si è accennato supra, peraltro, secondo il CSM, nella delibera del 21 settembre 2011, in caso di "revoca parziale", limitata ai fatti o alle posizioni degli indagati per cui è sorto contrasto, il sostituto non potrebbe rifiutarsi di compiere atti o a svolgere indagini relativamente ai fatti o agli indagati per cui un contrasto non si è manifestato.

²⁹ Sulla questione, cfr. comunque per riferimenti nella delibera del CSM in data 5 maggio 2009, relativa a contrasto insorto all'interno della Procura della Repubblica di Napoli.

spazi per mantenere la coassegnazione per l'ulteriore corso del procedimento. La risposta può essere trovata, nel silenzio della disciplina di settore, considerando che la soluzione radicale [la revoca] è ovviamente l'extrema ratio, ma nulla esclude che si possano [anzi si debbano] coltivare soluzioni organizzative meno invasive – allorquando possibili e volontariamente consentite – in ragione della spontanea adesione di tutti i protagonisti. A fronte del dissenso, in altri termini, è ovvio che debba prevalere la voluntas del procuratore, ma questo non si significa, laddove lo stesso procuratore non si sia attivato per la revoca della designazione, che non si possa coltivare persistentemente il mantenimento della coassegnazione e della collaborazione sinergica dei magistrati, qualora ritenute da tutti possibili ed utili. Ciò ovviamente, impregiudicata la facoltà per il sostituto di chiedere espressamente di essere tout court sostituito.

Ciò detto, in ordine ai riflessi ordinamentali della revoca, resta da dire sugli effetti processuali. A tal riguardo, è evidente che la revoca non può rimanere fine a sé stessa, si da legittimare una sorta di inammissibile sottrazione della vicenda processuale al vaglio del giudice. Infatti, come esattamente precisato anche dall'organo di autogoverno³⁰, la revoca prelude a tre soli possibili esiti: a) il compimento di ulteriori indagini, che fossero invece ritenute non necessarie dal sostituto dissenziente; b) l'esercizio dell'azione penale con modalità diverse da quelle proposte dal sostituto dissenziente; c) la richiesta di archiviazione in luogo dell'esercizio dell'azione penale o viceversa. In realtà, le ipotesi conseguenti alla revoca possono essere ulteriori e diverse, perché il contrasto può sorgere anche su questioni diverse. Basti pensare, solo per esemplificare, al contrasto sull'adozione o no di una misura cautelare. In tale evenienza, il procedimento avrà ulteriore corso, avanzata o no, a seconda dei casi, la contrastata misura cautelare.

9. Le prerogative del procuratore sulle misure cautelari

Per completare il quadro ricostruttivo dei rapporti tra il procuratore e i sostituti, è da ricordare che gli interventi del procuratore della Repubblica sulle modalità di esercizio dell'azione penale e, prima ancora, sulle modalità di svolgimento delle indagini, sono completati dalla importante previsione contenuta nell'articolo 3 del decreto legislativo n. 106 del 2006.

³⁰ Delibera del 21 settembre 2011.

Tale articolo si occupa delle prerogative del procuratore della Repubblica in materia di misure cautelari, prevedendo il previo "assenso scritto" da parte del titolare dell'ufficio (o del magistrato all'uopo delegato ex articolo 1, comma 4, del decreto n. 106 del 2006: ossia, il procuratore aggiunto o il sostituto che il dirigente abbia inteso delegare al coordinamento di specifici gruppi di lavoro) sul provvedimento di fermo di indiziato di delitto disposto dal pubblico ministero, sulla richiesta di misure cautelari personali e sulla richiesta di misure cautelari reali³¹.

Ne deriva, in sostanza, una sorta di limitazione dei poteri di organizzazione dell'ufficio da parte del dirigente, il quale è comunque tenuto a prevedere modalità organizzative in forza delle quali tali tipi di provvedimento possano essere adottati solo se espressamente assentiti da lui (o dal magistrato all'uopo delegato).

I commi 3 e 4 dell'articolo 3 prevedono, comunque, alcune eccezioni alla rigida applicazione del principio.

Il comma 3, in particolare, consente al procuratore di disporre, con apposita direttiva di carattere generale, che l'assenso scritto non sia necessario per le richieste di misure cautelari reali, "avuto riguardo al valore del bene oggetto della richiesta ovvero alla rilevanza del fatto per cui si procede"³².

Il comma 4, invece, esclude tout court dall'applicazione dell'assenso scritto le richieste di misure cautelari, personali o reali, formulate, rispettivamente, in occasione della richiesta di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo di indiziato di delitto ai sensi dell'articolo 390 c.p.p., ovvero di convalida del sequestro preventivo

³¹ In tema di "assenso", va ricordato comunque che, in caso di eccezionale assegnazione delle funzioni requirenti ai magistrati in tirocinio (MOT), in deroga all'articolo 13, comma 2, del decreto legislativo 5 aprile 2006 n. 160, quindi anche antecedentemente al conseguimento della prima valutazione di professionalità, è previsto che, fino al conseguimento della prima valutazione di professionalità, l'esercizio dell'azione penale in relazione a reati per i quali è prevista l'udienza preliminare deve essere "assentito per iscritto" dal procuratore della Repubblica ovvero dal procuratore aggiunto o da altro magistrato appositamente delegato; pur prevedendosi che il procuratore della Repubblica possa disporre, con apposita direttiva di carattere generale, che l'assenso scritto non sia necessario se si procede nelle forme del giudizio direttissimo mediante presentazione diretta dell'imputato davanti al giudice del dibattimento per la convalida dell'arresto e il contestuale giudizio (cfr. articolo 3 bis del decreto legge 29 dicembre 2009 n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010 n. 24; nonché, successivamente, articolo 37, comma 21, del decreto legge 6 luglio 2011 n. 98, convertito nella legge 15 luglio 2011 n. 111).

³² Ad esempio, ben può disporsi che l'assenso scritto del procuratore per le richieste di misure cautelari reali non sia necessario quando il bene oggetto della misura abbia un valore inferiore ad una determinata soglia e la richiesta stessa non abbia implicazioni in fatto di considerevole rilevanza o non comporti la soluzione di problemi giuridici di particolare complessità.

in caso di urgenza ai sensi dell'articolo 321, comma 3 bis, c.p.p.

Ovviamente, impregiudicato il rispetto delle condizioni poste dall'articolo 3, nulla vieta al capo dell'ufficio di adottare criteri organizzativi in forza dei quali l'assenso scritto (o, più genericamente, il previo assenso, anche orale) sia previsto per provvedimenti ulteriori e diversi da quelli ivi previsti. In tale evenienza, la violazione da parte del sostituto potrà legittimare la revoca dell'assegnazione, nei termini di cui si è detto supra.

Quale è la valenza processuale dell'assenso scritto del procuratore della Repubblica? Sul tema sono intervenute le Sezioni unite della Cassazione³³, che hanno affrontato la questione dell'eventuale incidenza processuale della mancanza di assenso scritto del procuratore della Repubblica sulla richiesta di misura cautelare personale proposta dal magistrato assegnatario o di un assenso accordato su una misura meno grave di quella richiesta ovvero, addirittura, dell'espresso dissenso sulla richiesta di misura cautelare.

Il punto affrontato ha riguardato il quesito se l'assenso scritto del procuratore della Repubblica si configuri o no come condizione di ammissibilità della richiesta di misura cautelare personale presentata dal magistrato dell'ufficio del pubblico ministero assegnatario del procedimento, e quindi di validità della conseguente ordinanza cautelare del giudice.

La Corte si è pronunciata per la soluzione negativa, riconducendo il tema dell'assenso nell'ambito della sopra ricostruita disciplina dei rapporti tra il procuratore della Repubblica e i sostituti addetti all'ufficio assegnatari dei fascicoli processuali.

Il dissenso del capo dell'ufficio sul provvedimento da adottare in materia di libertà personale integra, cioè, una ipotesi di "contrasto" circa le concrete modalità di esercizio delle attività relative alla trattazione del procedimento assegnato al sostituto, venendo a determinarsi le condizioni previste dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 106 del 2006 perché il sostituto, il quale non intenda recedere dall'originaria richiesta, chieda di essere esonerato dalla trattazione del procedimento a tutela della sua autonomia professionale, ovvero perché il procuratore della Repubblica possa, con atto motivato, "revocare l'assegnazione", cui il magistrato può replicare presentando "osservazioni scritte".

In questa prospettiva, è da escludere, invece, l'ulteriore corso della misura cautelare "non assentita", nel senso che è precluso sia al sostituto l'inoltro di una richiesta formulata in difetto di assenso

³³ Sentenza 22 gennaio 2009, Novi, in CED Cass., n. 242293.

o con l'aperto dissenso del procuratore della Repubblica, sia a quest'ultimo l'inoltro della medesima richiesta, seppure corredata dall'atto del suo parziale o totale dissenso.

Peraltro, ha concluso la Corte, l'irrituale inoltro della misura cautelare non assentita o corredata dal parziale o totale dissenso del procuratore della Repubblica non ha alcuna "rilevanza esterna" nel processo: il principio di tipicità e di tassatività delle ipotesi di inammissibilità o di nullità degli atti processuali di cui all'articolo 177 c.p.p. determina che si tratta di una mera irregolarità, irrilevante processualmente e rilevante, semmai, solo sul piano ordinamentale e disciplinare.

10. Poteri di controllo del procuratore e intervento del CSM

E' nella prospettiva concretamente attuativa del potere di controllo del procuratore, che può portare alla soluzione estrema della revoca dell'assegnazione, che sono previste metodiche ordinarie di esercizio di tale controllo, che meritano di essere approfondite per coglierne il contenuto ed i limiti, anche ai fini dell'apprezzamento degli spazi di intervento del CSM cui sopra si è fatto cenno.

Momento tipico di "controllo" del procuratore è rappresentato dall'istituto del "visto".

Infatti, secondo l'ordinaria modalità organizzativa degli uffici, si prevede [rectius, si può prevedere] il "visto" del procuratore della Repubblica rispetto agli atti conclusivi del procedimento penale [in generale per tutti i procedimenti penali o, più opportunamente, per i procedimenti penali rientranti in determinate categorie: quelli di competenza del tribunale collegiale, quelli definibili con l'udienza preliminare, quelli relativi a determinate ipotesi di reato, ecc., secondo le diverse opzioni disciplinate nel progetto organizzativo] ovvero in relazione a talune attività investigative interlocutorie [si pensi, al "visto", relativo alle richieste di intercettazioni, in generale o in caso di proroghe].

Accanto al "visto", che è successivo allo svolgimento dell'attività oggetto dell'"assegnazione", il sistema normativo, come si è accennato, attribuisce al procuratore il potere di fissare "preventivamente" dei criteri [generali o stabiliti nello specifico all'atto dell'assegnazione] cui il magistrato assegnatario del fascicolo deve attenersi (cfr. articolo 2, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006).

Infine, a completare il sistema, è ancora prevista la disciplina,

su cui pure ci si è soffermati, dell'“assenso scritto” del procuratore sui provvedimenti in materia di misure cautelari (articolo 3 del decreto legislativo n. 106 del 2006)³⁴.

Ciò detto, il punto fondamentale da focalizzare - per coniugare il potere di sovraordinazione del procuratore con i principi costituzionali e, comunque, con la sfera di doverosa autonomia che deve conservarsi al sostituto- è il significato da attribuire ai suddetti strumenti di controllo attribuiti al dirigente [visto, criteri direttivi, assenso scritto].

Ebbene, a nostro avviso, la lettura corretta [perché l'unica costituzionalmente orientata: articoli 3, 97 e 112] del “visto”, dei “criteri” direttivi cui il magistrato assegnatario del fascicolo deve attenersi [articolo 2 del decreto legislativo n. 106 del 2006] e dello stesso “assenso scritto” in materia di misure cautelari [articolo 3 dello stesso decreto legislativo n. 106] è solo quella che vede tali strumenti come aventi funzione di controllo di “mera legittimità” in relazione al disposto degli articoli 124 c.p.p. e 73 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (cfr. l'attribuzione del pubblico ministero di vegliare alla osservanza delle leggi).

Analogamente, deve ritenersi con riguardo ai provvedimenti di “revoca” dell'assegnazione che fossero adottati nelle ipotesi paradigmatiche di contrasto tra procuratore e magistrato assegnatario o di violazione da parte del magistrato assegnatario dei criteri dettati dal procuratore.

Il fondamento del potere di sovraordinazione gerarchica del procuratore, per non sconfinare nell'arbitrio, non può basarsi, infatti, su scelte discrezionali di mera opportunità, ma deve trovare fondamento in determinazioni spiegate e giustificate [con adeguata motivazione] con il richiamo ai principi di diritto, sostanziali e procedurali, che si assumono, in ipotesi, violati dal sostituto ovvero ai principi di diritto, sostanziali e procedurali, che fondano il “contrasto” sulle modalità di conduzione delle indagini o di esercizio dell'azione penale.

Queste determinazioni, ovviamente, il CSM non può sindacarle “nel merito”³⁵, ma può e deve verificarne la fondatezza sotto il

³⁴ Nulla esclude, all'evidenza, che l'“assenso scritto” del procuratore sia espressamente previsto, nel progetto organizzativo, anche per attività ed atti ulteriori e diversi rispetto a quelli “cautelari” cui si riferisce l'articolo 3 del decreto legislativo n. 106 del 2006.

³⁵ Al CSM, come è noto, è preclusa la possibilità di intervento in sede dirimente o anche di semplice indirizzo allorquando la questione controversa riguardi esclusivamente profili di interpretazione normativa di norme sostanziali o procedurali e quindi in concreto di attività giurisdizionale.

profilo dell'assenza di evidenti "indici di anomalia" [desumibili, per esempio, dalla contraddittorietà del comportamento assunto durante le indagini, magari con riferimento a diverse posizioni; dal contrasto con l'orientamento pacifico dell'ufficio; dal contrasto con un'interpretazione giurisprudenziale consolidata ed autorevole, immotivatamente pretermessa; ecc.], che depongano per una strumentalità della decisione, abnorme, perché frutto di scelta di mera discrezionalità, priva di una ragionevole motivazione in diritto.

In questa prospettiva, ribadito che il CSM non potrebbe entrare nel merito delle singole scelte processuali, l'apprezzamento sul contrasto insorto tra il procuratore e il sostituto non può che limitarsi al rispetto dell'iter procedurale [come stabilito dalla norma primaria, dalle indicazioni consiliari e dalle scelte organizzative dettagliate nel progetto del procuratore] ed alle ragioni poste alla base delle motivate scelte dei contraddittori [revoca, richiesta di essere esonerati dalla trattazione del fascicolo, ecc.].

Queste scelte non possono che fondarsi su valutazioni di "legittimità", che il CSM non può sindacare nel merito, ma ne può e deve apprezzare [solo] la congruità e la non manifesta abnormità. Così come può e deve apprezzare che non si tratti di giustificazioni "apparenti" e strumentali, dirette a celare scelte di mera opportunità.

Sotto questo profilo, sembra difficile sostenere che possa censurarsi una decisione che trovi un proprio [non apparente e non strumentale] supporto in un autorevole, non controverso orientamento interpretativo della Cassazione.

Analogo ragionamento dovrebbe svilupparsi allorché, specie nel momento tipico della decisione sull'esercizio/non esercizio dell'azione penale, vengano all'attenzione scelte basate sulla interpretazione delle norme e sulla lettura della giurisprudenza: è tematica che può riguardare la lettura da dare all'articolo 125 disposizioni di attuazione c.p.p., ai principi in tema di valutazione delle prove [articoli 187 e s. c.p.p.], ai criteri valutativi che presiedono le misure cautelari, l'esercizio dell'azione penale, la prognosi di condanna [articolo 533, comma 1, c.p.p.], alla qualificazione in diritto del fatto sub iudice, ecc.

Si può e deve pretendere dal CSM un vaglio certamente rigoroso, in punto soprattutto di verifica della possibile strumentalità della scelta processuale, ma una volta che non risultino indici di anomalia evidenti, il CSM non può che prendere atto dei provvedimenti adottati e della valenza squisitamente processuale che i medesimi possono avere.

E' principio incontroverso, infatti, che il CSM non può interloquire su provvedimenti e su scelte processuali.

11. Poteri di controllo e attività civile

E' appena il caso di precisare che i rilevati strumenti di controllo del procuratore, pur precipuamente configurati per l'attività penale e, quindi, ai fini del corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, non possono che valere anche per le attività civili di competenza dell'ufficio requirente. Entrambe le attività, infatti, si riconducono allo stesso ufficio ed al medesimo vertice direttivo-organizzativo. Così, tanto per esemplificare, è nel sistema che il procuratore della Repubblica possa impartire direttive e criteri generali anche ai fini dell'esercizio dell'azione civile, valendo in tal caso in toto le medesime considerazioni sviluppate supra anche in ordine ai limiti di tale attività direttiva, alla disciplina della revoca ed ai poteri di intervento del CSM.³⁶

12. Visto e assenso: quali differenze

Resta da approfondire se e quali differenze esistano tra il "visto" e l'"assenso scritto", anche nell'ottica dell'apprezzamento delle possibili soluzioni terminative del dissenso.

Un ausilio importante lo si può trarre dalla richiamata sentenza delle Sezioni unite, Novi, intervenuta sull'assenso scritto in materia cautelare.

Dagli argomenti sviluppati dalla Corte di legittimità, inquadrando il tema nella disciplina ordinamentale dei rapporti tra procuratore e magistrato assegnatario, è da rilevare, in primo luogo, che trattasi, in entrambi i casi, di momenti di interlocuzione squisitamente interni all'ufficio, nel senso che non si riflettono in alcun modo sulla validità e/o sull'efficacia dell'attività processuale.

Vale solo per l'"assenso scritto", peraltro, l'interdizione del potere di inoltro dell'atto "non assentito", prefigurandosi, in tale evenienza, nella persistenza del contrasto l'obbligatorio ricorso all'istituto della revoca.

Diverso discorso dovrebbe invece farsi, a nostro avviso, per

³⁶ In tal senso, vi è conforto e indirizzo importante nella risoluzione in data 7 luglio 2010, in tema di organizzazione delle Procure minorili, laddove il CSM si è espresso chiaramente in tale direzione interpretativa.

il "visto". Nel senso che, se prevista tale metodica di controllo, il magistrato assegnatario non può derogare all'obbligo di sottoporre l'atto al procuratore della Repubblica e quest'ultimo non può derogare all'obbligo di "vistarlo". In caso, però, di dissenso, non può concettualmente ipotizzarsi l'interdizione dell'ulteriore corso, essendo strutturalmente diverso il mero visto dall'atto di assenso, che presuppone l'adesione piena all'atto redatto dal magistrato assegnatario, che viene a formarsi progressivamente ed a completarsi proprio con l'atto di controllo attribuito al capo dell'ufficio. Ed allora, fisiologicamente, in presenza di un dissenso del procuratore della Repubblica sull'atto sottoposto [solo] a "visto", questi dovrebbe revocare il fascicolo solo se ed in quanto il "dissenso" si risolve in un contrasto sulle modalità di esercizio dell'azione penale ovvero rappresenti di una violazione dei "criteri" dettati in via generale o all'atto dell'assegnazione: ergo, solo se ed in quanto si realizzino le condizioni su cui sopra ci si è soffermati parlando della revoca. Trattasi, quindi, di soluzione non obbligata, nel senso che il "dissenso" non necessariamente ed automaticamente è attestativo di una situazione di contrasto di tale tipo e, in ogni caso, il "visto" non ha la rilevata funzione integrativa [e di adesione] dell'atto redatto dal sostituto tipica del solo "assenso scritto", che, infatti, deve inderogabilmente esserci, almeno sotto il profilo squisitamente ordinamentale, per l'ulteriore corso della richiesta. Il visto, in effetti, è solo una presa d'atto e di conoscenza, che non implica condivisione integrale dell'atto. Ne deriva che l'atto e il successivo inoltro, dopo il visto, rimane nell'esclusiva responsabilità e disponibilità del magistrato assegnatario, il quale potrà disporre l'ulteriore corso anche qualora il procuratore abbia ritenuto di "vistarlo" con riserve. A diversa conclusione dovrebbe pervenirsi solo laddove il procuratore, in occasione del visto, abbia ritenuto di apprezzare una situazione meritevole di essere risolta con l'esercizio del potere di revoca: ciò che, all'evidenza, risolve ab imis ogni questione, derivandone il risultato della attribuzione della competenza a provvedere sul fascicolo in capo al procuratore.

13. La direzione distrettuale antimafia

Per completare il quadro della disciplina organizzativa degli uffici di procura, va soffermata l'attenzione sul disposto dell'articolo 2, comma 1, ultima parte, del decreto legislativo n. 106 del 2006, laddove, in attuazione del disposto di delega (cfr. articolo 2, comma 4, lettera h), si è stabilito che restano in vigore le disposizioni in

materia di procure distrettuali antimafia contenute nell'articolo 70 bis dell'ordinamento giudiziario del 1941.

Si tratta di una previsione quanto mai opportuna, tenuto conto della specificità del settore, ma non in grado di risolvere, peraltro, appieno, nella sua sinteticità, i problemi di coordinamento con le novità ordinamentali che hanno riguardato, in generale, l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero.

Il quesito che può legittimamente porsi è quello se tra il procuratore distrettuale e il suo delegato preposto all'attività di direzione e tra questi e i sostituti addetti alla direzione distrettuale i rapporti vadano o no costruiti, nei limiti della compatibilità con la disciplina "speciale" contenuta nel citato articolo 70 bis, avendo riguardo alle modifiche sistematiche introdotte con il "nuovo" ordinamento giudiziario. In questa prospettiva, solo per esemplificare, è così legittimo chiedersi se sia applicabile senza riserve il disposto dell'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo n. 106 del 2006, nella parte in cui prevede la possibilità per il capo dell'ufficio di porre i "criteri" cui il magistrato delegato deve attenersi nell'esercizio della delega.

A nostro avviso, la risposta deve essere positiva, non essendovi alcuna incompatibilità tra la disposizione di ordine generale e le peculiarità della direzione distrettuale antimafia, né sussistendo, a fortiori, alcuna incompatibilità tra i criteri di cui all'articolo 2, comma 2, e le "direttive" di cui parla il comma 2 dell'articolo 70 bis, che concernono le particolari materie del coordinamento delle investigazioni e dell'impiego della polizia giudiziaria. In quest'ottica, analogamente deve ritenersi che, con riguardo alla direzione distrettuale antimafia, i criteri ex articolo 2, comma 2, possono essere dettati non solo dal procuratore della Repubblica, ma anche dal suo delegato preposto all'attività della direzione.

Un conforto positivo a tale soluzione è rinvenibile nella recente nuova circolare in tema di organizzazione delle direzioni distrettuali antimafia³⁷, dove il CSM, pur precipuamente occupandosi delle modalità di costituzione delle direzioni distrettuali antimafia, in vari passaggi si è espresso per la compatibilità della nuova disciplina ordinamentale con l'organizzazione delle direzioni distrettuali antimafia.

³⁷ Trattasi della circolare del CSM in data 17 novembre 2010, in tema di organizzazione delle direzioni distrettuali antimafia.

14. I rapporti con la stampa

Secondo l'articolo 5 del decreto legislativo n. 106 del 2006, che attua puntualmente le indicazioni contenute nella legge delega (articolo 2, comma 4, lettera f), della legge delega n. 150 del 2005), è il procuratore della Repubblica a mantenere personalmente, ovvero tramite un magistrato dell'ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione.

Si tratta di una disciplina che conferma, laddove ve ne fosse stato bisogno, la rimodulazione "in chiave verticistica e gerarchizzata" dei rapporti tra il procuratore ed i sostituti e, nel contempo, vuole impedire eccessi di protagonismo e di personalizzazione nell'esercizio delle funzioni requirenti, ovvero "nella loro riproposizione ad opera degli organi di informazione"³⁸.

L'articolo 5 cit., oltre a riservare al capo dell'ufficio la cura dei rapporti tra la stampa e l'ufficio requirente, pone l'esplicito divieto ai magistrati della procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio. La violazione del divieto assume anzi rilevanza disciplinare, tanto che il procuratore della Repubblica ha l'obbligo di segnalare al consiglio giudiziario, per l'esercizio del potere di vigilanza e di sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte dei magistrati del suo ufficio che siano in contrasto con tale divieto.

La disciplina di rigore è completata, poi, dalla previsione che ogni informazione inerente alle attività della procura della Repubblica debba essere fornita comunque attribuendola in modo impersonale all'ufficio, escludendo quindi ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento.

Trattasi di una normativa esaustiva, per gli uffici di piccole o medie dimensioni, laddove la dimensione degli affari consente una adeguata informazione del capo dell'ufficio, tale da consentirgli di curare direttamente i rapporti con la stampa, ovvero di delegare in proposito altro magistrato dell'ufficio specificamente determinato³⁹.

La tematica presenta aspetti di maggiore complessità negli uffici di grandi dimensioni, dove il gran numero degli affari può porre il problema dell'effettiva praticabilità di un rapporto esaustivo con la stampa tenuto direttamente e sempre o dal procuratore o

³⁸ Cfr. in questo senso nella delibera del CSM in data 24 settembre 2008, dedicata ai rapporti tra l'ufficio del pubblico ministero e gli organi di informazione.

³⁹ Cfr. in tal senso le delibere del CSM in data 24 settembre 2008 e in data 20 febbraio 2008, in tema di rapporti tra l'ufficio del pubblico ministero e gli organi di informazione.

dal magistrato all'uopo specificamente individuato. Può porsi, in particolare, il problema dell'ammissibilità, in occasione degli incontri con stampa (si pensi, alla conferenza stampa che si intenda organizzare per dare notizia di un'inchiesta di particolare rilievo pubblico), della partecipazione anche del magistrato assegnatario del procedimento per affiancare il procuratore, o il magistrato istituzionalmente delegato a curare i rapporti con la stampa, ed aiutarlo a rispondere alle domande.

Di questa questione si è fatto opportunamente carico il CSM⁴⁰, che si è reso conto dell'impraticabilità di un'interpretazione letterale del disposto normativo contenuto nell'articolo 5 cit., laddove questo sembrerebbe limitare la possibilità della delega del procuratore a curare i rapporti con la stampa solo ad "un magistrato dell'ufficio" specificamente determinato. Secondo il CSM, di tale disposizione va fornita una equilibrata interpretazione sistematica. Per l'effetto, è senz'altro da escludere che la delega possa essere attribuita ad un numero indifferenziato di magistrati. Ma è senz'altro consentita, laddove lo impongano o lo rendano opportuno le dimensioni dell'ufficio, una delega nei confronti di un magistrato per ciascun settore predeterminato di attività dell'ufficio: ergo, per ciascuno dei gruppi di lavoro in cui è ripartito l'ufficio⁴¹.

Trattasi di soluzione convincente ed equilibrata, perché rispetta la surrichiamata finalità di rigore della disciplina primaria, evitando un indiscriminato accesso ai media di un numero indeterminato di magistrati, ma nel contempo consente di modulare opportunamente il perseguimento di tale finalità sul piano dell'organizzazione interna dell'ufficio, assicurando che a fornire l'informazione sia un magistrato effettivamente in grado di conoscere la vicenda di interesse.

Nel contempo, il CSM ha invece espressamente esclusa la possibilità di prevedere la partecipazione alle conferenze stampa del magistrato titolare del procedimento, quando sia diverso dal procuratore o dal magistrato delegato in via generale a curare i rapporti con la stampa: tale partecipazione, si è esattamente osservato, sarebbe configgente con il disposto dell'articolo 5 cit., che impone di fornire ogni informazione "in modo impersonale", attribuendo le attività all'ufficio ed escludendo ogni riferimento al magistrato assegnatario del procedimento.⁴²

⁴⁰ Cfr. la già citata delibera del 24 settembre 2008.

⁴¹ In altri termini, si legittima una delega, operata anche in via permanente, in favore dei magistrati (di regola, i procuratori aggiunti) incaricati di coordinare i singoli gruppi di lavoro.

⁴² In effetti, la partecipazione alla conferenza stampa del magistrato titolare del

15. Le competenze in materia economica e di gestione del personale

Per cogliere il *proprium* del nuovo, più incisivo ruolo ormai attribuito al dirigente dell'ufficio requirente merita ricordare che al procuratore della Repubblica sono attribuite importanti competenze anche in materia economica e di gestione delle risorse.

Competenze che risultano fortemente accentuate con specifico riferimento anche alla diretta gestione anche del personale amministrativo quando si verte in ipotesi di uffici di piccole o medie dimensioni, dove, non infrequentemente, manca la figura del dirigente amministrativo. In tale evenienza, infatti, non può operare a pieno regime il sistema della cosiddetta "doppia dirigenza" prefigurato nel decreto legislativo 25 luglio 2006 n. 240, dove, per la concreta gestione dell'ufficio, a fianco del magistrato capo dell'ufficio giudiziario⁴³, si colloca il dirigente amministrativo "preposto all'ufficio", cui competono la gestione del personale amministrativo, da attuare in coerenza con gli indirizzi del magistrato capo dell'ufficio, e la gestione delle risorse finanziarie e strumentali assegnate all'ufficio. Poiché il ruolo e le funzioni di dirigente amministrativo possono essere attribuiti solo a dirigenti almeno "di seconda fascia", negli uffici ove tale profilo professionale manchi (in realtà: la maggior parte di quelli di piccole dimensioni; ma anche molti di medie dimensioni), le relative funzioni sono sostanzialmente svolte direttamente dal magistrato capo dell'ufficio giudiziario⁴⁴, che finisce con l'essere direttamente onerato, tra l'altro, della gestione del personale amministrativo.

16. Impiego della polizia giudiziaria, delle risorse finanziarie e tecnologiche

A prescindere da quanto osservato sopra a proposito della gestione dell'ufficio, al procuratore è attribuita per legge una peculiare competenza gestionale che attiene stavolta all'utilizzo in

procedimento "tradirebbe" inevitabilmente tale suo ruolo e determinerebbe una diretta violazione del divieto di legge: cfr. ancora nella delibera del CSM del 24 settembre 2008.

⁴³ Cui è attribuita la titolarità e la rappresentanza dell'ufficio, oltre che la competenza ad adottare i provvedimenti necessari per l'organizzazione dell'attività giudiziaria e, comunque, concernenti la gestione del personale di magistratura ed il suo stato giuridico.

⁴⁴ Cfr., in tal senso, la circolare del Ministero della giustizia- Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi in data 31 ottobre 2006.

senso generale delle risorse personali ed economiche nel diretto svolgimento dell'attività giudiziaria.

La norma di riferimento è contenuta nel già ricordato articolo 4 del decreto legislativo n. 106 del 2006, la cui rubrica recita: "impiego della polizia giudiziaria, delle risorse finanziarie e tecnologiche". Secondo tale disposizione, per assicurare l'efficienza dell'attività dell'ufficio, il procuratore della Repubblica può determinare i criteri generali ai quali i magistrati addetti all'ufficio devono attenersi - anche per l'impostazione delle indagini - nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche assegnate e nella utilizzazione delle risorse finanziarie delle quali l'ufficio può disporre.

Comesì è avuto occasione di accennare, la finalità della previsione è quella di assicurare "l'efficienza" dell'attività dell'ufficio. Dalla lettura complessiva della norma, peraltro, emerge che particolare attenzione deve porsi (anche) alle esigenze del "risparmio". Nella prospettiva del legislatore si vorrebbe, in tutta evidenza, che il capo dell'ufficio, nell'organizzazione della procura, adottasse criteri per un sapiente (nel senso di parsimonioso) uso delle risorse finanziarie e ciò con specifico riguardo alle intercettazioni, alle consulenze, all'impiego della polizia giudiziaria. Che questa sia la finalità lo si ricava, in maniera sufficientemente chiara, dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 106 del 2006, laddove non ci si preoccupa tanto dei protocolli investigativi, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il ricorso a metodiche dispendiose (significativo, in tal senso, è l'accento alla previsione di "soglie minime di valore" per l'affidamento di incarichi di consulenza, ed altrettanto significativo è quello al ricorso all'utilizzo della documentazione del traffico telefonico, piuttosto che allo strumento dell'intercettazione telefonica, per i reati commessi a mezzo del telefono).

Si è già detto, peraltro, che la norma, pur dettata per soddisfare finalità organizzative e di bilancio, non possa essere interpretata (ed applicata) in termini tali da determinare ricadute sull'attività (principalmente investigativa) dell'ufficio di procura, pena un inevitabile rischio di condizionamento delle concrete modalità di soddisfazione degli obblighi costituzionali (in primis, quello dell'obbligatorietà dell'azione penale dettato dall'articolo 112 della Costituzione).

In questa prospettiva, a ben vedere, la previsione normativa *de qua* va correttamente intesa solo come richiamo in occasione delle determinazioni del magistrato del pubblico ministero ad una particolare attenzione all'effettiva utilità dello strumento

investigativo ed alla scelta della metodica più conveniente sotto il profilo dei costi (economici) e degli (sperabili) vantaggi (investigativi).

I criteri dettati in proposito dal procuratore della Repubblica attengono normalmente al momento organizzativo dell'attività e non, almeno in via immediata, al merito dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Però, allorché si traducano in indicazioni prescrittive relative alle condizioni di utilizzo di determinate metodiche investigative importanti l'impiego di risorse, potranno e dovranno vincolare il proprium delle scelte investigative dei sostituti, tanto da potere rilevare, in caso di inosservanza, ai fini della revoca dell'assegnazione: può farsi l'esempio di indicazioni limitative circa il ricorso alle consulenze tecniche in determinate materie o nell'assenza di determinate condizioni; può valere, altresì, l'esempio dei limiti stabiliti per il conveniente ricorso all'acquisizione dei tabulati telefonici o alle intercettazioni; può farsi, ancora, l'esempio delle indicazioni prescrittive in tema di mantenimento delle cose in sequestro custodite onerosamente presso terzi.

17. Le scelte economico-gestionali

In puntuale ossequio alle indicazioni dettate dall'articolo 4 del decreto legislativo n. 106 del 2006, gli uffici più accorti si sono quindi attivati per dettare criteri generali diretti a coniugare le esigenze della efficienza e del risparmio con quelle della completezza ed esaustività delle investigazioni.

Così, richiamando l'attenzione dei magistrati dell'ufficio sulla duplice esigenza di attivare lo strumento delle investigazioni telefoniche o ambientali o telematiche solo allorché si tratti di metodica investigativa realmente necessaria (nel rispetto del resto delle rigorose condizioni di legge) e di evitare il ricorso indiscriminato all'istituto della proroga allorché tale metodica non abbia fornito riscontri significativamente utili. Magari prevedendo che le richieste di proroga delle intercettazioni ulteriori rispetto alla prima vengano viste dal procuratore della Repubblica.

Così, parimenti, richiamando l'attenzione sull'esigenza di contenuto analogo, di attivare lo strumento della richiesta dei tabulati afferenti il traffico telefonico e telematico solo allorché effettivamente necessario e solo relativamente a fattispecie incriminatici rispetto alle quali tale metodica risulti

prognosticamente utile.

Così, ancora, richiamando l'attenzione sulle consulenze tecniche, evidenziando, per esempio, l'opportunità che vengano disposte (specie in forma collegiale) solo quando realmente utili e non surrogabili con le investigazioni tecniche direttamente svolte dagli organi tecnici della polizia giudiziaria; evidenziando, poi, l'esigenza di prestare particolare attenzione alla liquidazione dei compensi (ad esempio, l'obbligatoria riduzione del compenso in caso di deposito in ritardo ovvero la liquidabilità delle sole spese autorizzate e documentate); evidenziando, ancora, sempre per esemplificare, che nella scelta dei consulenti tecnici venga adottata una ragionevole turnazione, che coniughi l'esigenza di ottenere il miglior apporto tecnico possibile con quella di evitare ingiustificate posizioni di comodo, che penalizzino il coinvolgimento di altre, magari migliori, professionalità esterne.

Così, ancora, richiamando l'attenzione sull'esigenze di limitare il mantenimento in sequestro dei veicoli e degli altri beni in custodia onerosa presso terzi nei soli casi in cui tale mantenimento risulti necessario per soddisfare specifiche esigenze processuali, connesse alla prova del reato o alla futura confiscabilità della cosa.

Così, ancora, richiamando l'attenzione sui rigorosi limiti entro i quali è prevista la messa a disposizione della autorità giudiziaria dei cadaveri delle persone decedute: solo nei casi in cui sussista un concreto fumus di reato, onde solo in tali casi è doveroso procedere ad autopsia e/o a visita esterna sul cadavere, a spese dell'amministrazione della giustizia.

18. Il programma annuale

Per quanto detto, l'esigenza (anche) del risparmio o, meglio, del corretto ed efficiente impiego delle risorse, deve essere tenuta sempre presente. Tanto è vero che, ogni anno, il capo dell'ufficio deve redigere, inviandolo al Ministero della giustizia, il programma annuale delle attività, rappresentando, tra l'altro, in tale sede, le iniziative che ha intrapreso o intende intraprendere, non solo per la riduzione dell'arretrato e l'accelerazione dei tempi della definizione dei procedimenti, ma anche per la riduzione delle spese di giustizia (cfr. articolo 4 del decreto legislativo n. 240 del 2006). E' un'obbligazione di risultato la cui soddisfazione può scontare la carenza della dotazione degli organici, sia del personale magistratuale che di quello amministrativo (scoperture o, addirittura, inadeguatezze degli organici) e può scontare,

soprattutto, la carenza nelle dotazioni informatiche (tale da contrastare con quell'esigenza di monitoraggio continuo delle attività dell'ufficio che costituisce condizione essenziale per qualsivoglia sforzo organizzativo migliorativo).

19. I rapporti con la procura generale

Solo per completezza ricostruttiva, e prima di rassegnare le conclusioni, merita soffermare l'attenzione sull'articolo 6 del decreto legislativo n. 106 del 2006, che disciplina l'attività di vigilanza del procuratore generale presso la corte di appello sugli uffici requirenti del distretto.

La norma costituisce la pressochè letterale trasposizione del disposto di delega (articolo 2, comma 4, lettera g), laddove, in tutta evidenza, si è finito con il costruire un rapporto improntato ad una sorta di "condizionamento" (sia pure implicito) *ab externo* dell'ufficio di procura rispetto alla procura generale del distretto e, mediamente, rispetto al procuratore generale della Corte di cassazione.

In sostanza, si attribuisce al procuratore generale presso la corte di appello il potere di acquisire dalle procure del distretto "dati e notizie" al fine di verificare "il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo" e si introduce la previsione della "relazione" che in proposito il procuratore generale del distretto deve fare, almeno annualmente, al procuratore generale della Cassazione.

E' un sistema in cui, ben al di là e più pregnantemente del generico potere di sorveglianza di cui all'articolo 16 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511, si prefigura la costruzione di una sorta di potere di sindacato sulle modalità di organizzazione dell'ufficio sia pure mediato attraverso la verifica del modo in cui, in concreto, viene esercitata l'azione penale: l'apprezzamento su tale esercizio non può prescindere, infatti, (anche) dalla valutazione delle modalità di organizzazione dell'ufficio.

L'intenzione (neppure tanto mascherata) di creare un sistema che si vorrebbe fortemente gerarchizzato dell'apparato requirente della magistratura è desumibile dalla considerazione che destinatario finale delle informazioni sul corretto esercizio dell'azione penale è il titolare dell'azione disciplinare, il quale, a ben vedere, solo a tale titolo potrebbe e dovrebbe essere interessato.

Nonostante questa intenzione, sarebbe improprio, in tutta probabilità, richiamare la nozione della "gerarchia", non essendo

configurato alcun potere conformativo diretto, realizzabile con lo strumento dell'ordine e neppure con quello della direttiva (è da escludere, per intenderci, che il procuratore generale possa interloquire ed interferire direttamente sulle modalità di conduzione delle indagini e di esercizio dell'azione penale, al di fuori delle tassative ipotesi previste dal codice di procedura penale: cfr. articolo 412 c.p.p.⁴⁵). Ma è inevitabile leggere nel *novum* normativo spunti interpretativi a favore della divisa costruzione di un sistema in cui, indirettamente, dall'esterno, si vorrebbe poter indirizzare le scelte organizzative dei singoli uffici requirenti in una direzione, anziché in un'altra, siccome ritenuta più efficace nella direzione del (preteso) corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale.

Sotto questo profilo, la normativa delegata, meramente traspositiva del dettato di delega, non offre spunti interpretativi di sorta, essendosi persa l'occasione, soprattutto, di coordinare il prefigurato potere di vigilanza con quello già previsto dal citato articolo 16 del decreto legislativo n. 511 del 1946 e, finanche, con l'attività di vigilanza attribuita al consiglio giudiziario (articolo 2, comma 3, lettera r), della legge delega e articolo 15, comma 1, lettere c) e d), del decreto legislativo n. 25 del 2006, dedicato alla nuova disciplina dei consigli giudiziari), organo del quale fa parte, quale componente di diritto, il procuratore generale del distretto.

⁴⁵ In questa prospettiva si fa apprezzare la delibera del CSM del 6 aprile 2011, resa per rispondere a quesito in ordine al potere del procuratore generale di prendere visione degli atti a fini di eventuale avocazione, laddove l'organo di autogoverno, dopo avere preso atto che la disciplina codicistica non solo individua diverse ipotesi di avocazione, ma delinea in relazione a ciascuna di esse un distinto ambito conoscitivo rimesso al procuratore generale, che tiene conto sia della natura obbligatoria ovvero facoltativa dell'avocazione, sia della necessità di tutelare il segreto investigativo, ha opportunamente affermato che la richiesta del procuratore generale deve essere quantomeno corredata dalla specifica indicazione dell'ipotesi normativa legittimante l'esercizio del potere di avocazione, di talché, in sua mancanza, tale richiesta sarebbe da ritenere assolutamente generica e non coerente con la normativa primaria e secondaria vigente. Per l'effetto, in tale evenienza, il procuratore della Repubblica non sarebbe tenuto a dare seguito alla richiesta di trasmissione di atti del procuratore generale, se e qualora questa fosse appunto avanzata genericamente «al fine di un'eventuale avocazione».

20. Conclusione

Dopo la disamina della disciplina, possono trarsi alcune considerazioni conclusive. Indubbia, nel sistema normativo, la posizione di “sovraordinazione gerarchica” del procuratore della Repubblica, titolare esclusivo dell’esercizio dell’azione penale, rispetto ai sostituti addetti all’ufficio. Basti pensare ai criteri che il capo dell’ufficio può fissare, in via generale o nello specifico, per la trattazione dei fascicoli assegnati ai sostituti. Basti pensare, ancora, alla disciplina della revoca dell’assegnazione.

Il capo dell’ufficio non è però *legibus solutus*: al contrario, e in tale direzione si esprimono gli interventi del CSM più volte ricordati, è il senso di responsabilità e il rispetto dei principi costituzionali (giusto processo; corretto, puntuale e uniforme esercizio dell’azione penale; autonomia dei singoli magistrati del pubblico ministero, ecc.) che devono guidare ogni momento gestionale nell’organizzazione dell’attività dell’ufficio. In questa prospettiva, l’obbligo della motivazione, imposto nei momenti topici (tra questi, quello della revoca dell’assegnazione; ma ravvisabile, più in generale, già anche nel momento della predisposizione del programma organizzativo) rappresenta la migliore garanzia e, nel contempo, lo strumento per il controllo sull’attività del dirigente.

Importante, ancora, rispetto al passato, per cogliere la complessità della figura del procuratore della Repubblica, l’attenzione imposta al dirigente per la ragionevole ed efficiente gestione delle risorse umane e finanziarie: la soddisfazione di questo risultato rappresenta un parametro fondamentale ai fini della conferma nell’ufficio e, comunque, per la progressione in carriera.

La sfida per i “nuovi” dirigenti delle procure è, quindi, nel contempo, antica e moderna: nel primo caso, in ragione del costante ed inderogabile rispetto dei principi costituzionali, che devono sempre guidarlo nell’esercizio dei, pur fortemente rafforzati, poteri di direzione e, soprattutto, nei rapporti con i sostituti; nell’altro caso, perché l’efficienza gestionale deve essere un obiettivo assolutamente inderogabile, rientrando anche questo profilo nel *proprium* del corretto esercizio dell’azione penale.



IL CONFLITTO E LA MEDIAZIONE

ANNAMARIA ROMANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Giustizia riparativa e Mediazione penale - 3. Mediazione dei conflitti - 4. Mediazione – Alcune definizioni - 5. Mediazione penale - 6. La mediazione nella giustizia minorile - 7. La mediazione negli adulti - 8. Mediazione e riparazione nella competenza del giudice di pace - Conclusioni - Bibliografia

1. Introduzione

Il termine mediazione, che non possiede un significato univoco, rinvia ad un nuovo approccio alle dinamiche sociali e a tecniche di intervento sociale basate su incontro e confronto tra le parti; prescindendo dalla risposta giudiziaria per taluni conflitti interpersonali, promuove una modalità di gestione e risoluzione dei conflitti derivanti dal reato, nella più ampia prospettiva della giustizia riparativa.

La comparsa della mediazione in Italia si inserisce su una pluralità di obiettivi:

- la perdita della centralità dello Stato ed il recupero del ruolo della Comunità nella gestione delle problematiche sociali;
- la ricerca di nuovi strumenti di gestione dei conflitti, in alternativa a quello giudiziario;
- il funzionamento della giustizia in termini di sovraccarico giudiziario.

Questi argomenti sono tematizzati e sviluppati nella presente relazione.

Fare mediazione significa prendersi cura di comportamenti antisociali e/o antiggiuridici che producono risentimento, desiderio di rivalsa, umiliazione, incomprensione, senso di colpa; è necessario affrontare i potenziali effetti distruttivi di tali sentimenti e inserirsi tra coloro che ne sono portatori, recuperando la fonte dei conflitti

* Educatrice presso la Casa Circondariale di Ferrara.

che creano isolamento e separazione tra i confliggenti.

Sviluppare la mediazione dentro e fuori l'ambito giudiziario significa offrire una maggiore attenzione ai protagonisti della vicenda penale: aumenta la considerazione per la vittima e nei confronti del colpevole si apre alla responsabilizzazione. Ma l'elemento caratterizzante la mediazione è la ripresa della comunicazione interrotta dal reato, per raggiungere una risoluzione soddisfacente del conflitto.

Va rilevato, al riguardo, il carattere di prevenzione della mediazione, che la distingue dal risarcimento e restituzione, con le quali spesso viene confusa. Con il primo termine si intende la monetizzazione del danno subito dalla vittima, con il secondo, invece, la consegna al legittimo titolare dell'oggetto materiale del comportamento criminoso. Risarcimento e restituzione, benché potenzialmente utilizzabili dalla mediazione, non coincidono con essa, che, volta all'elaborazione del conflitto, comporta un profondo lavoro interiore e la definizione di uno spazio di intesa in cui facilitare la comunicazione tra le parti.

2. Giustizia riparativa e mediazione penale

Diversi modelli di applicazione della giustizia si sono succeduti in relazione al mutare degli orientamenti filosofici e di ricerca e ai cambiamenti politici che li hanno sostenuti o che ne hanno determinato il declino. I tre modelli di giustizia individuati come sostanziali, ma con divergenti oggetto, mezzi ed obiettivi, sono il Modello retributivo, il Modello riabilitativo ed il Modello riparativo. L'affermarsi di un nuovo paradigma riparativo viene considerato positivamente in Italia, da alcuni anni, soprattutto in ambito criminologico.

U. Gatti e M.I. Marugo, lo definiscono un "*nuovo modello sostanziale di giustizia*" successivo a quello retributivo e riabilitativo. Tale modello si fa risalire a forme di giustizia che considerano il crimine come offesa al singolo piuttosto che allo Stato e, di conseguenza, è finalizzato alla riparazione del danno provocato e al recupero della relazione ferita. La giustizia moderna, escludendo, attraverso la filosofia della retribuzione, la vittima a favore del prevalere dello Stato come controparte, avrebbe prodotto un estraniamento dei protagonisti dal conflitto e consolidato obiettivi della giustizia sempre più indipendenti dalla considerazione del danno oggetto di giudizio e dei soggetti coinvolti. L'affermazione del modello riabilitativo, con l'attenzione prevalente all'autore del

reato, avrebbe aumentato il divario tra il sistema di giustizia e le vittime, l'origine reale del conflitto, il danno, mai del tutto imputabile ad una sola delle parti contrapposte, e la limitata possibilità di ricomporre la relazione attraverso la responsabilizzazione e il riconoscimento della conflittualità che è insita nei rapporti sociali (U. Gatti, M.I. Marugo, 1994).

S. Ciappi, A. Coluccia parlano di "*strategie di intervento penale a confronto*". Essi non fanno risalire il nuovo modello a singole e ben determinate correnti di pensiero, ma lo considerano il risultato della congiunzione di diverse posizioni dottrinarie in merito alle funzioni della pena, all'essenza del conflitto, al ruolo dello Stato e alla disillusione rispetto alle aspettative sostenute dai modelli precedenti (S. Ciappi, A. Coluccia, 1997).

Anche in G. Scardaccione, A. Baldry, M. Scali è presente la stessa successione di modelli di giustizia come "*modelli di intervento*" nella giustizia minorile. Le Autrici differenziano tra un modello tradizionale ed uno alternativo di giustizia, che, rispetto alle caratteristiche evidenziate dagli altri Autori, sottolinea in modo più energico che il risarcimento del danno alla vittima non va inteso solo in senso materiale, ma comprende anche aspetti morali e simbolici. Inoltre nel modello riparativo emergono nuove figure professionali, i mediatori, che non necessariamente devono appartenere al sistema istituzionale di giustizia (G. Scardaccione, A. Baldry, M. Scali, 1998).

Le caratteristiche dei modelli di giustizia presentati da questi ed altri Autori danno centralità ad una diversa forma di relazione tra autorità e singoli soggetti coinvolti: alla relazione autoritaria, si sostituisce la negoziazione responsabilizzante tra Stato e cittadino.

Laddove per il modello retributivo il riferimento principale è al reato, nel modello riabilitativo diventa il delinquente e nel modello riparativo viene sostituito dal danno; quindi, alla punizione, propria del primo, e al trattamento, proprio del secondo, si sostituisce, con il nuovo modello, l'obbligo alla riparazione, diventando centrale la posizione della vittima. Il modello riparativo oppone la centralità della soddisfazione delle parti coinvolte nel conflitto, alla giusta punizione del primo modello e all'adeguamento del comportamento del modello riabilitativo; modelli, questi, contestualizzabili nel succedersi dello Stato di potere, dello Stato assistenzialista e di uno Stato responsabilizzante (F. Vianello, 2004).

L'interesse della criminologia italiana, ed in particolare di quella minorile, è riscontrabile anche in altri Autori (tra gli altri A. Ceretti, 1992; G. Pisapia, 1997; De Leo, 1998) e dimostrato dai diversi convegni e seminari sulle ipotesi attuative di programmi

di mediazione, quale strumento di giustizia riparativa, organizzati dall'Ufficio centrale poi Dipartimento per la Giustizia minorile del Ministero della Giustizia.

Il principale motivo ispiratore del modello di giustizia riparativa è, quindi, la consapevolezza dell'incapacità dei sistemi di giustizia penale, basati su politiche di deterrenza o su programmi di riabilitazione, di raggiungere gli obiettivi prefissati.

La giustizia riparativa può essere definita, pertanto, come una forma di risposta che coinvolge la vittima, il reo e/o la collettività nella ricerca di soluzioni agli effetti del conflitto derivante dall'illecito e nel promuovere la riparazione delle conseguenze lesive dell'evento, per rafforzare il senso di sicurezza collettivo. Da alcuni anni in Italia sono state introdotte delle previsioni normative sulla tutela delle vittime e l'avvio di attività di giustizia riparativa.

Lo stesso Consiglio d'Europa ha adottato strumenti di giustizia riparativa, quali l'invito della Commissione nel 1999 a realizzare misure per migliorare la protezione e il trattamento delle vittime e la Decisione Quadro del 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, consigliando agli Stati membri di adottare una regolamentazione in merito al trattamento da riservare alle vittime di reato, con specifici programmi di mediazione.

I programmi di giustizia riparativa prevedono il coinvolgimento della vittima a cui è dedicata particolare attenzione e tutela, del reo, destinatario di interventi di responsabilizzazione rispetto alle conseguenze del reato, della Comunità, che può partecipare alle politiche di riparazione e sicurezza sociale. Strumento chiave della pratica riparatoria e dei programmi di aiuto alle vittime è la mediazione, riconosciuta come tale anche in sede di Consiglio d'Europa, che si è fatta strada in Italia a partire dal sistema penale minorile.

3. La mediazione dei conflitti

Il tema, particolarmente importante, della mediazione dei conflitti si è affermato in Italia soprattutto negli ultimi anni e riguarda la possibilità di favorire l'elaborazione e soluzione di situazioni problematiche, attraverso il confronto tra le parti coinvolte.

Il conflitto rappresenta un momento di rottura e scontro all'interno del sistema sociale e di quello interindividuale, ma può anche implicare il tentativo di ridefinire la relazione tra le parti in senso evolutivo.

Secondo Novara (2001) gli attori del conflitto possono

interpretare e gestire la situazione sia in termini oppositivi, evitanti o distruttivi, sia come possibilità di esprimere se stessi in modo autentico, attraverso una relazionalità tendenzialmente poco mediata da norme e valori, perché vissuta con particolare intensità emotiva.

La nostra cultura tradizionalmente ha assegnato al sistema della giustizia la decisione e soluzione di una serie di conflitti di natura sociale e personale, gestite autonomamente da chi è direttamente coinvolto. Ma la dimensione della legalità, quale filtro dei contenuti in merito ai quali assumere decisioni giudiziarie, non è in grado di offrire tutte le possibili risposte a molteplici situazioni problematiche, poiché le previsioni normative non assicurano, di per sé, la possibilità di regolare qualsiasi forma di comportamento (Resta, 2001). La gestione del conflitto secondo il criterio della legalità mette in primo piano la decisione del giudice, la cui imparzialità è legata ai principi astratti della norma, ma che non riconosce alcuna capacità decisionale in chi è portatore del conflitto, presupponendo che egli non sia in grado di gestire la disputa nella quale è coinvolto, dovendo necessariamente delegare al giudice il ruolo decisionale (Resta, 2001).

In un processo in cui le parti in contrasto intraprendono un autonomo percorso di gestione del conflitto, il ricorso ad una figura esterna, che contribuisca alla risoluzione dello stesso, assume caratteristiche diverse rispetto al coinvolgimento del giudice. In questo caso, infatti, al terzo estraneo è riconosciuta l'imparzialità, perché nominato da entrambe le parti, e sulla base di tale "potere" di fatto, il mediatore deve facilitare lo scambio comunicativo, contribuendo a trovare la migliore risposta possibile affinché i soggetti, portatori di interessi diversi, possano ricevere soddisfazione e vantaggio personale. In tale ruolo il mediatore non è *super partes*, ma si colloca "in mezzo" alle parti, utilizzando il conflitto come elemento che paradossalmente unisce le parti stesse e come unica reale risorsa in grado di riattivare un percorso comunicativo interrotto.

In questo processo dinamico il mediatore si "immedesima" nell'una e nell'altra parte, perdendo in questo modo la propria neutralità, ma al tempo stesso differenziandosi tanto dal sistema giudicante, quanto dai confliggenti (Resta, 2001). La soluzione del conflitto, in tal modo, è legata alla modalità con cui esso stesso viene osservato, sentito e rielaborato attraverso il mediatore, che, mettendo in gioco la sua competenza all'interno della situazione, rende comprensibili linguaggi e significati comunicativi molto diversi tra di loro.

L'idea della mediazione, dal punto di vista applicativo, nel contesto della giustizia si è sviluppata a partire dal settore delle separazioni coniugali (mediazione familiare) e, successivamente, in campo penale, secondo i criteri del modello di giustizia riparativa.

Questo modo di affrontare i problemi di interazione promuove il riconoscimento reciproco ed il rispetto tra le diversità che si esprimono attraverso il conflitto, rinforzando la capacità di trovare accordi in cui impegnarsi responsabilmente per un cambiamento percepito di utilità comune.

L'intervento di mediazione ha carattere preventivo, mirando esso non solo ad evitare un peggioramento del conflitto affrontato, ma anche e soprattutto a diffondere una nuova modalità di affrontare e risolvere i problemi attraverso il confronto costruttivo, e non per mezzo del conflitto stesso (Savona, Ciappi e Travaini 1999).

4. Mediazione. Alcune definizioni

Le definizioni di mediazione offerte dalla letteratura sono molte e spesso tale pratica fatica a ritagliarsi spazi operativi in previsioni legislative che non la prevedono esplicitamente. Tra le definizioni più note vi sono:

- quella di Jean-Pierre Bonafè-Schmitt, dal 1998 largamente condivisa in Francia e da qualche anno riproposta anche in Italia, che definisce la mediazione come "un processo, il più delle volte formale, con il quale un terzo neutrale tenta, mediante scambi tra le parti, di permettere a queste ultime di confrontare i propri punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che le oppone" (J-P. Bonafè-Schmitt, 1992 a).

La definizione di Bonafè-Schmitt, che più aderisce al concetto di mediazione, privilegia il tema relativo al "titolare della decisione *sul conflitto*", contrapponendo alla decisione del giudice terzo che deve dirimere il conflitto, l'aggiustamento dei punti di vista delle parti confliggenti, che, aiutate, ma autonomamente, giungono a proporre una loro soluzione. La formalità del processo di cui egli parla è riferita all'organizzazione delle diverse fasi di cui è costituito il processo mediatorio (F. Vianello, 2004). A partire da questa definizione risulta evidente che la mediazione si concentra sui danni e sugli effetti prodotti dal reato, ovvero sulla rottura di una relazione sociale in senso più ampio, e tende a far sì che l'autore e la vittima riprendano a dialogare tra loro.

- quella di Carbonnier, che in parte si contrappone alla prima,

sottolineando la necessaria informalità del processo mediatorio, che consisterebbe in *“qualunque modo informale, insolito, di risoluzione da parte di un terzo di conflitti che avrebbero potuto essere a priori risolti formalmente da un Giudice tradizionale”* (J. Carbonnier, 1988).

Comune ad entrambe le posizioni è la volontà di presentare la mediazione come una sorta di giustizia alternativa più vicina agli utenti, e meno formale, che si basa su una filosofia di intervento il cui scopo primario è quello di opporsi all'allontanamento delle parti dal conflitto che li riguarda, operato dal sistema tradizionale di regolazione dei conflitti (F. Vianello, 2004).

- quella di Jacqueline Morineau, referente principale per la mediazione di Parigi, che definisce la mediazione come un contenitore privilegiato per accogliere il disordine, cioè il conflitto, o meglio l'insieme di sentimenti, emozioni e vissuti di sofferenza che il soggetto prova rispetto al conflitto.

Nella mediazione si accetta di incontrare la sofferenza causata dal conflitto, e si offre ai protagonisti un luogo ed un tempo privilegiati, nel quale, attraverso la comunicazione, si cerca di trasformare il disordine per giungere alla riconciliazione. Significa, questo, lavorare sulla dimensione umana ed emotiva del conflitto. Il metodo umanistico, di cui la Morineau è fondatrice, pone al centro l'uomo, i suoi valori più profondi feriti dal conflitto, affinché emergano e siano conosciuti e riconosciuti dall'altro confliggente. La vittima, quindi, finora situata ai margini della vicenda processuale, viene riconosciuta come persona che prova sentimenti rispetto all'evento, che vanno però esplicitati e rielaborati attraverso un processo di riconoscimento reciproco.

In tale contesto il reato è visto come una vicenda relazionale che nasconde molteplici situazioni e stati emotivi che non trovano risposta nella sentenza e l'obiettivo è la risposta al bisogno di giustizia della vittima, che spesso non trova soddisfazione nella pena inflitta, né nel risarcimento economico.

Per delineare che tipo di collocazione si può prospettare per la mediazione nel nostro ordinamento, si analizzano di seguito gli spazi normativi che consentono di ricorrervi, ed in particolare, le specificità del ricorso ad essa nella giustizia minorile ed in quella degli adulti.

5. Mediazione penale

L'intervento di mediazione penale può essere identificato come la forma più espressamente applicativa dei principi di giustizia riparativa e si può definire come intervento sul conflitto originato da un reato. Esso nel contesto giuridico-penale emerge come strumento di soluzione dei conflitti, a cui si può ricorrere prima, nel corso o addirittura successivamente alla vicenda processuale.

Gli ambiti di applicazione possono essere i più diversi: dal settore civile a quello penale, dal contenzioso amministrativo alle controversie di lavoro. Nel settore penale si tende a valorizzare l'aspetto relazionale del conflitto che nasce dal reato, ritenendo che possa favorire una responsabilizzazione rispetto alle condotte illecite.

La Raccomandazione del Consiglio d'Europa Nr. R (99) 19 definisce la mediazione in ambito penale come ogni processo in cui la vittima e l'autore di reato possono partecipare attivamente alla risoluzione dei problemi successivi alla commissione di un reato, attraverso l'aiuto di un mediatore. Essa contiene il principio dell'autonomia della mediazione rispetto al sistema della giustizia, riconoscendo che essa sta al di fuori del processo giudiziario e si configura come spazio altro. La mediazione si propone da una parte come tentativo di snellire il sistema giustizia, dall'altro come alternativa alla giustizia, in quanto agisce al di fuori del processo, con modalità operative e finalità diverse. L'attività di mediazione si basa sul consenso libero delle parti che hanno il potere e la responsabilità di decidere se e come trovare una soluzione al loro conflitto ed il mediatore, che non ha potere sulle parti, ha il compito di facilitare la comunicazione, creando un clima che consenta di esprimersi liberamente.

La mediazione è un'attività che non viene svolta dai giudici e dagli operatori della giustizia ed avviene fuori dalle aule giudiziarie; la sua finalità non è quella di accertare la verità dei fatti, né di stabilire chi ha torto o ragione, ma attraverso l'ascolto delle emozioni e il riconoscimento dei valori delle persone in conflitto, prendere in carico la relazione e stabilire una comunicazione tra le stesse. L'elemento innovativo di tale pratica consiste nella rilettura consensuale-cooperativa del rapporto reo-vittima; la parte offesa nella mediazione sente ascoltate le sue ragioni e soddisfatte le sue aspettative.

“La mediazione allora diventa quella tra universi di senso possibili in riferimento ad una situazione precisa, contestuale, che conduca ad una decostruzione dei dogmi scientifici o normativi

e apra agli ideali di una partecipazione democratica". Benché la mediazione non possa aspirare a sostituire i compiti primari dello Stato, quali la funzione giurisprudenziale e il controllo dei poteri, tuttavia con essa si abbandona la pretesa esclusività che il diritto statale avanza nella strutturazione e risoluzione dei conflitti, cercando di riformulare problemi ed individuarne soluzioni pratiche e contingenti (F. Vianello, 2004, 73).

La prospettiva della mediazione nasce dall'esigenza di ridefinire il rapporto con l'autorità e promuovere una responsabilizzazione degli individui che li conduca ad una partecipazione attiva ai processi sociali che li coinvolgono.

Ogni manifestazione di aggressività e di violenza, infatti, lascia sempre nelle vittime di reati una forma di risentimento, amarezza, paura, desiderio di rivalsa, che, se non presi in carico, daranno origine ad ulteriori contese che possono estendersi all'ambiente sociale di provenienza delle parti. Ogni volta che si parla di mediazione, la responsabilità non ha più soltanto a che fare con l'essere "responsabili di" e "per", ma è intesa come un percorso che porta i confliggenti ad essere responsabili "verso" qualcuno.

6. La mediazione nella giustizia minorile

L'emergere della prospettiva mediatrice in Italia è legato alla riforma del processo penale minorile, avvenuta con D.P.R. 448/1988.

Successivamente alla riforma, numerose raccomandazioni espresse a livello europeo portano gli Stati membri ad adoperarsi in favore della prevenzione e della risoluzione dei conflitti, soprattutto se vi sono coinvolti dei minori.

L'art. 13 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del bambino, firmato a Strasburgo nel gennaio del 1996 ed intitolato "Mediazione ed altri metodi di risoluzione dei conflitti" in particolare recita: "Al fine di prevenire o di risolvere i conflitti ed evitare le procedure che interessano i minori davanti ad un'autorità giudiziaria, le Parti incoraggiano la messa in opera della mediazione o di ogni altro metodo di risoluzione dei conflitti e la loro utilizzazione per concludere un accordo, nei casi appropriati determinati dalle Parti". Si evidenziano, in tale affermazione, le scelte politico-culturali che la sottendono e che costituiscono le più importanti premesse della teoria della mediazione: una regolazione dei conflitti che non colpevolizzi, ma responsabilizzi attraverso il riconoscimento di soggettività, l'opportunità di limitare al massimo l'ingresso del minore nel circuito penale, e di favorire la presa in

carico, da parte del sociale, delle conseguenze degli atti criminali.

I canali di ingresso della mediazione nel sistema penale minorile sono riconducibili a tre:

- l'art. 28 del D.P.R. 448/1988, che prevede che il giudice dell'udienza preliminare o quello del dibattimento "può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato". Si prevede quindi la facoltà di sospendere il processo per un tempo determinato, con interventi di sostegno e protezione per il minorenni. Il D.P.R. 448/1988 introduce con tale articolo l'istituto della "sospensione del processo e messa alla prova". L'esito positivo della prova, valutata sulla base del comportamento e dell'evoluzione della personalità del minorenni, ha come conseguenza la dichiarazione di estinzione del reato.

Nell'art. 28 è successivamente prevista la possibilità, qualora ritenuta opportuna dal giudice, di far sì che il minore si attivi per riconciliarsi con la vittima per riparare il danno commesso, aiutato dai Servizi territoriali. Si realizzano così i principi alla base dell'ipotesi riparatoria: "la pena perde la sua caratteristica sanzionatoria del conflitto generato dal reato per assumere la qualità di strumento, essa stessa, di risoluzione del conflitto" (Associazione Italiana Giudici per i Minorenni, 1994, 28).

- l'art. 9 del D.P.R. 448/1988, che consente al Pubblico Ministero di rivolgersi all'Ufficio per la mediazione per valutare l'opportunità che il minore si attivi per riparare le conseguenze del reato. L'eventuale riparazione del danno, la verifica della disponibilità del minore ad incontrarsi con la vittima e a riconsiderare la propria condotta delittuosa, diventano per il giudice elementi utili ai fini della valutazione della colpevolezza e ai fini di una valutazione prognostica.

- l'art. 27 del D.P.R. 448/1988, che afferma che "durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il Pubblico Ministero chiede al Giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenni". Sottolineando la preminenza data alle esigenze educative che riguardano il minore, nell'articolo si auspica un'estensione della pratica di mediazione, in considerazione del fatto che la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento possono rivelare conflitti più gravi di quelli espressi dalla condotta deviante, che, se non presi in carico, possono successivamente degenerare.

Dall'analisi di tali canali di attivazione della mediazione nel

sistema penale minorile, emerge che essa non solo consente di gestire il conflitto dal punto di vista comunicativo, evitando gli effetti stigmatizzanti della sanzione, ma fornisce al Giudice molteplici elementi di giudizio con i quali arrivare al proscioglimento per irrilevanza del fatto o all'estinzione del processo per superamento della prova. In tal modo, non radicalizzando il conflitto e promuovendo la reintegrazione del colpevole nella Comunità, la mediazione funge da "stabilizzatore" sociale, canalizzando il consenso della collettività su una soluzione del conflitto attraverso la riparazione/conciliazione piuttosto che la punizione del colpevole.

Il principio cui si ispira il D.P.R. 448/1988 è quello della "minima offensività del processo", cioè della riduzione al minimo degli interventi giudiziari, ponendo l'accento sulla necessità di rispondere al minore e, affidandolo ai Servizi territoriali, coinvolgerlo in programmi di trattamento che si svolgono fuori dal carcere.

La normativa, risultato di un ampio dibattito tra discipline giuridiche e psicosociali, coniuga i principi dell'esercizio dell'azione penale con la tutela degli individui in fase evolutiva; la figura del minore è rivista in termini di personalità nel suo divenire, attraverso tappe evolutive scandite dalle relazioni significative vissute in modo conflittuale per affermare la propria identità.

6. Mediazione penale negli adulti

Limitati al settore minorile in Italia, il modello riparativo e la mediazione, quale suo strumento attuativo, sono adottati anche per gli adulti in altri Paesi europei; al centro dei programmi di mediazione per gli adulti troviamo sempre la vittima.

"Attraverso la mediazione è possibile pensare infatti ad un superamento del concetto di *responsabilità passiva*, che è quella cristallizzata dal diritto penale secondo il paradigma retributivo: in base a tale visione della pena, il reo è responsabile per il *passato* e sempre al passato va commisurato il limite massimo della pena, al di sotto del quale possono essere effettuati ulteriori *aggiustamenti* in chiave risocializzativa. Il concetto di *responsabilità passiva* potrebbe essere sostituito, *rectius*, affiancato, dall'elaborazione di uno schema di *responsabilità attiva*, per la quale il passato è solo il motivo dell'ascrizione di responsabilità, da effettuarsi secondo le regole consolidate del principio di colpevolezza, mentre l'orientamento al *futuro* è lo scopo. Questo trascinerrebbe con sé il passaggio da un sistema di prevenzione generale *passiva* – che anche nella sua variante *positiva*, si fonda comunque su una responsabilità per

il passato – a un modello di prevenzione *attiva*, in cui il tipo di sanzione e il suo contenuto sono orientati alla *reintegrazione* del reo nel tessuto sociale o, più genericamente, all'incoraggiamento di condotte riparatorie ad esclusivo beneficio della collettività".¹

Fra le disposizioni dell'ordinamento giuridico italiano che aprono alla prospettiva riparatoria nell'ambito dell'esecuzione penale degli adulti, particolare rilievo hanno l'art. 47 co. 7 della Legge 26 luglio 1975 n. 354 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà" e l'art. 27 comma 1 del D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230 "Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà", relative alla giustizia riparativa.

Per una adeguata applicazione di esse, nel febbraio 2002 il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria costituì la Commissione di Studio "Mediazione Penale e Giustizia Riparativa", con l'obiettivo di definire linee guida che consentano, nell'esecuzione penale di soggetti adulti, l'adozione di modelli, negli interventi di giustizia riparativa, conformi alle Raccomandazioni delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa, con la Dichiarazione di Vienna del 2000 e la Risoluzione 27 luglio 2000, n. 2000/14 sui principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in ambito penale, emanate dall'Economic and Social Council. Tale Risoluzione precisa che per giustizia riparativa si intende il "..... procedimento nel quale la vittima ed il reo, e se appropriato, ogni altro individuo o membro della comunità lesi da un reato partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte dall'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore" (Risoluzione 2000/14 ECOSOC).

La Dichiarazione di Vienna ha affermato la necessità che la mediazione penale si applichi con leggi coerenti con criteri di giustizia riparativa, avuto riguardo non solo ai diritti e agli interessi degli autori di reato e delle vittime, ma anche della comunità e di tutte le altre parti. Si tratta, quindi, "di un modello di giustizia che coinvolge nella ricerca di soluzioni agli effetti del conflitto generato dal fatto delittuoso, oltre al reo anche la vittima e la Comunità, al fine di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione fra le parti e il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo".²

¹ GRAZIA MANNOZZI, "Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale" in De Francesco – Venafro, *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 131-132

² Commissione di studio "Mediazione penale e Giustizia riparativa". Linee di indirizzo sull'applicazione della Giustizia riparativa e la mediazione penale nell'ambito dell'esecuzione penale di condannati adulti – marzo 2005, p. 7

L'azione riparativa non può che essere legata al concetto di assunzione di responsabilità da parte del reo nei confronti del fatto reato e del danno arrecato alla vittima.

L'adesione ad un'ipotesi riparativa è possibile solo in seguito ad un percorso di responsabilizzazione che il condannato deve essere sollecitato ad intraprendere, in assenza del quale è probabile il rischio di strumentalizzazione finalizzata all'ottenimento di benefici.

Vanno recuperati pertanto in sede applicativa i concetti di revisione critica e responsabilizzazione del reo, secondo quanto disposto dagli art. 27, comma primo e 118, comma ottavo del regolamento. Gli operatori, che non possono agire da "facilitatore" della comunicazione tra reo e vittima, devono avviare con il condannato un processo di elaborazione del proprio vissuto, nel quale il reato diventa il dato oggettivo da cui partire per riflettere sull'assunzione di responsabilità e sul danno arrecato alla vittima. Solo attraverso un percorso di responsabilizzazione e maturazione di un consenso, l'acquisizione di elementi di conoscenza della percezione del reo rispetto al reato, dell'esatto danno arrecato e dell'eventuale forma di risarcimento attuata, si può arrivare ad un'ipotesi di progetto riparatorio che abbia "significato", con l'assunzione di un impegno riparativo in favore delle vittime o della collettività.

Un aspetto di grande rilievo rispetto all'esecuzione penale è quello riguardante la vittima. Il punto di maggiore criticità nell'attuazione dei percorsi riparatori dei condannati adulti, è il rischio di infliggere alla vittima ulteriori violenze o di invaderne l'ambito privato quando il condannato inizia il suo percorso di rieducazione, aderendo ad ipotesi riparatorie, a distanza di molti anni.

"Questo rischio è particolarmente alto nelle realtà ove viene *prescritto* nell'ordinanza di ammissione all'Affidamento di un soggetto condannato, che lo stesso, o il suo avvocato, o l'assistente sociale contattino la vittima, sia per proporre una verifica in ordine all'avvenuto assolvimento di un'obbligazione risarcitoria, sia nella prospettiva riparativa o ancora con particolare riferimento alla possibilità di ricorrere ad un incontro di mediazione."³

³ Circolare nr 3601/6051 del 14/06/2005 - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento.

7. Mediazione e riparazione nella competenza del giudice di pace

La sperimentazione della mediazione penale per adulti è intervenuta con il decreto legislativo sulle competenze penali del giudice di pace del 28/08/2000 n. 274, in base al quale il giudice può sospendere il processo ed avvalersi dei Servizi territoriali di mediazione per risolvere il conflitto tra reo e vittima.

La finalità della nuova norma è quella di ridurre il numero dei processi e rendere più agevole e veloce il procedimento giudiziario, soprattutto in relazione ai reati "minori" riconducibili alla microcriminalità che, con il passare del tempo e l'inasprimento delle risposte di giustizia, possono sfociare in azioni illecite di maggiore gravità (Morrone, 2000).

Il ricorso ad agenzie esterne alla giustizia che si occupino della risoluzione dei conflitti, nasce anche dalla difficoltà delle istituzioni di gestire sentimenti ed emozioni alla base della domanda di sicurezza sociale e di giustizia delle vittime, dalle stesse considerata un proprio diritto inalienabile, che genera l'aspettativa di avere una risposta immediata ed efficace che risarcisca l'offesa ricevuta attraverso l'accertamento delle responsabilità del reo e la successiva applicazione della sanzione prevista.

L'innovazione importante introdotta dal decreto legislativo 274/2000 è proprio la possibilità per la parte offesa di citare in giudizio la persona a cui viene attribuito il reato, purchè questo sia procedibile a querela di parte. In questo caso il giudice è obbligato a realizzare un tentativo di conciliazione, assumendo un ruolo di mediatore per la ricomposizione del conflitto, o ricorrendo a strutture del territorio che svolgano tale attività, e può rinviare l'udienza per non più di due mesi per consentire lo svolgimento della mediazione.

L'esito positivo di essa consente la remissione della querela e la pronuncia di proscioglimento per intervenuta estinzione del reato; qualora invece non sia possibile risolvere il conflitto con tali strumenti, il giudice dichiarerà l'apertura del dibattimento e la prosecuzione del processo. La legge che ha istituito la competenza penale dei giudici di pace contiene quindi un riferimento esplicito alla mediazione, consentendo loro di promuovere in via privilegiata la composizione del conflitto.

Dal punto di vista concettuale il ruolo giudicante è lontano da quello del mediatore, così come la conciliazione si diversifica dall'attività di mediazione, avendo la prima come obiettivo l'ottenimento del risultato conciliatorio, e la seconda invece la

risoluzione del conflitto attraverso strumenti, risorse e strategie funzionali. La mediazione penale va quindi identificata in termini di opportunità di indurre modificazioni profonde nei vissuti della vittima e del reo; la funzionalità di un tale intervento sta nell'offrire alla vittima la possibilità di rielaborare l'esperienza del danno subito, superando la sofferenza legata al conflitto, e nella possibilità per il reo di comprendere la dannosità della sua azione dal punto di vista emozionale, attraverso il riconoscimento dell'altro e del danno subito. La responsabilizzazione dell'autore di reato e la restituzione alla vittima diventano possibili all'interno delle loro diversità e su un piano comunicativo che, partendo dal reato, apre nuove dimensioni relazionali che consentono il raggiungimento di un "accordo" realmente rappresentativo delle diverse emergenze e dei bisogni espressi dalle due parti (De Leo – Patrizi, 2002).

Conclusioni

Il dibattito sulla mediazione è più che mai attuale e tanti sono i vincoli da sciogliere dal punto di vista dell'attuazione operativa. All'interno di tale dibattito si fa riferimento alla mediazione non solo nel contesto penale e civile, ma anche in quello sociale, comunitario e scolastico. Il modello della giustizia riparativa e la mediazione penale si pongono come risorsa emergente nell'amministrazione della giustizia penale a livello internazionale.

Oggi ci si sta muovendo infatti verso una visione in cui, accanto alla retribuzione e alla rieducazione, trovi spazio anche la riparazione, intesa, nella sua accezione più ampia, come guarigione dalla lesione sociale che il comportamento antiggiuridico ha provocato sul reo, sulla vittima e sul tessuto sociale. Non si può non prendere in considerazione il crescente interesse per la vittima del reato, vista sempre più oggetto di tutela attraverso riforme normative.

La vittimologia è un'area di studio ormai affermata all'interno della criminologia; i più recenti indirizzi di ricerca si rivolgono soprattutto allo studio delle conseguenze del reato, per l'elaborazione di modalità di intervento in favore della vittima a carattere preventivo e di supporto.

La giustizia riparativa non costituisce ancora nella sua realizzazione un vero e proprio modello alternativo di giustizia, ma piuttosto fornisce modalità di intervento per ampliare la gamma delle alternative alla pena detentiva.

La mediazione può svolgere un ruolo importante: se diventa

un progetto di società, può costituire una forma di legame sociale in grado di aiutarci a passare ad un nuovo ordine basato sulla partecipazione reale ed attiva alla gestione della vita di tutti i giorni. L'obiettivo della mediazione penale promuove il superamento della contrapposizione ideologica e morale fra il reo e la vittima e l'avvicinamento della comunità al problema della gestione della devianza. Affinché la mediazione si affermi nella realtà culturale, penale ed istituzionale, è necessario recuperare un equilibrio tra le spinte riformiste e la consapevolezza dei vincoli esistenti.

Bibliografia

Associazione Italiana Giudici per i minorenni, *Proposte per una risposta penale riparatoria*, in "Minorigiustizia", n. 4, 1994, pp. 26-33.

Ciappi S., Coluccia A., *Giustizia Criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli, Milano, 1997.

De Francesco – Venafro, *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Giappichelli, Torino, 2002.

De Leo G., *Psicologia della responsabilità*, Laterza, Bari, 1996.

De Leo G., Patrizi P., *Psicologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2002.

De Leo G., Volpini L., *La verifica di alcuni principali obiettivi nella mediazione penale minorile*, in "Rassegna Italiana di Criminologia", 2, pp. 279-287.

Gatti U., Marugo M. I., *La vittima e la giustizia riparativa*, in "Marginalità e Società", n. 27, 1994, pp. 12-32.

Gulotta G., *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Giuffrè, Milano, 2002.

Morineau J., *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, Milano, 2003.

Morrone A., *Mediazione e riparazione del danno nella competenza penale del giudice di pace*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", 2000, 1-3, pp. 55-68.

Pisapia G.V. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, CEDAM, Padova, 2000.

Savona E.U., Ciappi S. e Travaini G.V., *Prevenzione e mediazione tra esperienze passate e progetti futuri: una proposta di mediazione integrata*, Relazione al seminario organizzato dalla Provincia Autonoma di Trento sul tema "Il protocollo d'intesa nel sistema penitenziario: una opportunità o una provocazione?", Trento, 1999, 12 gennaio.

Scapparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Guerini e Associati, Milano, 2001.

Scardaccione G., *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", 1997, 1-2, pp. 9-28.

Scardaccione G., Baldry A., Scali M., *La mediazione penale. Ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Giuffrè, Milano, 1998.

Vianello F., *Diritto e mediazione. Per conoscere la complessità*, Franco Angeli, Milano, 2004.



LO STALKING NEL SISTEMA PENALE ITALIANO E PROFILI COMPARATIVI

SIMONA TIGANO*

SOMMARIO: Introduzione. 1. Aspetti socio-criminologici del fenomeno - 2. Profili comparativi - 3. Dai progetti di legge sulle «molestie insistenti» alla legge sugli «atti persecutori» - 4. Le circostanze aggravanti - 5. La sussumibilità in fattispecie già esistenti - 6. Violenza in famiglia e stalking - 7. L'individuazione della soglia di responsabilità - 8. Gli elementi costitutivi del delitto di atti persecutori: 8.1. L'elemento soggettivo del reato; 8.2. Lo stato di alterazione psichica - 9. L'accertamento del rapporto di causalità: una probatio diabolica - 10. La reiterazione della condotta e la contestabilità della continuazione - 11. L'ammonizione del questore e la sua funzione - 12. Profili d'incostituzionalità e soluzioni interpretative fornite dalla giurisprudenza - 13. Mobbing e stalking - 14. Il cyberstalking - 15. Conclusioni -

Introduzione

L'evoluzione sociale e dei costumi, nonché tecnologica, hanno contribuito all'aumento della criminalità di massa e, di conseguenza, a un clima di diffuso allarme sociale, che determina un incremento della domanda di sicurezza attraverso un controllo più capillare del territorio. Le nuove forme di criminalità richiedono infatti, sempre più, adeguamenti legislativi, anche al fine di perseguire condotte fino a non molto tempo fa tollerate o, quanto meno, non ritenute meritevoli di protezione penale. Da qui il ricorso a provvedimenti d'iniziativa governativa che, per ottemperare a esigenze di necessità e di urgenza, realizzano una vera e propria supplenza legislativa¹.

Da questo stato emergenziale nasce la necessità di sanzionare più gravemente alcune figure delittuose o di individuarne

* Ricercatrice di diritto penale presso l'Università di Catania.

¹ In senso critico, v. E. MARZADURI, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 10, p. 39.

appositamente altre, ovvero di «costruire fattispecie prodromiche, anticipate, non perché cariche di disvalore penale in sé, ma in quanto utili in chiave preventiva»². È proprio in relazione a quest'ultimo aspetto che il diritto penale diviene strumentale ad apprestare una tutela anticipata dei beni giuridici bisognevoli di protezione, sanzionandone il fattore di rischio³, prima ancora che la lesione⁴.

La condizione sociale di insicurezza non sempre corrisponde, tuttavia, a una corretta percezione dei pericoli da parte dell'opinione pubblica, pure a causa di una falsata rappresentazione degli stessi ad opera dei mass-media⁵, per cui talvolta accade che s'intervenga legislativamente, più che per neutralizzare un effettivo rischio, per placare il diffuso senso di paura⁶.

Soluzioni contingenti di politica criminale, adottate per far fronte a richieste collettive di sicurezza e di prevenzione, possono comportare, inoltre, usi inflazionati e meramente simbolici dello strumento penale, «che affrancano di fatto l'imputazione dai parametri di offensività, causalità, colpevolezza»⁷. Per funzione simbolica⁸ dell'intervento penale s'intende proprio l'uso distorto dello stesso, attraverso cui – cercando di dirimere le situazioni di

2 M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3559.

3 Sulla percezione del "rischio" da parte della collettività, v. U. BECK, *La società del rischio. Verso una nuova modernità*, Carocci, Roma, 2000; nonché N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996.

4 Cfr. D. PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 553. Sul tema v. anche A. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 1108, secondo cui «è necessario collocare gli orientamenti delle politiche sociali sulla sicurezza nel quadro della cd. nuova prevenzione».

5 Sull'argomento, v. G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 42 s.; nonché F. MATTIOLI, *Prefazione a La società del rischio globale*, Bonanno, Acireale-Roma, 2006, p. 11, secondo cui «nella società dell'informazione il rischio globale è concepito, valutato e diffuso innanzitutto dai mass media, secondo logiche eterogenee che spesso contrastano con le strategie e le metodologie poste in atto dai sistemi esperti chiamati a sventare minacce». Più specificatamente, sull'argomento v. A. M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*. Da un punto di vista più strettamente sociologico, sul modo in cui i mezzi di comunicazione si occupano dello *stalking*, v. L. GEMINI - G. M. GALEAZZI - P. CURCI, *Stalking e mass media*, in AA.VV., *La sindrome delle molestie assillanti (stalking)*, a cura di P. Curci, G.M. Galeazzi e C. Secchi, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 132 ss.

6 Secondo Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 61 (che richiama l'espressione coniata da M. Doel e D. Clarke), «oggi viviamo in un clima di *assedio della paura*». Dello stesso Autore – che già, in numerose interviste, aveva parlato di *society of fear* (società della paura) – v. anche, in proposito, il più recente saggio, *Paura liquida*, Laterza, Bari, 2008.

7 M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3564.

8 Sull'argomento, v. A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 19 ss.; S. MOCCHIA, *La perenne emergenza*,

emergenza e assecondare il clima politico – far presa sulla sfera emozionale e sulle aspettative delle persone. Tutto ciò è favorito in una società della comunicazione, nonché nell'epoca della globalizzazione, ove si enfatizzano i conflitti, cavalcando l'onda della paura, ma anche gli strumenti per risolverli e tacitare la collettività, cercando di riscuotere il consenso sociale. Un simile intervento panpenalistico, in quanto demagogico e ipertrofico, contravviene al principio di sussidiarietà del diritto penale, attraverso un'attività legislativa che punti all'efficienza, ma non si riveli necessariamente efficace.

In questo «trend securitario»⁹ di ampia portata e non limitato al contesto italiano rischia di collocarsi, sotto certi aspetti, pure il fenomeno dello stalking, adesso previsto quale autonoma fattispecie di reato, mediante una normativa nata per colmare un effettivo deficit di tutela, ma alla quale, se non adeguatamente applicata, può attribuirsi anche la funzione di “legge manifesto”.

1. Aspetti socio-criminologici del fenomeno

Lo stalking (dall'inglese to stalk, fare la posta) consiste in una serie di condotte ripetute nel tempo volte a molestare ovvero perseguire un'altra persona, tanto da cagionarle un perdurante stato di ansia e di paura, in grado di limitarne la capacità di autodeterminarsi liberamente.

Si è iniziato a parlare di stalking intorno agli anni ottanta, sebbene in un primo momento si trattasse di un fenomeno persecutorio limitato alle persone appartenenti al mondo dello spettacolo o dello sport. Più di recente, ci si è resi conto che questo «stillicidio persecutorio»¹⁰ non era rivolto unicamente ai personaggi famosi, bensì esteso ai comuni cittadini.

Nella normativa italiana il termine anglosassone stalking è stato tradotto con «atti persecutori», sostituendo così l'espressione «molestie insistenti» adottata in un primo momento. Si tratta di una nuova figura delittuosa, di cui all'art. 612-bis c.p., che – sia

Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997, p. 53 ss.; nonché S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 491 ss. In particolare, E. LO MONTE, *Art. 612 bis c.p. e “Stalking occupazionale”: un rimedio solo apparente*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2009, p. 23, afferma che, attraverso il ricorso a «fattispecie simboliche», si tende ad avvalorare nei cittadini «l'illusione di sicurezza, capacità ed efficienza».

⁹ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 549.

¹⁰ R. BRICCHETTI e L. PISTORELLI, *Entra nel codice la molestia reiterata*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 10, p. 58.

per la struttura normativa così predisposta sia per le esigenze di tutela che vi sono sottese – può ritenersi frutto della «necessità di guardare al reato anche “dalla parte della vittima”»¹¹. Al fine della configurabilità della fattispecie, infatti, non è sufficiente accertare se la condotta del soggetto attivo abbia sortito effetti nocivi o quanto meno sia stata in grado di poterli produrre, poiché occorre valutare, altresì, il comportamento del soggetto passivo nella genesi della condotta delittuosa. Si allude al fenomeno della c.d. “precipitazione del reato ad opera della vittima”, noto agli anglosassoni come *victim precipitation*¹², consistente in una condotta favorente, ossia provocatoria, della vittima, in assenza della quale il reato non si sarebbe verificato. A tal proposito, tuttavia, occorre cercare di capire, anche ai fini della commisurazione della pena, se, in assenza delle suddette condizioni, il reato in esame non si sarebbe affatto realizzato, o se, invece, sarebbe stato commesso un reato diverso e meno grave – e quindi la condotta della vittima avrebbe generato solo un’escalation della aggressività – oppure la stessa tipologia di reato, ma con modalità, in tempi diversi, ovvero nei confronti di altri soggetti.

Le vittime di stalking possono essere, pertanto, a seconda dei casi, “fungibili”, vale a dire che chiunque presenti quelle specifiche caratteristiche richieste dall’autore può rappresentare una possibile preda – si tratta cioè di vittime occasionali o casuali –, o “infungibili”, nel senso che è proprio quel determinato soggetto, anche per il particolare status che riveste (ex coniuge, collega), a scatenare la condotta persecutoria.

La vittima prescelta è molto spesso l’ex partner ritenuto responsabile dell’abbandono, ma può essere solo un conoscente, come ad esempio un collega di lavoro, un vicino di casa, finanche una persona incontrata casualmente che ha colpito l’attenzione del suo “predatore”. Tra le possibili vittime rientrano altresì coloro che svolgono una particolare attività lavorativa – dette “vittime latenti” – quali l’avvocato, il giudice o il perito, dallo stalker ritenuti responsabili della perdita della causa che lo vedeva coinvolto, nonché il medico al quale è attribuita la responsabilità della morte

11 V. DEL TUFO, *Profili della vittima-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Jovene, Napoli, 1990, p. 2, che in proposito richiama l’espressione già utilizzata da G. GULOTTA e M. VAGAGGINI (a cura di), *Dalla parte della vittima*, Giuffrè, Milano, 1980.

12 Teoria elaborata da H. VON HENTING, *The criminal and his victim*, 1948, che si sofferma specificatamente sui reati “agevolati dalle vittime”, in relazione ai quali la vittima esercita il ruolo di elemento scatenante e determinate l’evento: si veda, in particolare, il capitolo intitolato *The contribution of the victim to the genesis of crime*. La nozione di *victim precipitation* è stata ripresa, in seguito, anche da Wolfgang e da Sparks.

di un familiare, o di una diagnosi errata. In tali ipotesi, l'agente è mosso da uno spirito di vendetta e rientra nella figura di "stalker per risentimento".

Di recente, anche grazie alla sensibilizzazione operata dai mass-media, sebbene sia ancora elevato il numero oscuro, allarmanti appaiono le denunce di stalking, provenienti soprattutto da donne che subiscono molestie dall'ex partner.

Con riferimento, invece, al soggetto attivo del reato, a causa della varietà dei comportamenti ritenuti persecutori, risulta difficile delineare un identikit preciso di stalker, attraverso cui individuare le caratteristiche dell'autore di questi comportamenti "seriali". In dottrina, tuttavia, sono state descritte cinque categorie di stalker: il rifiutato, il rancoroso, il predatore, il corteggiatore inadeguato e il cercatore di intimità¹³. Anche la letteratura psichiatrica ha cercato di tracciare delle possibili tipologie di stalker. Si è evidenziato come si tratti, molto spesso, di soggetti affetti da disturbi della personalità, di tipo relazionale, tra cui rientrano il disturbo borderline, paranoideo o narcisistico.

In particolare, Fornari, oltre a ritenere che la condotta di stalking rientri, abitualmente, fra i reati a sfondo sessuale, in quanto sintomo di parafilie (consistenti in comportamenti sessuali devianti, denominati più comunemente "perversioni"), ridefinisce le cinque categorie di stalker, distinguendo: il molestatore respinto, il molestatore seriale, il molestatore narcisista, il molestatore patologico e il molestatore rivendicativo¹⁴. Lo stesso autore individua poi le patologie che contraddistinguono questa «sindrome complessa», affermando che «si tratta quasi sempre di persone con tratti o disturbi schizoidi o schizotipici, funzionamenti di tipo narcisistico paranoideo e organizzazioni borderline di personalità (persone gravemente disturbate)»¹⁵.

13 Tale distinzione è attribuita a P. E. MULLEN - M. PATHÉ - R. PURCELL - G. W. STUART, *Study of stalkers*, in *The American Journal of Psychiatry*, 1999, vol. 156, p. 1244 ss. In proposito, v. anche P. E. MULLEN - M. PATHÉ - R. PURCELL - R. MACKENZIE, *Lo stalker: creazione di una nuova categoria di paura, di reato e di studio*, in AA.VV., *La sindrome delle molestie assillanti (stalking)*, cit., p. 26 ss. I primi, in realtà, a proporre una classificazione di stalker, di cui individuarono tre categorie (erotomani, amanti ossessivi e semplici ossessivi), furono M. A. ZONA - K. K. SHARMA - J. C. LANE, *A Comparative Study of Erotomanic and Obsessional Subjects in a Forensic Sample*, *Journal of Forensic Sciences*, 1993, 38, p. 894 ss.

Per un'analisi psicodinamica dello stalking, v. M. ARAMINI, *Lo stalking: aspetti psicologici e fenomenologici*, in AA.VV., *Sessualità, diritto e processo*, a cura di G. Gulotta e S. Pezzati, Giuffrè, Milano, 2002, p. 495 ss.

14 U. FORNARI, *Trattato di Psichiatria Forense*, UTET, Torino, 2008, p. 460 (cui si rinvia anche in merito alle definizioni di molestatore).

15 U. FORNARI, *op. cit.*, p. 461.

Qualora il comportamento dell'agente sia frutto di un'idea ossessiva, una sorta cioè di pensiero fisso e ossessionante di natura patologica, tale condizione può essere ritenuta, a seconda delle circostanze, una causa di esclusione o di riduzione della capacità di intendere e di volere (artt. 88 e 89 c.p.).

La tipologia del reato di atti persecutori, nonostante si caratterizzi per un'idea criminosa frutto di calcolo, non può rappresentare una condizione ostativa all'esclusione o all'attenuazione della pena, giacché – a parere della giurisprudenza – non c'è incompatibilità tra l'aggravante della premeditazione e la riduzione di pena per vizio di mente, «trattandosi di concetti che operano su piani diversi. L'incompatibilità può in concreto sussistere solo nell'ipotesi in cui la premeditazione è originata da cause che s'identificano con l'essenza dell'infermità che affligge l'imputato»¹⁶.

Non sempre, però, tali condizioni psichiche assurgono al rango di patologie cliniche, volte ad escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere dell'autore.

Malgrado talora non sia possibile riscontrare nel persecutore uno stato patologico, in realtà, anche per via delle modalità di reiterazione delle condotte moleste, lo stalking è conseguenza, solitamente, di alterazioni del carattere, di personalità borderline, e per questo motivo viene definito «la sindrome delle molestie assillanti»¹⁷. Tali condizioni psicologiche, non essendo definibili clinicamente, in quanto disturbi della personalità non inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, non sono idonee a configurare il vizio di mente. Con la pronuncia delle Sezioni Unite del 2005, tuttavia, si è affermato che anche le nevrosi, le psicopatie e i c.d. disturbi dell'affettività «possono rientrare nel concetto di "infermità", purché siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere [...] e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale»¹⁸.

Venendo adesso a mancare un rigido parametro nosografico di riferimento, il concetto di infermità mentale è rimesso a un'interpretazione evolutrice, che tenga conto delle nuove

¹⁶ Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 1998, Ingaglio, in *Cass. pen.*, 2000, p. 614.

¹⁷ La definizione si deve a G. M. GALEAZZI e P. CURCI, *Sindrome del molestatore assillante (stalking): una rassegna*, in *Giornale ital. di psicopatologia (Italian Journal of Psychopathology)*, 2001, vol. 7, n. 4. È stata poi ripresa nell'opera di AA.VV., *La sindrome delle molestie assillanti (stalking)*, a cura di P. Curci, G. M. Galeazzi e C. Secchi, cit.

¹⁸ Cass. pen., Sez. Un., 25 gennaio 2005, Raso, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1851, con nota di G. FIDELBO, *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*.

acquisizioni medico-scientifiche e, al contempo, di un'analisi sociologica, al fine di poter valutare se le modalità di manifestazione concreta del disturbo psichico siano rilevanti nel giudizio di imputabilità.

Alla luce di tali considerazioni può affermarsi, quindi, che la stessa condotta persecutoria, quando addirittura non sia frutto di alterazioni di tipo psicotico, può trarre origine da disturbi della personalità, di tipo paranoideo, schizoide, antisociale, istrionico, narcisistico, ossessivo/compulsivo, da disagi ossia che – come accennato – sono confacenti a un prototipo di stalker. In particolare, le molestie ossessive realizzate per “sindrome dell'abbandono” nei confronti dell'ex partner possono essere sintomo di uno stato emotivo e passionale, in grado di escludere o di ridurre la capacità di intendere e di volere, ove si tratti di «stress conseguente alla crisi del rapporto coniugale, che determini una compromissione della capacità di volere e si associ ad uno status patologico anche se di natura transeunte»¹⁹.

Fatte queste premesse, l'elevata sanzione edittale prevista dal legislatore per il delitto di cui all'art. 612-bis c.p. (consistente nella reclusione da sei mesi a quattro anni) difficilmente sarà inflitta nella sua interezza, sebbene allo stalker, anche se dichiarato non imputabile, potrà essere applicata comunque una misura di sicurezza, qualora se ne accerti la pericolosità sociale, ritenendosi, pure a causa della persistenza dei suoi comportamenti, «probabile che commetta nuovi reati» (art. 203 c.p.).

Per quanto concerne, infine, la possibilità di tracciare uno stereotipo di condotte moleste, è difficile individuare a monte quali atteggiamenti ossessivi siano definibili “persecutori” e astrattamente perseguibili penalmente. Per tali ragioni, molto spesso, l'offensività della condotta è rimessa alla sensibilità della vittima: lo stesso comportamento giudicato lesivo da alcuni, infatti, può non apparire meritevole di rilevante attenzione da altri. A tal proposito, lo stalking è stato ritenuto «un reato definito dalla vittima»²⁰.

Può accadere, peraltro, che le condotte poste in essere non siano sussumibili, quantomeno in un momento iniziale, in nessuna ipotesi delittuosa, rientrando in comportamenti usuali nella vita quotidiana (quali inviare fiori o regali), ma la cui ripetitività è

19 Cass. pen., sez. I, 22 novembre 2005, n. 1038.

20 A. TISEO, *La disciplina dello stalking o “molestie assillanti” (I Parte)*, in *Diritto e formazione*, 2007, n. 4, p. 553.

sintomo di manifestazione ossessiva, vale a dire di una psicopatia o di una nevrosi – se non addirittura di una più grave psicosi²¹ –, caratterizzata anche dalla difficoltà di prendere contezza del fatto che tali assillanti “attenzioni” non risultino affatto gradite alla controparte.

Tutte queste incertezze hanno reso difficile negli anni la previsione legislativa di una fattispecie apposita di stalking che andasse totalmente esente da eccezioni di incostituzionalità (v. infra § 12).

2. Profili comparatistici

Il problema delle molestie rappresenta un fenomeno forse sempre esistito e a lungo sottovalutato, ma, anche per la diffusione mediatica che ha iniziato ad assumere, intorno agli anni ottanta del secolo appena trascorso, soprattutto in America, soltanto di recente è stata avvertita la necessità di intervenire in sede legislativa al fine di tentare di arginare il dilagare delle varie forme di persecuzione.

In California, in particolare, l'esigenza di un intervento legislativo ad hoc è stata percepita dopo gli episodi che hanno coinvolto, a Los Angeles, le attrici Theresa Saldana, che nel 1982 è stata pugnalata dal suo persecutore, e Rebecca Schaeffer, che nel 1989 è stata addirittura assassinata²². La prima legge sullo stalking è stata promulgata proprio in California nel 1990. Alcuni anni dopo questo crimine è stato riconosciuto anche nel resto degli Stati Uniti, con una disposizione poi modificata e inserita nel Violence Against Women Act. Sebbene tutti i cinquanta Stati abbiano adottato ben presto norme anti-stalking, all'interno di questi non è stata seguita una legislazione omogenea, giacché il fenomeno è stato diversamente definito. Molte di queste normative singolarmente adottate, peraltro, sono state sottoposte a giudizio di costituzionalità a causa della formulazione ritenuta troppo vaga

21 Le psicopatie e le nevrosi, diversamente dalle psicosi – che hanno valore di malattia mentale, in quanto provviste di ben definita base organica – sono anomalie psichiche di natura non patologica, caratterizzate da azioni o reazioni psicogene abnormi, idonee a configurare il vizio di mente solo qualora la loro intensità sia tale da escludere o limitare le capacità intellettive o volitive. Si rinvia, in proposito, alle definizioni sui disturbi di mente fornite da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 2007, p. 565 ss., nonché p. 661 ss.

22 Fra i tanti personaggi famosi vittime di *stalking*, in particolare, le attrici Jodie Foster, Nicole Kidman e Sharon Stone, il regista Steven Spielberg, la cantante Madonna, le tenniste Monica Seles e Martina Higgins. Né si può dimenticare la tragica fine di John Lennon ad opera di un fan.

(“vague”). Per ovviare a tali inconvenienti è stato formulato un modello legislativo anti-stalking al quale tutti gli Stati si sarebbero dovuti uniformare: trattasi del Model Antistalking Code for States, per cui lo stalking è caratterizzato da una serie di comportamenti, ripetuti per almeno due occasioni, diretti verso una determinata persona, consistenti nella realizzazione di avvicinamenti visivi o fisici, ovvero in comunicazioni verbali o scritte non corrisposte, che provochino nella vittima senso di angoscia e di paura²³.

Nel 1998, inoltre, il Presidente Clinton ha firmato un disegno di legge per proteggere specificamente i bambini dallo stalking on line e dalla pedofilia, definendosi reato federale quella condotta volta a utilizzare qualsiasi mezzo di comunicazione a distanza per riuscire a coinvolgere un bambino in attività sessuali.

Da uno studio relativamente recente condotto negli Stati Uniti dal National Institute of Justice è emerso che ogni anno poco meno di un milione e mezzo di americani sono vittime di stalking e che nell’arco complessivo della loro vita circa l’8% delle donne e il 2% degli uomini sono colpiti da questo fenomeno.

Nel 1993 in Canada è stato introdotto il delitto di “molestia criminale” (*criminal harassment*).

Un’apposita legislazione anti-stalking, in quegli anni, è stata prevista pure in Australia, dove è stato disposto, in particolare, che la fattispecie perseguita si realizza qualora venga posta in essere in almeno due diverse occasioni una condotta molesta che rappresenti un’offesa illecita per una “persona ragionevole”²⁴.

Per quanto riguarda i Paesi europei, risale al 1997 l’approvazione da parte del Regno Unito di un’apposita legge sullo stalking, fenomeno tradotto con il termine *belaging*. Si tratta di una normativa alquanto complessa, introdotta con il Protection from Harassment Act, volta a sanzionare, sia civilmente che penalmente, quelle condotte ritenute insistenti, anche in tal caso, da una “persona ragionevole”. Si è preferito, infatti, non tracciare precise tipologie di comportamenti molesti, non soltanto perché alcune condotte possono turbare taluni e lasciare indifferenti i più stoici, ma altresì perché si è temuto che individuare astrattamente le condotte vietate avrebbe significato – per quello che i criminologi chiamano “fenomeno dello spostamento” – la possibilità di optare per condotte alternative non sanzionate penalmente. Anche nel

23 In proposito, v. A. TISEO, *La disciplina dello stalking o “molestie assillanti” (I Parte)*, cit., p. 555 ss. (cui si rinvia).

24 Sull’argomento, v. M. BONA, «Stalking»: una nuova cornice giuridica per i molestatori insistenti, in *Danno e responsabilità*, 2004, n. 11, p. 1052.

Regno Unito, così come nella legislazione americana, è previsto – previsione non esente da critiche – che il reato si realizza quando il comportamento molesto si ripete almeno due volte. Tale condotta non viene mai definita *stalking*, ma genericamente *harassment*, potendosi ricomprendere in quest'espressione ogni tipo di molestia, fuorché di tipo omissivo. Con riferimento all'elemento soggettivo del reato, è richiesto che l'autore delle condotte persecutorie «sappia o avrebbe dovuto sapere» che tali comportamenti possono essere causa di molestia nei confronti di altri e sono idonei a cagionare loro paura²⁵.

Nell'art. 442 del codice belga è stata introdotta nel 1998 la fattispecie di *stalking*, rientrante fra i reati contro la tranquillità personale.

Nel 2000, anche in Olanda è entrata in vigore una legge anti-*stalking*, ai sensi della quale il reato consiste nell'aggressione all'integrità psico-fisica di un'altra persona ed è sanzionato con la reclusione fino a tre anni²⁶.

In Germania, con la legge n. 40 del 2007, è stata introdotta la specifica fattispecie di *Nachstellung* di cui al § 238 StGB, volta a punire (con la detenzione fino a tre anni, e nei casi più gravi fino a dieci) le "persecuzioni ostinate" che danneggiano gravemente la vita della persona offesa. Nello stesso Paese, per molti anni è mancata una normativa ad hoc e si è ovviato a tale lacuna contestando le disposizioni presenti nel codice penale, in quanto compatibili, quali: violazione di domicilio - § 123 StGB; diffamazione - § 186 StGB; calunnia - § 187 StGB; lesioni personali - § 223 StGB; violenza - § 240 StGB; minaccia - § 241 StGB²⁷.

Dall'analisi della legislazione dei vari Paesi in tema di *stalking* si ricava che non esiste unanimità in merito agli elementi costitutivi di questa nuova figura delittuosa.

In Italia solo da pochi anni si è presa contezza della gravità di tali condotte e della necessità di sanzionare penalmente non soltanto l'oggetto della persecuzione – qualora questo sia riconducibile a una fattispecie delittuosa già presente nel codice –, ma la persecuzione in se stessa.

25 V., in particolare, P. E. MULLEN - M. PATHÉ - R. PURCELL, *Stalkers ad their victims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

26 Per una rappresentazione comparatistica, si rinvia a G. BENEDETTO - M. ZAMPI - M. RICCI MESSORI - M. CINGOLANI, *Stalking: aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 150 ss.

27 Cfr. A. TISEO, *La disciplina dello stalking o "molestie assillanti" (II Parte)*, in *Diritto e formazione*, 2008, n. 1, p. 63, nt. 2.

3. Dai progetti di legge sulle «molestie insistenti» alla legge sugli «atti persecutori»

In Italia, la prima iniziativa legislativa finalizzata a inserire nel codice penale l'autonoma e specifica figura delittuosa di stalking si è avuta nel 2004 da parte dell'on. Michele Cossa, che ha presentato alla Camera dei Deputati una proposta di legge (la n. 4891/2004 C.), recante «Disposizioni per la tutela dalle molestie insistenti», volta, appunto, all'introduzione della fattispecie di «molestie insistenti», punita con la reclusione fino a due anni e la multa fino a diecimila euro.

Ai sensi di questa nuova norma avrebbe realizzato «il delitto di molestia insistente chiunque pone in essere un intenzionale, malevole e persistente comportamento finalizzato a seguire o a molestare un'altra persona con attività che allarmano o suscitano una ragionevole paura o disagio emotivo, che ledono la altrui libertà morale o personale o la salute psico-fisica». La vittima, in tal caso, avrebbe potuto presentare all'autorità giudiziaria competente una richiesta di diffida nei confronti del suo stalker, consentendo così all'autorità di pubblica sicurezza, ove si fossero ravvisati i presupposti di reiterazione della condotta, di intervenire nei suoi confronti, su autorizzazione del pubblico ministero, diffidandolo dal compiere ulteriori atti di molestia. Questa nuova fattispecie presentava le caratteristiche della contravvenzione di Molestia o disturbo alle persone, cui all'art. 660 c.p., e del più grave delitto di Violenza privata, ex art. 610 c.p. (sanzionato con la reclusione fino a quattro anni)²⁸.

Successivamente, dal 2006 al 2008, nel corso della XV legislatura, numerosi sono stati i progetti di legge presentati sull'argomento²⁹.

Nell'estate del 2008, con l'insediarsi del nuovo governo Berlusconi, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il disegno di legge n. 1440 di iniziativa governativa (su proposta dei Ministri delle pari opportunità e della giustizia), in tema di «Misure contro gli atti persecutori», che ha poi dato vita al decreto legge del 23

28 Sull'argomento, v. L. D'ORTA, *Dal "mobbing" allo "stalking"*, in *Nuovo sviluppo*, 2005, n. 2, p. 36.

29 In particolare, si segnala che, nel corso della precedente legislatura, la Commissione giustizia della Camera ha approvato in sede referente, il 15 gennaio 2008, il testo unificato delle proposte di legge nn. 1249-ter (volto all'introduzione dell'art. 609-ter.1 c.p., concernente il reato di molestie assillanti), 1639, 1819 (introduzione del delitto di molestia insistente), 1901 (introduzione degli artt. 612-bis e 612-ter c.p., in materia di molestie persistenti), 2033 (introduzione degli artt. 660-bis e 660-ter c.p., in materia di molestie persistenti), 2066-ter (introduzione dell'art. 609-bis.1 c.p., concernente il

febbraio 2009 n. 11 – «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori» – , con cui, adducendosi motivi di necessità e di urgenza, si è voluto, fra l'altro, inserire all'interno del codice penale l'art. 612-bis, che configura un nuovo delitto contro la libertà morale e rappresenta un'ipotesi specifica ma molto più grave, e talvolta solo implicita, di minaccia (art. 612 c.p.). Con la legge n. 38 del 23 aprile 2009 è avvenuta, poi, la «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori». In tema di atti persecutori la legge di conversione non ha apportato alcuna modifica al testo del decreto legge.

È stata così introdotta, ai sensi del nuovo art. 612-bis c.p., la fattispecie di Atti persecutori, in quanto delitto che viola il diritto di autodeterminazione della vittima, all'interno Dei delitti contro la persona, di cui al titolo XII, in particolare nella III sezione, Dei delitti contro la libertà morale, del capo III, Dei delitti contro la libertà individuale.

Ai sensi del primo comma di questa disposizione, «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».

Alla norma fa da incipit una "clausola di salvezza", volta ad escluderne l'applicabilità nelle ipotesi in cui il fatto sia disciplinato da una più severa fattispecie³⁰. Rimane salva, tuttavia,

reato di molestie assillanti), 2101-ter (introduzione del delitto di molestie insistenti), 2781 (introduzione degli artt. 660-bis e 660-ter c.p., in materia di molestie persistenti); nonché del disegno di legge di iniziativa governativa n. 2169-ter, relativo a «*Misure di repressione degli atti persecutori e delle condotte motivate da odio o discriminazione fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere*». Tale d.d.l. 2169-ter derivava dallo stralcio – avvenuto con deliberazione dell'Assemblea n. 225 del 17 ottobre 2007 – degli artt. 13 e 18 del disegno di legge n. 2169, presentato il 25 gennaio 2007 dai Ministri Pollastrini, Mastella e altri, recante «*Misure di sensibilizzazione e prevenzione, nonché repressione dei delitti contro la persona e nell'ambito della famiglia, per l'orientamento sessuale, l'identità di genere ed ogni altra causa di discriminazione*». Malgrado il parere favorevole, l'esame del provvedimento, tuttavia, non ha avuto seguito per l'interruzione anticipata della legislatura.

³⁰ La clausola di sussidiarietà, già prevista nell'originario disegno di legge governativo, era stata soppressa dalla Commissione giustizia della Camera dei

l'applicabilità della fattispecie di atti persecutori, pur in presenza della sussumibilità della condotta in un reato più grave, qualora si realizzi un'ipotesi di concorso di reati, ossia fra il più grave e la disposizione in esame, ove questi presentino un diverso oggetto di tutela³¹. Solo in mancanza di siffatti presupposti opera, appunto, la clausola di sussidiarietà, volta a evitare che si violi il principio di *ne bis in idem* sostanziale.

È anche vero, inoltre, che la clausola ha una funzione residuale; considerando che il delitto di atti persecutori è sanzionato alquanto severamente, le ipotesi in cui il fatto sia riconducibile a una più grave fattispecie costituiscono già un'evoluzione modale e temporale di forme di persecuzioni già realizzate. Per questo motivo, al contrario, per il principio dell'assorbimento, verranno ricomprese nella norma in esame, quanto meno, le condotte di violenza privata (art. 610 c.p.), minaccia (art. 612 c.p.), molestie (art. 660 c.p.).

La pena massima di quattro anni, in particolare, è la stessa di quella prevista per il delitto di violenza privata, con la particolarità che mentre in quest'ultimo caso non è indicata una pena minima, per il delitto di atti persecutori la forbice edittale oscilla da sei mesi a quattro anni di reclusione.

4. Le circostanze aggravanti

La pena base, da sei mesi a quattro anni, è accresciuta «se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia legata da relazione affettiva alla persona offesa» (art. 612-bis comma 2 c.p.). Mancando un'espressa previsione sull'entità della variazione, si tratta di una circostanza a effetto comune, per cui la pena deve essere aumentata fino a un terzo.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 612-bis c.p., l'aumento della pena è determinato, invece, fino alla metà se la vittima di atti persecutori è un minore, un diversamente abile o una donna in stato di gravidanza; solo nei confronti dei primi due si procede d'ufficio. In

Deputati, per il timore che attraverso la stessa si vanificasse l'applicazione della nuova normativa. È stata, tuttavia, reintrodotta dall'Assemblea, in sede di approvazione del disegno di legge, che ha accolto il parere espresso in tal senso dalla Commissione affari costituzionali.

³¹ Secondo il Trib. di Crema, 11 gennaio 2010, n. 766, tale clausola «non opera tutte le volte in cui il reato più grave s'identifichi, in concreto, solo con una frazione delle condotte poste in essere dallo stalker e sussumibili nella fattispecie di "atti persecutori", perché in questi casi la fattispecie più grave non è in grado di assorbire effettivamente il disvalore di quest'ultima».

merito allo status rivestito da tali soggetti, non è chiaro se si tratti di una condizione obiettiva di punibilità, ovvero se sia necessario che l'agente conosca la condizione soggettiva della vittima, nel rispetto del principio d'imputazione delle circostanze aggravanti indicato nell'art. 59, comma 2, c.p. Quest'ultima soluzione appare preferibile, considerata peraltro l'assenza di un'esplicita eccezione alla regola generale suindicata, analogamente a quanto è previsto, invece, in relazione ai delitti a sfondo sessuale, nell'art. 609-sexies c.p., per cui «il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa».

L'aumento della pena fino alla metà è applicabile, inoltre, se il delitto è commesso «con armi o da persona travisata».

Si rileva, in proposito, che l'inasprimento sanzionatorio disposto nel terzo comma dell'art. 612-bis c.p., causato dalla minorata difesa della vittima, è determinato dall'applicazione di circostanze aggravanti specializzanti rispetto a quelle generali di cui all'art. 61, comma 1, n. 5 c.p., a norma del quale la pena può essere aumentata fino ad un terzo quando il fatto è commesso profittando «di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»³².

Nell'art. 612-bis c.p. sono state richiamate, dunque, solo alcune delle circostanze aggravanti previste per i reati di violenza sessuale di cui all'art. 609-ter c.p., sebbene si sarebbe potuto effettuare un rinvio generalizzato a queste, in quanto tutte pressoché adattabili al delitto di atti persecutori³³.

Non sono state riprodotte, invece, quelle altre circostanze aggravanti originariamente menzionate nel progetto di legge A.C. 2169/2007, in cui si rinviava alle aggravanti contemplate nell'art. 339 c.p., proprie cioè dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione. Si è correttamente operata, di conseguenza, una più mirata selezione nella scelta delle circostanze applicabili. Non è stata richiamata, in particolare, nel decreto-legge oggetto di conversione, poiché non ritenuta attinente alla fattispecie in esame, l'aggravante relativa alla commissione del fatto da parte di «più persone riunite», poiché gli atti persecutori costituiscono un tipico

³² Cfr. G. VERZERA, *Un primo commento al decreto legge sul c.d. "stalking" che persegue l'autore di atti persecutori*, in *Diritto e formazione*, 2009, p. 214.

³³ Nell'art. 609-ter c.p., infatti, ulteriormente alle circostanze aggravanti specifiche delle fattispecie di violenza sessuale, sono previsti aumenti di pena per l'uso, oltre che di armi, «di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa» (comma 1, n. 2). L'aumento della pena può essere disposto, inoltre, qualora si «simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio» (comma 2, n. 3).

reato realizzato singolarmente, così come tutte le condotte seriali, vale a dire quei comportamenti delittuosi, caratterizzati dalla ripetitività di azioni cadenzate nel tempo e da rituali ben precisi, e finalizzati a esercitare un controllo completo sulla vita di altre persone. Laddove lo stalker intenda avvalersi dell'aiuto di qualcun altro non si tratta quasi mai di un concorrente nel reato, ma di un complice inconsapevole, del quale l'ideatore della condotta si serve di fatto per eseguire meglio i suoi piani³⁴.

Analogamente, non è stata riprodotta nella norma in oggetto neanche l'altra aggravante, consistente nell'uso della minaccia «valendosi della forza intimidatrice derivante da segrete associazioni», sembrando difficile immaginare uno stalker che decida di utilizzare simili modalità "persuasive"³⁵.

Un ulteriore aggravamento sanzionatorio fino ad un terzo è disposto ex art. 8, comma 3, d.l. n. 11/2009, «se il fatto è commesso da soggetto già ammonito» (vedi § 11).

Con il decreto-legge n. 11/2009 si è colta l'occasione, inoltre, per apportare delle modifiche all'art. 576 c.p., relativo alle circostanze aggravanti previste per il delitto di omicidio. In primo luogo, è stato rettificato il comma 1 n. 5 dell'art. 576 c.p., concernente l'ipotesi in cui la morte di un uomo sia cagionata nell'atto di commettere un delitto sessuale. Si è colta l'occasione, dunque, per apportare quelle rettifiche rese necessarie – ma non effettuate solo per una svista – con l'entrata in vigore della legge n. 66/1996, a seguito della quale nella norma in esame si continuava a rinviare ai reati in materia di violenza sessuale richiamando i vecchi artt. 519, 520 e 521 c.p., ormai abrogati. Sostituendo dette norme con gli attuali artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p., si è resa formalmente applicabile la pena dell'ergastolo ai casi in cui la morte della vittima si realizzi «in occasione della commissione» di uno di questi delitti³⁶. Già in passato, in realtà, nonostante si ritenesse comunque consentita un'interpretazione estensiva dell'aggravante in relazione a tutti

³⁴ Sul punto, v. A. TISEO, *La disciplina dello stalking o "molestie assillanti" (I Parte)*, cit., p. 553.

³⁵ Cfr. A. CADOPPI, *Stalking: solo un approccio multidisciplinare assicura un'efficace azione di contrasto*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 7, p. 12; Id., *Con norme sul recupero del molestatore più completa la disciplina anti-stalking*, *ivi*, 2008, n. 30, p. 12, ribadendo che «le aggravanti andrebbero confezionate *ad hoc* per la nuova fattispecie, tenendo conto delle esigenze specifiche della stessa».

³⁶ Secondo R. BRICCHETTI e L. PISTORELLI, *Detenzione a vita se il soggetto muore*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 10, p. 44, la scelta di sostituire l'espressione «nell'atto di commettere» con la formula «in occasione della commissione» di reati di natura sessuale non va troppo enfatizzata, essendo volta solo ad «attenuare la rigidità del vincolo di contestualità tra le due condotte criminose».

i reati a sfondo sessuale³⁷, un'applicazione generalizzata non sembrava realmente possibile, non potendo estendersi la pena dell'ergastolo – in assenza di un'apposita previsione da parte della vecchia normativa – all'ipotesi di violenza sessuale di gruppo; remora solo adesso formalmente superata, operandosi un espresso richiamo all'art. 609-octies c.p.

Per il reato di omicidio volontario è stato previsto poi un ulteriore aumento di pena, qualora esso sia preceduto da atti persecutori (art. 576, comma 1, n. 5.1 c.p.). Si applicherà, infatti, la pena dell'ergastolo all'omicida «autore del delitto previsto dall'art. 612-bis». Quest'ultima disposizione – malgrado la formulazione sia troppo lapidaria – andrebbe interpretata restrittivamente, nel senso che lo stalking e l'omicidio debbano essere legati da una connessione eziologica, affinché il secondo reato rappresenti la conseguenza degenerativa del primo³⁸. Diversamente da quanto indicato nel decreto-legge, in cui non si faceva alcun riferimento all'identità della vittima, con la legge di conversione si è voluto specificare – cosa che, peraltro, sarebbe potuta sembrare comunque sottintesa – che l'omicidio deve essere perpetrato «nei confronti della stessa persona offesa», ossia della vittima delle molestie. Considerando, tuttavia, che lo scopo di tale precisazione è quello di garantire un collegamento causale tra la condotta di atti persecutori e il successivo omicidio, non si ritiene necessario che a dover essere uccisa sia necessariamente la stessa persona fisica che in passato aveva subito atti persecutori, potendo essere vittima di omicidio anche (come talvolta accade) una persona legata al molestato da uno stretto legame affettivo. Non occorre, invece, che il persecutore abbia già riportato una condanna per questo reato.

5. La sussumibilità in fattispecie già esistenti

Prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 612-bis c.p., una forma autonoma di perseguibilità penale della “molestia” in sé si aveva solo attraverso la figura contravvenzionale disciplinata

³⁷ In giurisprudenza, fra le pronunce più recenti, v. Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2007, Barbato, in *C.E.D. Cass.*, n. 238638.

³⁸ In senso contrario, v. R. BRICCHETTI e L. PISTORELLI, *Sulla circostanza aggravante dell'omicidio c'è il rischio di interpretazioni forzate*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 19, p. 44, secondo i quali «l'evento omicidiario, stando al tenore letterale della norma, non deve necessariamente essere oggetto del medesimo programma criminoso che ha assistito il percorso dello *stalking* perché debba ritenersi sussistente l'aggravante, potendo risultare il frutto anche di circostanze occasionali prive di effettiva connessione con l'attività criminosa pregressa».

dall'art. 660 c.p., «Molestia o disturbo alle persone», punibile con la pena alternativa dell'arresto (fino a sei mesi) o dell'ammenda (fino a 616 euro), con cui dunque va confrontato il nuovo delitto di atti persecutori.

L'art. 660 c.p. ha rappresentato, quindi, fino a questo momento, la fattispecie meglio applicabile a molti casi di stalking³⁹. In realtà, già la stessa formulazione normativa, con cui si è voluto restringere il configurarsi della contravvenzione alla sussistenza del requisito soggettivo del dolo – dovendo l'azione verificarsi «per petulanza o altro biasimevole motivo» –, nonché alla realizzazione della molestia o del disturbo «in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono», avrebbe dovuto rendere difficile un ricorso troppo disinvolto all'art. 660 c.p. Così come prevede lo stesso dettato codicistico, l'ambito di applicazione di questa fattispecie andrebbe circoscritto, appunto, a quelle condotte volte ad «alterare dolosamente, fastidiosamente e importunamente, in modo immediato o mediato, lo stato psichico di una persona»⁴⁰. Sotto il profilo soggettivo è richiesto, dunque, che l'agente persegua il fine specifico di interferire inopportuno nell'altrui sfera privata.

Con l'evolversi della tecnologia e dei mezzi di comunicazione, tuttavia, la giurisprudenza ha operato un ampio riferimento a questa norma, ritenendo, in particolare, che il reato di molestia o disturbo alle persone potesse realizzarsi con qualsiasi forma di utilizzo del telefono (come telefonate mute, il semplice squillo⁴¹ o l'invio di SMS⁴²), nonché attraverso l'uso di altri strumenti a esso equiparabili, quali il citofono, il fax.

Nonostante tale interpretazione estensiva, l'applicazione dell'art. 660 c.p. – cioè di una fattispecie di tipo contravvenzionale e come tale obblazionabile in caso di condanna – non sempre è apparsa uno strumento adeguato a fungere da deterrente contro l'evolversi del fenomeno delle persecuzioni assillanti. Tale inadeguatezza è determinata anche dall'oggetto della tutela, poiché la contravvenzione in esame è volta a garanzia dell'ordine pubblico

39 Sull'argomento, v. A. TISEO, *La disciplina dello stalking o "molestie assillanti" (I Parte)*, cit., p. 549 ss.

40 V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. agg. dai Proff. P. Nuvolone e G. D. Pisapia, vol. X, UTET, Torino, 1986, p. 193. Al contrario, sull'opportunità di effettuare una revisione dell'art. 660 c.p., ampliandone la portata dell'incriminazione, v. G. M. FLICK, voce *Molestia o disturbo alle persone*, in *Enc. del diritto*, 1976, vol. XXVI, p. 707 ss.

41 Vedi Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2004, M., in *Riv. pen.*, 2005, p. 163.

42 Sul punto, v. Cass. pen., sez. I, 11 maggio 2006, C., in *Resp. civile e previdenza*, 2006, p. 1553; Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2004, M., cit.

e solo indirettamente della libertà personale⁴³.

Mentre prima si perseguiva l'oggetto della persecuzione (la minaccia, l'ingiuria), adesso, invece, con l'inserimento dell'art. 612-bis c.p., si è voluta colpire appositamente la persecuzione in sé, che spesso costituisce l'atto prodromico di un comportamento in fieri, tendente a evolversi – giacché spesso la condotta dello stalker è caratterizzata da un'escalation di aggressività – verso condotte più rilevanti autonomamente sanzionabili.

Circa la possibilità di ricomprendere gli "atti persecutori" all'interno di altre figure delittuose presenti nel codice, si è talvolta fatto ricorso anche al reato di violenza privata (art. 610 c.p.), in relazione al quale, nel caso di reiterazione delle molestie, poteva essere contestata l'aggravante della continuazione di cui all'art. 81 cpv. c.p.⁴⁴.

Malgrado le singole manifestazioni delittuose avrebbero potuto essere integrate in alcune delle disposizioni già presenti nel codice, si è voluto individuare un'autonoma fattispecie delittuosa a "consumazione anticipata", con cui si sanziona già la semplice molestia, che sia indice di un atteggiamento tendente a degenerare ben presto verso condotte dagli effetti persecutori sempre più efficaci, al fine di prevenire il perpetrarsi di comportamenti ossessivi che possono sfociare in delitti più gravi ed evitare di intervenire solo quando ormai sia troppo tardi.

In questo modo, non soltanto si può riuscire a reprimere il fenomeno anticipatamente, sanzionando già condotte prodromiche rispetto a manifestazioni ben più invasive della sfera privata, ma si può evitare altresì di scardinare il divieto di analogia in malam partem, di cui agli artt. 14 delle disposizioni sulla legge in generale e 25 comma II Cost., ogni qualvolta la disposizione astrattamente meglio applicabile fosse apparsa in concreto inadeguata a disciplinare le varie modalità persecutorie.

43 Dell'opinione che occorre un'interpretazione adeguatrice dell'oggetto di tutela della norma «in coerenza alle direttive di revisione dei valori tutelati in sede penale» è G. M. FLICK, voce *Molestia o disturbo alle persone*, cit., p. 699, ritenendo che la stessa «propone un raccordo immediato tra il momento individuale e quello collettivo della persona».

44 Così Trib. di Lecco, 10 giugno 2008, in *Corriere del merito*, 2008, n. 12, p. 1287, con nota di P. PITTARO, *L'inquietante fenomeno dello stalking fra carenze legislative e principio di legalità*; nonché, in senso conforme, Trib. di Lecco, 15 luglio 2009, *ivi*, 2009, n. 11, p. 1128. Sulla distinzione fra il reato di violenza privata e quello di atti persecutori, v. Uff. indagini preliminari di Milano, 1° luglio 2009, in *Foro ambrosiano*, 2009, fasc. 3, p. 284, secondo cui «mentre nel primo le condotte della persona offesa sono direttamente coartate dal reo, nel secondo esse sono finalizzate ad evitare ogni contatto con il persecutore, ma non specificamente imposte da costui».

6. Violenza in famiglia e stalking

Nella maggior parte dei casi, lo stalking consiste – come già accennato – in atti di molestia perpetrati nei confronti del coniuge legalmente separato o divorziato ovvero di persona legata allo stalker da relazione affettiva e, precisamente, di ex conviventi o fidanzati; in tal caso la pena potrà essere aumentata (art. 612-bis, comma 2, c.p.). Tra autore del reato e vittima, tuttavia, non deve intercorrere al momento del fatto un rapporto di convivenza: da qui anche la definizione di «molestie a distanza»⁴⁵; diversamente si applicherà il più grave reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., punito con la reclusione da uno a cinque anni⁴⁶. Quest'ultima disposizione è applicabile pure al coniuge separato solo di fatto.

In relazione al fenomeno delle molestie domestiche, certo di non recente origine, una specifica forma di tutela si è avuta con la legge n. 154/2001, «Misure contro la violenza nelle relazioni familiari», la stessa legge con cui sono stati inseriti nel codice di procedura penale la misura cautelare dell'«Allontanamento dalla casa familiare» (art. 282-bis c.p.p.)⁴⁷ e nel codice civile il Titolo IX-bis, «Ordini di protezione contro gli abusi familiari», nel cui nuovo art. 342-bis c.c. è riportata una rubrica con il medesimo titolo.

Ai sensi dell'art. 342-bis c.c., «Ordini di protezione contro gli abusi familiari», è disposto che «Quando la condotta del coniuge è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'art. 342-ter». In quest'ultima norma è previsto, appunto, che «il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante [...]».

⁴⁵ F. M. ZANASI, *Violenza in famiglia e stalking. Dalle indagini difensive agli obblighi di protezione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 31.

⁴⁶ In tema di maltrattamenti in famiglia, di recente, v. A. MANNA, *Le caratteristiche generali della tutela penale della famiglia*, in G. Ferrando (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 121 ss.

⁴⁷ In precedenza la misura cautelare che, in tal caso, poteva trovare applicazione, in assenza di una previsione specifica, era l'«obbligo di dimora» di cui all'art. 283 comma 1 c.p.p., provvedimento con cui «il giudice prescrive all'imputato di non dimorare in un determinato luogo e di non accedervi senza l'autorizzazione del giudice che procede».

Il terzo comma dell'art. 342-ter c.c. è stato, peraltro, oggetto di revisione ad opera dell'art. 10 della recente legge n. 38/2009, con cui è stata ridefinita la durata degli obblighi di protezione contro gli abusi familiari. Tali obblighi, infatti, che prima non avrebbero potuto superare i sei mesi, sono stati estesi adesso fino a un anno; termine che può essere ulteriormente prorogato, su istanza di parte, per il tempo strettamente necessario, se ricorrono gravi motivi⁴⁸. Sempre con la legge istitutiva del reato di atti persecutori è stato inserito, inoltre, il nuovo art. 282-ter c.p.p., a norma del quale è disciplinata l'ulteriore e peculiare misura cautelare del «Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa»⁴⁹.

In merito alla perseguibilità penale degli "abusi" commessi nei confronti dei familiari, a seguito dell'entrata in vigore della nuova fattispecie di atti persecutori, appare difficile individuare con precisione i confini del reato in oggetto, nella suindicata ipotesi aggravata di cui al secondo comma dell'art. 612-bis c.p., rispetto a quello di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.). Si tratta, in entrambi i casi, di reati a condotta plurima, caratterizzati da atti abituali che, isolatamente considerati, possono non costituire reato⁵⁰, ma il cui ripetersi determina comportamenti in grado di produrre sofferenze anche solo morali sulla vittima, rendendone la vita penosa e tormentata.

La previsione dell'art. 612-bis comma 2 c.p., secondo cui la pena può essere aumentata fino a un terzo se il delitto di atti persecutori è commesso «dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa», pecca, in realtà, di imprecisione. Ciò è dovuto all'indeterminatezza dell'espressione "relazione affettiva", in grado di comprendere un qualunque legame di tipo sentimentale, quale anche la semplice amicizia.

A tal riguardo, si pone un ulteriore problema, giacché, mentre se la molestia è perpetrata da un estraneo, sia pure un amico, l'unica fattispecie applicabile è quella di atti persecutori, qualora le persecuzioni, invece, siano commesse nei confronti di soggetti

48 Sul punto, v. I. TRICOMI, *Ordine di protezione della durata di un anno*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 10, p. 74 ss.

49 Sull'argomento, in particolare, v. E. DI DEDDA, *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p. 427; C. DI PAOLA, *Una nuova misura cautelare per un nuovo reato*, in *Corriere del merito*, 2009, n. 10, p. 1008 ss.; A. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 966 ss.

50 In relazione al reato di maltrattamenti in famiglia, i fatti isolatamente considerati non ritenuti punibili possono consistere in atti di infedeltà o di umiliazione generica: così Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 1995, Cassani, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1439.

legati da rapporti affettivi in senso stretto, può apparire incerto se tali condotte siano sussumibili nell'apposito delitto contro la famiglia o in quello contro la libertà morale.

Occorre considerare che, mentre la prima ipotesi delittuosa dà vita ad un reato proprio, che presuppone pertanto quale elemento costitutivo un determinato status giuridico (coniuge, figlio, ecc.), il reato di stalking rappresenta un reato comune, che può essere realizzato da chiunque, e rispetto a cui la previa relazione, coniugale o anche solo genericamente affettiva, configura una circostanza aggravante, come tale soggetta al regime del bilanciamento (art. 69 c.p.).

Con riferimento al nuovo reato, peraltro, il legislatore ha voluto limitare la disposizione in esame ai rapporti ormai conclusi, formalmente se si tratta di una relazione coniugale, informalmente nelle altre ipotesi, cosicché non si fa alcun riferimento ai separati di mero fatto. Qualora le persecuzioni siano rivolte nei confronti di costoro si realizzerà, quindi, il delitto di maltrattamenti in famiglia, configurabile in tutte le ipotesi di separazione, sia legale che di fatto, restando invariati, in tal caso, i doveri di rispetto reciproco, morale e materiale, e di solidarietà, che traggono origine dal rapporto coniugale o genitoriale. È rimasta ormai opinione isolata⁵¹ quella che ritiene la convivenza presupposto imprescindibile di quest'ultimo reato, pertanto lo stato di separazione non preclude il reato di maltrattamenti. In ogni caso, però, le molestie o minacce perpetrate a danno del coniuge separato di fatto, che non siano in grado, per le modalità e l'intensità delle stesse, d'integrare il delitto di maltrattamenti in famiglia, ma neanche di essere comprese, nel silenzio del legislatore, nell'ipotesi aggravata di cui al secondo comma dell'art. 612-bis c.p., per divieto di applicazione analogica in malam partem, non resteranno comunque impunte e potranno perseguirsi ai sensi del primo comma di quest'ultima disposizione⁵².

Mentre la mancanza di coabitazione non costituisce un elemento discriminante tra le due fattispecie delittuose, lo rappresenta invece la convivenza, giacché la norma sullo stalking è rivolta solo a quelle condotte moleste realizzate al di fuori del "contesto" familiare, inteso nel senso sia spazio-temporale che socio-temporale. Ciò avviene qualora tra coniugi o conviventi sia

51 F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XV ed. agg. e integr. a cura di C. F. Grosso, Giuffrè, Milano, 2008, p. 536.

52 In proposito, v. Trib. di Lucera, sez. Apricena, ord. 10 luglio 2009, nonché già Trib. di Lucera, sez. di Apricena, 30 giugno 2009, entrambe in *Giur. di merito*, 2010, p. 1372 s., con nota conforme di F. RESTA, *Il delitto di atti persecutori e l'aggravante di cui al comma II dell'art. 612-bis c.p.*

cessato il rapporto di coabitazione, ovvero tra fidanzati sia stata interrotta semplicemente la relazione sentimentale. È proprio la rottura del matrimonio ovvero dell'unione affettiva a scatenare, molto spesso, la condotta dello stalker, il quale reagisce poiché non riesce a rassegnarsi all'abbandono.

Qualora le molestie vengano commesse in ambito familiare il problema non sussiste, giacché in caso di coabitazione fra molestato e molestatore si applicherà il più grave delitto di cui all'art. 572 c.p. Il convivente more uxorio che cessi dallo stato di coabitazione, invece, in caso di molestie, riceve solo adesso, al pari dell'ex fidanzato, apposita tutela attraverso la nuova fattispecie di atti persecutori. Questi ultimi, infatti, in mancanza della recente normativa, non avrebbero ricevuto specifica protezione giacché la disposizione sui maltrattamenti in famiglia richiede quale presupposto materiale un legame stabile, situazione accertabile mediante la condizione giuridica in caso di matrimonio, ovvero lo stato di fatto di coabitazione in caso di mera convivenza (interpretata in senso lato: anche ad es. tra parenti in linea collaterale).

Se la persecuzione è perpetrata al di fuori delle mura domestiche, l'assenza di convivenza non preclude la configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia, per cui nello specifico caso di molestie nei confronti del coniuge legalmente separato, può sussistere un concorso apparente di norme tra l'art. 572 e l'art. 612-bis c.p. In questo caso, anche alla luce della clausola di riserva contenuta nell'art. 612-bis c.p., per risolvere il conflitto normativo e decidere quale sia la disposizione incriminatrice applicabile all'ipotesi di specie, si dovrebbe far ricorso al principio di sussidiarietà. Per tale ragione, sebbene il delitto di maltrattamenti dovrebbe assorbire quello di atti persecutori, proprio, però, in relazione all'ipotesi aggravata del secondo comma dell'art. 612-bis c.p., che prevede l'aumento della pena «se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva», non è detto che l'art. 572 c.p. configuri realmente il reato più grave. Il raffronto sanzionatorio tra le fattispecie va effettuato, infatti, prendendo in considerazione anche quegli elementi circostanziali in grado di incidere sull'entità della pena edittale prevista per ciascuna di esse.

In realtà, se si considera la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due diverse figure delittuose, può ritenersi che ci troviamo di fronte, più che ad un concorso apparente di norme, a un concorso formale di reati, di cui all'art. 81, comma 1, c.p.⁵³

⁵³ Cfr. Trib. di Napoli, 30 giugno 2009, in *Corriere del merito*, 2009, p. 1107, dove si precisa come sussista un concorso tra i due reati qualora al cessare dei maltrattamenti

7. L'individuazione della soglia di responsabilità

Un aspetto cruciale, nonché incerto, della fattispecie di atti persecutori riguarda la tipologia del reato configurato: ci si chiede, in particolare, se la condotta criminosa rappresenti un reato di danno o di pericolo, cioè se sia necessaria una lesione effettiva o sia sufficiente, invece, la semplice messa in pericolo del bene giuridico oggetto di specifica protezione⁵⁴.

Esigenze di garanzia farebbero propendere per un reato di danno, cercando così di restringere l'ambito applicativo di una fattispecie, almeno apparentemente, a "maglie larghe" e di perseguire soltanto condotte realmente offensive. Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura, nel parere espresso sul decreto legge n. 11/2009, con delibera del 2 aprile 2009, afferma che «si tratta di un reato di danno e di evento».

A seguire tale orientamento è stata, di recente, anche la Cassazione, secondo la quale «il reato in discussione, per l'evento di danno di cui è stato connotato, differisce – come arguibile anche

(per es. per il venir meno della coabitazione fra i due coniugi) proseguano poi molestie o minacce. Con riferimento a quest'aspetto, in senso contrario, v. Trib. di Caltanissetta, sent. 4 gennaio 2010, G.S., in *Foro it.*, 2010, c. 218, che afferma come, già in passato, «la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. è stata pacificamente applicata alle ipotesi di attività persecutoria poste in atto da un coniuge separato nei confronti dell'altro». Di conseguenza, qualora le condotte criminose realizzate, nonostante richiamino la nuova fattispecie di cui all'art. 612-bis c.p., non siano altro che la prosecuzione di manifestazioni di aggressività e violenza iniziate in costanza di rapporto coniugale, sia pure ormai in fase di deterioramento, queste «non possono essere staccate da esse e considerate diversa fattispecie di reato. Esse devono considerarsi assorbite nella fattispecie di cui all'art. 572 c.p. e come tali sanzionate, non potendo concorrere l'ulteriore contestazione di cui all'art. 612 bis c.p.». In tal caso, sempre secondo il giudice di merito, può rilevarsi un unico disegno criminoso volto a sorreggere tutte le condotte.

54 In merito all'opinione che gli "atti persecutori" configurino un reato di evento, fra gli altri, v. R. BRICCHETTI e L. PISTORELLI, *Entra nel codice la molestia reiterata*, cit., p. 58 ss.; nonché P. PITTARO, *Introdotta la disciplina penale dello stalking dalle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 662 ss.; A. SORGATO, *Stalking*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 25 ss. Fra coloro che, invece, valutano l'opportunità di qualificare la fattispecie come un reato di pericolo (concreto), v. F. BARTOLINI, *Lo stalking e gli atti persecutori nel diritto penale e civile. Mobbing, Molestie, Minacce, Violenza privata. Gli aspetti sostanziali e procedurali del reato di stalking disciplinato dalla legge n. 38 del 2009*, La Tribuna, Piacenza, 2009, p. 102 ss.; A. M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, cit., p. 153 ss.; nonché V. MAFFEO, *Il nuovo delitto di atti persecutori (stalking): un primo commento alla d.l. 11 del 2009 (conv. con modif. dalla l. n. 38 del 2009)*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2725; A. PECCIOLI, *Il delitto di stalking: prime applicazioni nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1311 s.; L. TERZI, *Il nuovo delitto di Stalking: prime considerazioni*, in *Riv. pen.*, 2009, p. 782; L. TESEO, *Il nuovo reato di stalking: prime considerazioni*, in *Riv. pen.*, 2009, p. 782; E. VENAFRO, *Sub art. 7*, in AA.VV., *Commento al D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 487 ss.

dall'andamento dei lavori preparatori della legge – dalla struttura del reato di minacce che pure ne può rappresentare un elemento costitutivo [...]. Nel reato di atti persecutori rileva invece la risposta in concreto prodotta sul soggetto passivo effettivo»⁵⁵. In tal caso, la fattispecie può dirsi configurata ove si accerti il verificarsi di almeno uno degli eventi indicati alternativamente nel precetto normativo; occorre, vale a dire, che la condotta incriminata abbia procurato nei confronti dell'offeso un grave stato di ansia o di paura, o un ragionevole timore, ovvero sia stata in grado di costringere la vittima a cambiare le sue abitudini di vita.

Valutazioni diverse, di tipo funzionale, tuttavia, farebbero optare per altre soluzioni, volte ad inquadrare il reato in esame fra quelli di pericolo. Come risulta dai lavori preparatori, la soluzione di formulare la norma in termini di pericolo concreto era stata suggerita anche dalla Commissione giustizia della Camera, che proponeva l'inserimento della previsione dell'"idoneità" delle condotte molestie a determinare l'insorgenza di stati ansiosi sul soggetto passivo, onde sfuggire a difficoltosi accertamenti in sede processuale. Tale espressione, però, non è stata mantenuta nella versione definitiva dell'art. 612-bis c.p., in quanto non accolta dall'Assemblea, che ha riportato il delitto alla sua struttura originaria, preferendo evitare di dilatare eccessivamente l'operatività dell'incriminazione.

Da una semplice analisi lessicale del dettato normativo non sarebbe, tuttavia, così semplice risalire all'intenzione del legislatore. La terminologia adottata nella vigente normativa non appare, infatti, nel complesso, decisiva. Nel disporsi che gli atti persecutori devono essere commessi «in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore» può non risultare pacifico se la condotta incriminata debba essere ancora ritenuta idonea a cagionare un danno o debba averlo già realmente cagionato. La locuzione utilizzata potrebbe essere intesa, in verità, sia "in modo da poter cagionare" (in futuro), sia

⁵⁵ Cass. pen., sez. V, 5 febbraio 2010, n. 17698, M., in *Riv. pen.*, 2010, p. 731. Sull'argomento, sebbene in termini meno espliciti, v. anche Cass. pen., sez. V, 26 marzo 2010, n. 11945, in *Resp. civile e previdenza*, 2010, p. 1777, con nota di M. MACRÌ, *Stalking: perdurante e grave stato di ansia e di paura e sindrome del molestatore assillante*. In senso contrario, v., invece, Trib. di Napoli, sez. IV, 2 marzo 2010, C.V., che afferma come «la fattispecie dell'art. 612-bis c.p. costituisce reato di pericolo e contempla tutti quegli atti e comportamenti i quali, pur non mettendo direttamente a repentaglio la vita e l'incolumità personale, in quanto intenzionalmente reiterati, siano finalizzati alla induzione nella vittima di uno stato di disagio psichico, o di timore per la propria incolumità o di quella delle persone care, ovvero siano destinati a creare pregiudizio alle abitudini di vita del destinatario».

“in modo da aver cagionato” (già al presente)⁵⁶. È vero, quindi, che il verbo cagionare dà il senso della causalità, ma non altrettanto appropriata ne è la coniugazione: sarebbe stato diverso se si fosse detto, non «in modo da cagionare», ma «da aver cagionato».

L'utilità d'includere gli atti persecutori fra i reati di pericolo consiste, innanzitutto, nel superare oneri probatori difficilmente adempibili, evitando cioè di dover appurare in sede processuale che tali comportamenti abbiano, in qualche maniera, compromesso l'integrità psichica della vittima, poiché – analogamente all'affine reato di minaccia – sarebbe «sufficiente la sola attitudine della condotta ad intimorire»⁵⁷. Basterebbe accertare, quindi, l'idoneità della condotta ad arrecare un danno alla vittima, ossia la probabilità che – sulla base di regole di esperienza – si realizzi l'evento, quale conseguenza della molestia arrecata⁵⁸. In tal caso, il reato si consuma qualora si riesca a dimostrare l'idoneità vessatoria degli atti prodotti, in base ad una valutazione da effettuare non in astratto, ma in concreto. Si tratterebbe proprio di un reato di pericolo concreto, per cui è richiesto l'accertamento dell'esposizione a pericolo del bene oggetto di specifica protezione, che nel caso di specie è la libertà morale.

Il considerare lo stalking un reato di danno o di pericolo incide anche sull'elemento intenzionale. Mentre nel primo caso il dolo (che è generico) «deve necessariamente ricomprendere anche la rappresentazione dell'evento quale conseguenza della reiterata, abituale condotta voluta dal suo autore»⁵⁹, nel secondo, invece, si verrebbe, per certi versi, agevolati nell'accertamento della

56 Sulle incertezze derivanti dal significato letterale delle parole, v. F. AGNINO, *Il nuovo delitto di atti persecutori, c.d. stalking, entra subito in scena nelle aule di giustizia*, in *Corriere del merito*, 2009, n. 7, p. 773, il quale rileva, opportunamente, come, per taluni aspetti, la terminologia utilizzata dal legislatore «presenta varie ombre nella configurazione attuale quale reato di danno». In termini sostanzialmente analoghi, v. altresì F. MACRÌ, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di "Atti persecutori"*, cit., p. 825. Pur con delle remore, superabili – a suo parere – facendo ricorso ai lavori parlamentari, dai quali emergerebbe la scelta legislativa di costruire la fattispecie di atti persecutori come reato di evento, anche A. VALSECCHI, *Il delitto di "atti persecutori" (il c.d. stalking)*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1389, condivide che la formulazione del testo normativo «a prima vista appaia anche piuttosto ambigua».

57 Cass. pen., sez. V, 7 giugno 2001, Tretter, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2373.

Dell'opinione che non si possa prescindere dall'interpretazione fornita dalla giurisprudenza in merito al delitto disciplinato dall'art. 612 c.p., sia pur limitatamente all'ipotesi in cui il delitto di atti persecutori sia integrato da minacce, è anche C. PARODI, *Stalking e tutela penale*, cit., p. 50 ss.

58 Sull'argomento, v. V. PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Jovene, Napoli, 1975, p. 44 ss.

59 Trib. di Palermo, ord. 29 settembre 2009, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2010, p. 218

condizione psicologica che ha sorretto la commissione del reato. In quest'ultimo caso, pur non potendosi dedurre tout court il dolo dell'agente dalla mera corrispondenza della condotta materiale al modello legale previsto dal legislatore, tuttavia, «la sussistenza dell'elemento psicologico può essere ricavata in via logica dall'esame delle modalità di realizzazione del fatto criminoso e dagli elementi obiettivi che concorrono a delineare in tutti i suoi elementi l'episodio criminoso»⁶⁰.

Nel definire la fattispecie di atti persecutori un reato di pericolo concreto si attenua, inoltre, il rischio che la configurazione del reato dipenda dal grado di percezione della vittima, sebbene, tuttavia, che lo si escluda del tutto. Onde sfuggire a simili inconvenienti, l'indice di pericolosità della condotta dovrebbe essere esaminato immaginando le possibili reazioni emotive di un uomo comune e non quelle della vittima in concreto di molestia o minaccia; solo così ci si può sincerare «che l'azione realizzata sia generalmente idonea a ledere, a prescindere dalla circostanza che qualcuno dei soggetti titolari del bene protetto sia stato di fatto lambito»⁶¹.

Se si vuole evitare che l'interpretazione della condotta come delittuosa venga rimessa al grado di percezione della vittima, l'idoneità degli atti dovrebbe essere frutto di un giudizio astratto, oggettivo, indipendentemente dagli effetti realmente prodotti, o producibili, sulla persona offesa. Non occorre che quest'ultima abbia subito (o sia in condizioni di subire) un effettivo pregiudizio, che versi in uno stato di ansia o di panico ovvero che, addirittura, abbia dovuto mutare le sue abitudini di vita⁶², purché la condotta incriminata sarebbe stata in grado di produrre tali effetti, giacché

60 V. PATALANO, *Significato e limiti della dattistica del reato di pericolo*, cit., p. 134. La specifica questione sul delitto di *stalking* è stata trattata, negli stessi termini, da A. M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, cit., p. 134, secondo cui «Se si concepisse la fattispecie di atti persecutori come reato causale, si dovrebbe richiedere sotto un profilo soggettivo la *volontà* del soggetto di cagionare l'evento, lo stato di ansia e di paura, il fondato timore o il cambiamento delle abitudini di vita, mentre molto spesso l'autore non vuole nulla di tutto questo, vuole solo realizzare le condotte, che risultano minacciose e moleste, per contattare la vittima, per iniziare o continuare una relazione con essa».

61 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2008, p. 200 s.

62 Con riferimento all'alterazione delle proprie scelte o abitudini di vita, E. LO MONTE, *Art. 612 bis c.p. e "Stalking occupazionale": un rimedio solo apparente*, cit., p. 16, ritiene che si tratti di espressioni tacciabili di indeterminatezza e che «la norma sembra ipotizzare, troppo semplicisticamente, soggetti che si muovano o vivano secondo ritmi fissi e prestabiliti». A tal riguardo, F. RESTA, *Stalking. Ragioni e limiti di un dibattito*, in *Studi sulla questione criminale*, 2008, p. 85, si interroga su «come potrebbe il giudice, infatti, valutare quale sia il *modus vivendi* della persona offesa, e il relativo pregiudizio che essa subisca, in ragione degli atti persecutori del molestatore?».

«il pericolo appare tale anche se non rappresentato»⁶³. Così come, al contrario, non può configurarsi il reato in oggetto qualora la stessa condotta, ritenuta non adeguata a cagionare alcun timore ad una persona dotata di una media sensibilità, sia stata recepita, invece, da un altro soggetto – per un errore di percezione (derivante, indifferentemente, da condizioni interiori o fattori esterni) – come un atteggiamento ossessivo e maniacale, determinando in lui uno stato di panico.

L'idoneità andrebbe valutata, quindi, sulla base di un giudizio *ex ante* e in concreto, ossia secondo il criterio della c.d. "prognosi postuma", interpretando astrattamente l'attitudine criminosa della condotta molesta sulla base delle condizioni sussistenti nel momento iniziale dell'attività delittuosa, tenuto conto altresì di ulteriori circostanze eventualmente presenti e conosciute dall'agente concreto al momento dell'azione, appurabili a posteriori.

Concludendo, si può affermare che la scelta di ritenere gli atti persecutori un reato di pericolo appaia suffragata, in verità, da una motivazione logico-sistematica, più che semantica. Se veramente, cioè, attraverso questa nuova figura delittuosa si sono volute garantire forme di tutela anticipate alle vittime di persecuzione, allora soltanto qualificando gli atti persecutori come reato di pericolo questo si realizza pienamente. Diversamente, la norma potrebbe addirittura apparire superflua, nel senso che se fosse necessario attendere il verificarsi dell'alterazione delle condizioni psico-fisiche della vittima, allora, in quello stesso momento sarebbe già contestabile il reato di lesione personale (art. 582 c.p.). Lo scopo del legislatore è, invece, proprio quello di riuscire a intervenire prima che la vittima venga lesa dal suo persecutore nel corpo o nella mente. In tal caso, l'art. 612-bis c.p. assolverebbe realmente ad una funzione di anticipazione, giacché si potrebbe meglio cercare di evitare la degenerazione del comportamento dello stalker, vale a

63 R. Riz, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 1359, che precisa, peraltro, come «Solo così si riesce a distinguere fra il pericolo reale (effettivo) e quello putativo» (p. 1361). Lo stesso Autore afferma, tuttavia, che «il pericolo può assumere maggiore o minore rilevanza in rapporto alle condizioni di fatto che esistono nel momento in cui esso si verifica e ciò anche in relazione alla condotta delle persone che ad esso siano esposte: vi sono infatti dei casi in cui il pericolo sorge solamente per una persona incapace o per un minore» (*ivi*).

Sempre in merito alla concezione oggettiva del pericolo, con riferimento al reato di minacce, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che per minaccia debba intendersi quella condotta "idonea" a determinare la limitazione della libertà psichica del soggetto, mentre non occorre che quest'ultimo sia stato effettivamente intimidito: cfr., *ex pluribus*, Cass. pen., sez. V, 7 aprile 2001, n. 31693, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2373.

dire la c.d. escalation di aggressività, che, con il passare del tempo, può pregiudicare l'incolumità personale della vittima.

Se si tratta di reato di pericolo, appare controverso se si possa punire la forma tentata (art. 56 c.p.): in questo caso si sanzionerebbe, sostanzialmente, il tentativo del tentativo, anticipando ulteriormente la soglia della punibilità⁶⁴.

Prescindendo da una presa di posizione in merito alla configurabilità del tentativo di un reato di pericolo, è anche vero che le molestie possono non giungere a destinazione, e il reato non consumarsi per cause indipendenti dalla volontà dell'agente, nonostante questi abbia già posto in essere atti idonei e non equivoci alla realizzazione dello stesso (abbia ad es. spedito lettere⁶⁵ o regali non ancora recapitati nel momento in cui si riescano a frapporre strumenti ostativi alla commissione del fatto). È chiaro, però, che se ciò appare prospettabile per condotte unitarie – qual è il reato di minaccia – nel caso di specie, dovendosi trattare di atti ripetuti nel tempo, appare improbabile che nessuna delle condotte persecutorie sia stata percepita dalla vittima prefissata. Essendo, peraltro, lo stalking un reato abituale, «l'idoneità degli atti dovrà essere commisurata alla necessaria reiterazione delle condotte»⁶⁶.

A tal riguardo, quindi, potrebbe anche osarsi una soluzione diversa. Nonostante, infatti, l'insufficienza della condotta occasionale a configurare il reato in esame, l'interruzione della serie criminosa per cause indipendenti dalla volontà dell'agente non rappresenta un elemento preclusivo a che vengano punite a titolo di tentativo quelle condotte moleste già realizzate, quando queste, di per sé neutre, non siano ancora sufficienti né "quantitativamente" ad assurgere al rango di atti persecutori, né "qualitativamente" a integrare fattispecie diverse.

8. Gli elementi costitutivi del delitto di atti persecutori:

8.1. L'elemento soggettivo del reato

Nell'art. 612-bis c.p. non vi è alcun riferimento esplicito all'elemento soggettivo richiesto per il delitto di atti persecutori.

⁶⁴ Di quest'opinione, tra gli altri, v. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 434.

⁶⁵ È quanto afferma, in particolare, G. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed. agg. e integr. a cura di L. Conti, Giuffrè, Milano, 2003, p. 513.

⁶⁶ C. PARODI, *Stalking e tutela penale*, cit., p. 66. L'A. precisa, a tal riguardo, che «una singola condotta di molestia o minaccia non può integrare di per sé comunque il tentativo; l'azione isolata può costituire al più tentativo "inidoneo", non previsto dalla legge come reato».

Nel silenzio del legislatore, nonché sulla base dell'esperienza dei Paesi di Common Law, sembrerebbe sufficiente che si tratti di un comportamento consapevole e intenzionale, e quindi che l'autore del fatto si renda conto che la propria condotta possa rappresentare per un'altra persona una molestia e cagionarle «un perdurante e grave stato di ansia o di paura» ovvero «un fondato timore per l'incolumità propria o di un proprio congiunto».

Se si ritiene preferibile, al contrario, un'interpretazione più rigorosa del dato normativo, e quindi certamente più garantista che ne restringa l'ambito della punibilità, pur in assenza di una previsione espressa, non dovrebbe essere sufficiente che lo stalker capisca che le sue "attenzioni" possano risultare sgradite all'altra persona, e di conseguenza essere idonee a ledere o esporre a pericolo beni meritevoli di protezione giuridica, occorrendo, invece, che questi voglia effettivamente cagionarle effetti nocivi. Occorre distinguere, in realtà, il dolo, cioè la coscienza e volontà di realizzare il fatto tipico, dal proposito criminoso finalizzato ad alterare l'equilibrio psico-fisico altrui.

Il delitto in esame sembra configurato a dolo generico⁶⁷, per cui è sufficiente soltanto la consapevolezza e la volontà di porre in essere atti persecutori in grado di creare sofferenza ad altri con il proprio comportamento; non è necessario, invece, che l'agente persegua il fine ulteriore di creare turbamento nella vittima.

Qualora conseguenze dannose si realizzino pur mancando la consapevolezza, da parte dell'autore, dell'offensività della propria condotta, poiché lo stesso, perseguendo altre finalità, avrebbe avuto motivo di ritenere il suo comportamento non molesto per la controparte (in quanto egli abbia cercato, ad esempio, sia pure in maniera maldestra e inopportuna, di ristabilire un contatto con

⁶⁷ A tal proposito, E. LO MONTE, *Art. 612 bis c.p. e "Stalking occupazionale": un rimedio solo apparente*, cit., p. 13, afferma che «l'uso del dolo specifico finirebbe, innegabilmente, col restringere la portata della fattispecie poiché oltre all'esistenza della coscienza e volontà del fatto, la norma richiederebbe che il soggetto agisca per un fine particolare, previsto come elemento costitutivo della fattispecie». Al contrario, F. RESTA, *Stalking. Ragioni e limiti di un dibattito*, loc. cit., avrebbe auspicato un «dolo specifico, in funzione selettiva dei comportamenti meritevoli di sanzione, avente ad oggetto la finalità di uccidere, ingiuriare, molestare, sottoporre a vigilanza la vittima, il suo partner o un membro della sua famiglia».

Con riferimento al reato di maltrattamenti, secondo F. M. ZANASI, *Violenza in famiglia e stalking. Dalle indagini difensive agli obblighi di protezione*, cit., p. 130, è previsto un «dolo generico e unitario». Analogamente, M. ANGELINI, *Sull'elemento soggettivo nel reato abituale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 463, a conferma che si tratti di dolo generico, dichiara che «L'infrazione delle sofferenze non costituisce l'oggetto di uno scopo la cui realizzazione sia estranea alla fattispecie criminosa, ma è l'oggetto stesso della volizione che sorregge la condotta costitutiva del delitto».

l'ex partner, dal quale fosse stato in precedenza abbandonato); in questo caso, in assenza della coscienza della lesività, nonché del carattere antisociale del fatto, non dovrebbe configurarsi il delitto in esame.

Molto spesso accade, in verità, che venga considerato stalker colui che non vuole spaventare la vittima o perseguitarla, ma cerca unicamente di colpire la sua attenzione, ritenendo, anzi, che i suoi continui contatti debbano esserle graditi o, addirittura, lusingarla. Talvolta, solo qualora si vede ignorato, lo stalker, infastidito e deluso, cambia tattica e inizia a manifestarsi violento. Ma non è detto che ciò avvenga necessariamente. Secondo quanto si realizza di consueto – senza con questo potersi generalizzare e dare per scontato che l'atteggiamento persecutorio segua sempre gli stessi schemi –, la condotta vessatoria, avendo una maturazione progressiva, si manifesta dapprima in maniera inconscia. L'autore, infatti, in un primo momento, non percepisce i suoi comportamenti come persecutori, poiché è dopo un po' di tempo, pure a causa delle ritrosie della vittima, che inizia ad accanirsi nei confronti di quest'ultima e prende così gradualmente coscienza delle degenerazioni della sua condotta, senza che ciò lo induca a desistere⁶⁸. Passa, quindi, da attenzioni, seppure morbose, solo inconsciamente moleste a persecuzioni consciamente finalizzate a spaventare, talvolta anche per sentimento di vendetta, la persona dalla quale si sente in qualche modo rifiutato (tra gli stalker che perseguono tali conseguenze dannose rientrano le categorie del rifiutato e del rancoroso di cui al § 1).

Si è affermato, peraltro, che in relazione ai reati abituali non è possibile ricercare un elemento psicologico analogo a quello riscontrabile nei reati non abituali, poiché – come già accennato – può accadere che il disvalore della condotta insorga soltanto «in corso di causa, e che, in ragione della persistente frequenza, si rappresenti finalmente come consapevolezza dell'offesa»⁶⁹.

⁶⁸ In proposito, F. M. ZANASI, *Violenza in famiglia e stalking*, cit., p. 131 s., afferma che «Si tratta, piuttosto, di una serie progressiva di atti, di cui i primi sono solo inconsciamente il punto di partenza di una lunga serie di maltrattamenti, in cui l'autore prende gradualmente coscienza della degenerazione del rapporto che egli sta causando».

⁶⁹ V. B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unicità di reati. Per una microfisica del molteplice*, CEDAM, Padova, 2002, p. 299. In senso analogo, già F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Libreria Editrice Universitaria, Perugia, 1979, p. 182 s., ritiene non necessario «che il soggetto agente si rappresenti e voglia, compiendo il primo atto, quel risultato finale che costituisce l'evento del reato»; essendo, invece, sufficiente «che il soggetto attivo nel ripetere determinati atti obiettivamente idonei ad inserirsi in quella reiterazione da cui dipende l'offesa del bene protetto, [...] produttivi di sofferenze per il soggetto

A conferma di ciò, la stessa giurisprudenza ritiene che «il dolo può ben realizzarsi in modo graduale, costituendo il dato unificatore di ciascuna delle condotte oggettive»⁷⁰.

Da un'analisi della condotta tipica dello stalker, infatti, si può evidenziare – come negli altri reati abituali – «una sorta di colpevolezza “in itinere”, in cui l'autore dialoga con il passato acquisendo consapevolezza dell'abitualità di una condotta, che traduca un duraturo sistema di vita, da cui solo consegue la sofferenza della vittima»⁷¹.

Occorre, quindi, che il soggetto abbia la consapevolezza della lesività della sua condotta, non che persegua il fine specifico di ledere la vittima.

Ai fini processuali, inoltre, non è sufficiente dimostrare che la condotta dello stalker sia frutto di una scelta volontaria, essendo necessario accertare la sussistenza del nesso di causalità tra le azioni persecutorie e i danni subiti dall'offeso. Per concludere, indipendentemente dalle motivazioni che hanno spinto l'agente, si dovrebbe riuscire a provare non soltanto che le conseguenze psicologiche prodotte sulla vittima derivino dal comportamento del soggetto agente, ma altresì che quest'ultimo abbia agito intenzionalmente, nella consapevolezza di realizzare condotte persecutorie idonee a produrre tali effetti. Non è sufficiente, quindi, che il soggetto abbia agito per un fine diverso, accettando il rischio di molestare qualcun altro, a titolo di dolo eventuale.

È anche vero, però, che, se alla luce delle caratteristiche oggettive del fatto, si ricavi che l'agente si sia reso conto della potenzialità lesiva della sua condotta, pure nell'ipotesi in cui sia a conoscenza dello stato di particolare sensibilità della vittima, il dolo di creare a questa novero può ritenersi in re ipsa.

Infine, nonostante la serie di condotte moleste tenda a evolversi in una progressione criminosa che porta l'autore delle stesse a perdere il controllo di sé, il reato di atti persecutori non è incompatibile con una degenerazione “accidentale” di natura preterintenzionale. Non può escludersi, infatti, che lo stalker uccida la sua preda, pur volendo soltanto percuoterla o crearle delle lesioni. È chiaro, però, che in quest'ultima eventualità risponderà di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.) e non di omicidio volontario aggravato ex art. 576, comma 1, n. 5.1. (vedi retro § 4).

passivo, si renda conto della situazione che si va determinando e, nonostante ciò, decida di commettere ulteriori vessazioni e soprusi». Sul punto, v. anche M. ANGELINI, *Sull'elemento soggettivo nel reato abituale*, cit., p. 466.

⁷⁰ Cass. pen., sez. VI, 8 febbraio 1995, Santoro, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1438.

⁷¹ V. B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unicità di reati*, loc. cit.

8.2. Lo stato di alterazione psichica

Se si qualifica il delitto di atti persecutori come un reato di evento, fra gli elementi costitutivi della fattispecie rientrerebbe anche lo stato di alterazione psicologica generata nella vittima⁷². La condizione di ansia o di paura, nonché di timore, andrebbe ovviamente dimostrata in concreto non soltanto ai fini dell'accertamento del fatto tipico, ma anche per valutare che essa non raggiunga lo stadio di "malattia", da potersi configurare il reato di lesione personale di cui all'art. 582 c.p. La difficoltà, in tal caso, consisterebbe nell'individuazione della soglia che separa le due figure delittuose, giacché dove finiscono gli atti persecutori iniziano le lesioni. Potrebbe avanzarsi, a riguardo, una soluzione di compromesso che riconduce gli effetti degli atti persecutori al c.d. danno morale e quelli del delitto di lesioni personali al danno biologico, connotato dall'insorgenza di una vera e propria malattia psichica. È chiaro, però, che, se realmente l'evento del reato di atti persecutori consista nel mero turbamento dello stato d'animo, non in grado di incidere sulle condizioni di salute dell'offeso, ci troviamo in presenza di un elemento extragiuridico oggetto di gravoso accertamento.

Bisognerebbe, comunque, appurare che si tratti di uno stato preesistente o successivo alle molestie. La pregressa condizione psicopatologica precluderebbe la possibilità di sanzionare penalmente condotte di cui non si può accertare la concreta idoneità a sortire effetti nocivi. La scelta di perseguire condotte prodromiche rispetto al verificarsi di stati angoscianti di tipo patologico potrebbe lasciare privi di tutela – vanificando quello che sembrerebbe essere lo scopo di questa nuova fattispecie – tutti quei comportamenti che, perpetrati a danno di soggetti psicologicamente più deboli e già affetti da una sintomatologia ansiosa, possono rappresentare indici di evoluzioni aggressive molto gravi e come tali da prevenire in tempo.

Se, quindi, uno stato ansioso o depressivo preesistente, risultante da un quadro anamnestico, rende ancora più arduo dimostrare la responsabilità dello stalker, è anche vero che un'alterazione

⁷² A tal riguardo, U. FORNARI, *Trattato di Psichiatria Forense*, cit., p. 782, afferma che le vittime di *stalking* «possono sviluppare – a seconda del loro assetto psicologico e del significato conferito al comportamento del molestatore – quadri reattivi a componente depressivo-ansiosa più o meno accentuata, condotte di evitamento variamente incidenti sul funzionamento sociale, lavorativo, affettivo e relazionale, comparsa di disturbi fobici e di attacchi di panico, fino allo stabilirsi di un *danno psichico* di intensità e durata variabile ricondotta dalla vittima allo stress subito».

psicologica successiva all'azione persecutoria non rappresenta la premessa su cui fondare il sillogismo che il verificarsi della prima sia necessariamente riconducibile al realizzarsi di quest'ultima. Altre possono essere state, in buona sostanza, le cause scatenanti, rispetto alle quali, eventualmente, le molestie hanno rappresentato soltanto delle concause, poiché non in grado da sole di generare tali effetti.

Rimettere la perseguibilità del fatto delittuoso alla "sensibilità" dell'offeso lascerebbe, inoltre, prive di una tutela tempestiva tutte quelle persone dotate di forte personalità e carattere che riescono, quanto meno inizialmente, a "sopportare" lucidamente manifestazioni vessatorie, da altri subito percepite, invece, quali pericoli imminenti. Per queste ragioni, sarebbe opportuno riuscire a esprimere un giudizio di tipo astratto sulla pericolosità delle condotte invasive, che prenda a modello le probabili reazioni dell'uomo medio, prescindendo dagli effetti concreti prodotti sulle singole vittime. Questi ultimi andrebbero analizzati solo successivamente ai fini di un'eventuale graduazione della pena, a norma dell'art. 133, comma 1, n. 2, c.p., cui si fa riferimento alla «gravità del danno e del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato».

In ogni caso, bisognerebbe distinguere le varie modalità di realizzazione degli atti persecutori. Se, infatti, in caso di "molestia" – a causa dell'evanescenza dell'espressione normativa – può essere necessario che la condotta, per essere perseguita, sia già produttiva di effetti, onde evitare di incriminare condotte astrattamente "neutre"; qualora, invece, vengano perpetuate delle vere e proprie minacce, risulta pacifico che tali manifestazioni delittuose si configurino anche ove la vittima posseda una particolare forza d'animo, rimanendo impassibile alle pressioni dell'agente. Secondo quanto ha affermato la giurisprudenza in relazione al reato di cui all'art. 612 c.p., non occorre che lo stato di intimidazione si realizzi realmente, «essendo sufficiente la sola attitudine della condotta di intimorire e irrilevante l'indeterminatezza del male minacciato purché questo sia ingiusto e possa essere dedotto dalla situazione contingente»⁷³. Se, però, riteniamo il delitto di atti persecutori un reato di danno, indifferentemente dalle modalità di realizzazione delle condotte ossessive, bisognerebbe sovvertire il ragionamento suesposto e dimostrare che anche le minacce abbiano prodotto uno dei tre eventi indicati in via alternativa dal legislatore per la

⁷³ Cass. pen., sez. V, 7 giugno 2001, Tretter, cit.

configurabilità del delitto in esame.

Il problema principale non è forse tanto decidere se gli atti persecutori integrino in sé un reato di danno o di pericolo, quanto cercare di individuare cosa la norma voglia perseguire. La funzione di garanzia cui può tendere una fattispecie di danno si vanifica, infatti, di fronte ad una descrizione generica degli eventi⁷⁴. È proprio la mancata precisazione normativa degli effetti, prodotti o producibili, sulla vittima a incidere sulla soglia della tipicità, destando maggiori perplessità in termini di tassatività e offensività. Nell'incertezza interpretativa fornita da concetti con valenza psicologica, quali ansia, paura o timore, è proprio qualificando la fattispecie come reato di mera condotta che si può cercare di arginare gli spazi di discrezionalità, poiché, mentre la condizione di pericolo va analizzata oggettivamente in astratto, la realizzazione dell'evento, presuppone, invece, un giudizio di disvalore concreto, rimettendo la decisione prima alla sensibilità della vittima e successivamente a quella giudiziaria.

9. L'accertamento del rapporto di causalità: una probatio diabolica

La questione probabilmente più ardua da affrontare riguarda l'accertamento eziologico tra la condotta del persecutore e lo stato di alterazione psicologica prodotto sulla vittima, al fine di chiarire se tale condizione rappresenti l'effetto del comportamento dell'agente o sia, invece, indipendente da questo. L'eventuale mancanza di un substrato naturalistico di evento contribuirebbe a rendere particolarmente difficile tale accertamento. Si tratta, in ogni caso, di dimostrare la sussistenza di un rapporto non di causalità materiale tra azione ed evento, ma di causalità psichica, che presuppone un rapporto di interazione fra due soggetti, in grado di determinare un meccanismo di condizionamento mentale, e che sfugge, ancor più della prima, alla ricorribilità a leggi generali di copertura⁷⁵.

74 Secondo G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: reati di pericolo e reati di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 691, «quanto più concretamente viene determinato il bene giuridico, tanto più agevolmente le relative figure di reato saranno qualificabili come lesione, e, di contro, quanto più astratta è la connotazione del bene, tanto più frequentemente saranno qualificabili come di pericolo i tipi ad esso relativi».

75 Sull'argomento, v. L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA.VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari e G. Fornasari, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 200 ss.; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e*

Come è stato affermato, in proposito, la soluzione del problema non è agevole «per le difficoltà poste dall'accertamento del nesso di causa in psicopatologia, che solitamente è inteso come nesso di concausalità in nome della acquisita multifattorialità del disturbo psichico, e poi per la variabilità recettiva e reattiva individuale e l'impossibilità, il più delle volte, di evidenziare un rapporto unilineare tra evento psicolesivo e danno biologico»⁷⁶.

Peraltro, analogamente a quanto asserito in tema di maltrattamenti⁷⁷, anche in relazione al reato di atti persecutori può non ritenersi necessario che la condotta dello stalker costituisca la causa unica ed esclusiva degli eventi lesivi riscontrati sulla vittima. In virtù, infatti, del principio di cui all'art. 41, comma 1, c.p., il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, sia pure indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non elude il rapporto di causalità fra condotta ed evento. Tra le cause preesistenti possono comprendersi eventuali condizioni psicopatologiche già sussistenti nella vittima. Queste ultime, dunque, avrebbero contribuito, insieme alla condotta persecutoria subita, a produrre degli effetti lesivi sulla persona offesa, senza che, però, venga meno il nesso di causalità tra condotta ed evento.

Tale soluzione, tuttavia, malgrado avrebbe il pregio di evitare un'anamnesi sulla vittima, consistente nell'analizzare attentamente i tratti del suo carattere, ripercorrendo a ritroso tutti quegli avvenimenti traumatici che possono averne alterato negli anni l'equilibrio psico-fisico, d'altro canto priverebbe l'imputato di ogni possibilità di difesa.

La difficoltà nel riscontrare gli effetti prodotti dalla condotta di stalking si rivela, in verità, ancora maggiore qualora – interpretando

condizioni necessarie, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 679. In particolare, L. RISICATO, *La causalità psichica tra partecipazione e determinazione*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 26 s., afferma che «tale forma di causalità è riconosciuta a livello epistemologico come *species* solo parallela (o più probabilmente *analogica*, non certo nella natura quanto negli effetti) della causalità naturalistica e comunque diversa da essa per l'insondabile base ricognitiva, costituita prevalentemente da elementi di arduo riscontro processuale». Più in particolare, con riferimento all'art. 612-bis c.p., v. G. LOSAPPIO, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di "Atti persecutori" "Stalking the Stalking"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 875.

⁷⁶ U. FORNARI, *Trattato di Psichiatria Forense*, cit., p. 791. Sempre sulla molteplicità dei fattori da cui sono determinate le azioni umane, da un punto di vista psicoanalitico, v. anche F. ALEXANDER e H. STAUB, *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, trad. e pref. di P. Veltri, Giuffrè, Milano, 1978, p. 55 ss.

Per un'analisi più completa sulla crisi della causalità in relazione a sistemi complessi e multifattoriali, si rinvia a S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2009.

⁷⁷ In proposito, v. F. M. ZANASI, *Violenza in famiglia e stalking*, cit., p. 129 s.

la fattispecie di cui all'art. 612-bis c.p. come un reato di pericolo – manchi un danno empirico. La possibilità di emettere una sentenza di condanna «al di là di ogni ragionevole dubbio», ai sensi dell'art. 533 c.p.p., appare difficilmente raggiungibile in presenza di elementi descrittivi non verificabili. Si ritiene, infatti, che «solo se il fatto del giudizio consiste in fatto empirico tassativamente determinato in tutti i suoi elementi costitutivi – l'azione, l'evento, la colpevolezza – esso può formare oggetto di prova in senso stretto»⁷⁸.

A rendere particolarmente arduo l'accertamento del fatto contribuisce, inoltre, l'insufficiente tassatività della norma. È proprio la mancanza di determinatezza, la stessa che avrebbe dovuto assolvere allo scopo di favorire maggiori incriminazioni, svincolate dai margini troppo angusti di un'individuazione particolareggiata degli elementi normativi, a far sì che l'accertamento probatorio sia più complesso. Si avranno, in buona sostanza, più incriminazioni, ma meno condanne.

Nella consapevolezza di ciò, può accadere che molti episodi di molestie non siano portati a conoscenza dell'autorità giudiziaria: è proprio, infatti, la paura di non riuscire a dimostrare la "violenza" subita ad alimentare il numero oscuro.

10. La reiterazione della condotta e la contestabilità della continuazione

Gli atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p. possono consistere nella "reiterazione" di condotte che, isolatamente considerate, appaiono consentite dall'ordinamento giuridico, ma che divengono criminose soltanto se cumulate con altre. Pure condotte che non configurano da sole autonomi titoli di reato acquisteranno, quindi, univocità di significato, dando vita a fattispecie penalmente rilevanti, qualora siano analizzate congiuntamente ad altre, parimenti lecite se considerate anch'esse singolarmente.

A tal riguardo, occorre individuare temporalmente quando il reato può dirsi perfezionato, cioè precisare quale sia il momento della sua consumazione: per poter far ciò si deve tracciare il confine superato il quale un atto lecito diviene suscettibile di rilevanza penale.

Lo stalking rappresenta un reato di durata, la semplice molestia isolata nel tempo, infatti, non appare sufficiente alla configurazione

⁷⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 107.

della condotta criminosa. Deve trattarsi di condotte reiterate, per cui non è idonea a produrre l'evento lesivo un'azione istantanea, estemporanea e occasionale. Per condotta reiterata s'intende un comportamento insistente e ripetuto nel tempo, attuato a qualunque ora del giorno o della notte.

Si tratta, in realtà, di un reato abituale solitamente atipico, in quanto caratterizzato dal susseguirsi nel tempo di fatti disomogenei, ossia dal perpetrarsi di condotte diverse, contraddistinte da una progressività criminosa, ovvero da un'aggressività in evoluzione. Queste, considerate singolarmente, se sono dotate di specifica rilevanza penale e appaiono sussumibili in fattispecie diverse, configurano un "reato abituale improprio", se, invece, non sono dotate di autonoma valenza penalmente rilevante, configurano un "reato abituale proprio"⁷⁹.

Nel primo caso, più che di reato progressivo, può parlarsi di "progressione criminosa", che si attua ogniqualvolta «l'agente da una condotta iniziale, che concreta un determinato reato [...], passa a una condotta successiva, in nesso causale con l'antecedente, realizzando un reato più grave che contiene il meno grave»⁸⁰. Il reato antecedente e quello successivo possono offendere anche beni giuridici diversi; è importante, però, affinché si attui tale figura giuridica, che si abbia una progressione per importanza.

In quanto reato di durata, occorre accertare il "recidivarsi" delle molestie; per far ciò si deve precisare quale sia il numero minimo di atti persecutori al di sotto del quale non può parlarsi di stalking. È stato, a tal riguardo, approssimativamente individuato un numero minimo consistente in almeno 10 manifestazioni persecutorie, che devono attuarsi in un arco temporale non troppo ravvicinato, cioè in almeno 4 settimane⁸¹. Secondo altri, invece, gli atti persecutori devono avere una durata non inferiore a tre mesi con cadenze quantomeno settimanali⁸². Più di recente, la giurisprudenza è

79 Sull'argomento, v. V. B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unicità di reati*, cit., p. 278 s.

80 S. RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 60. L'autore, in relazione all'elemento soggettivo richiesto per l'ipotesi di "progressione criminosa", ritiene che vi sia «pluralità e diversità sia delle rappresentazioni, deliberazioni e risoluzioni del soggetto, sia degli scopi immediati che questi persegue, e verso i quali sono rivolti gli atti della sua volontà» (*ivi*, p. 70). Esclude, però, «che possano costituire progressione quelle ipotesi di successione di forme criminose nelle quali l'elemento psicologico si attegga, nell'iniziale, diversamente dalla successiva, come ad es. quando il soggetto né prevede né vuole, o prevede senza volerlo, l'evento immediato conseguente alla sua condotta antecedente, ma prevede e vuole, sviluppando il suo comportamento, l'evento che consegue alla sua condotta successiva».

81 Questo è quanto hanno affermato M. PATHÉ e P. E. MULLEN, *The impact of stalkers on their victims*, in *British Journal of Psychiatry*, 1997, p. 5.

82 H. EGE, *Oltre il mobbing. Straining, Stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2005, p. 24.

intervenuta a individuare la soglia minima di condotte necessarie perché si possa parlare di “reiterazione” del reato, ampliando sensibilmente l’ambito di applicazione del delitto. Ha ritenuto configurabile, infatti, la fattispecie in oggetto anche nell’ipotesi in cui le molestie vengano realizzate in due soli giorni, a distanza di una settimana, e in uno dei due giorni più volte (in particolare, tre volte nell’arco della stessa giornata)⁸³, nonché addirittura – secondo l’orientamento che si sta ormai consolidando presso i giudici di legittimità⁸⁴ – in presenza di due soli episodi di molestia.

È anche vero, tuttavia, che il quantitativo di molestie, nonché lo spazio di tempo intercorrente fra le stesse, dovrebbe variare a seconda della gravità e della natura degli atti commessi, giacché ritenere che la consumazione del reato avvenga dopo un lasso di tempo troppo esteso potrebbe mettere a repentaglio la vita della vittima. Come spesso accade, infatti, la condotta dello stalker si evolve e la situazione precipita.

Attraverso un’analisi testuale dell’art. 612-bis c.p., può sembrare che oltre a non dovere essere istantanea la condotta, pure le conseguenze lesive della stessa si debbano prolungare nel tempo. Non è sufficiente, in sostanza, che la vittima provi uno spavento momentaneo, ma occorre che tali molestie generino in lei un «perdurante», nonché «grave», stato di ansia o di paura. Il protrarsi degli effetti nocivi, richiesto per lo stato di ansia o di paura, non appare, però, necessario qualora la condotta persecutoria generi una condizione di timore, essendo sufficiente – nel silenzio del legislatore – che questo, seppure istantaneo, sia «fondato».

Le molestie cagionano delle ripercussioni un po’ più tangibili, poi, qualora l’offeso si veda costretto «ad alterare le proprie abitudini di vita». La vittima del reato, in tal caso, non si limita a tollerare inerte le persecuzioni incalzanti, ma è costretta a intervenire per cercare di sottrarsi a questi “bombardamenti” angoscianti. È obbligata, cioè, a cambiare numero di telefono o addirittura abitazione, a tentare di

83 Trib. di Milano, 31 marzo 2009, imp. T., in *Corriere del merito*, 2009, p. 649.

84 Cass. pen., sez. V, 17 febbraio 2010, n. 6417, in *C.E.D. Cass.*, n. 245881; Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2010, n. 25527, in *Guida al diritto*, nn. 33-34, p. 72, con nota di A. NATALINI, *Sciolto il nodo della frequenza minima necessaria perché il crimine possa dirsi configurato*. Parere contrario in merito alla configurabilità della fattispecie in presenza di due soli episodi di molestia ha espresso, invece, il Trib. di Roma, sez. V, 4 febbraio 2010, n. 3181, secondo cui «gli atti di aggressione devono presentare un grado di invasività tale nella vita della vittima da determinare uno stravolgimento psichico e della stessa organizzazione della quotidianità, compatibile solo con condotte caratterizzate da costanza, permanenza e imponenza tali da costituire un vero e proprio impedimento alle sue normali abitudini di vita». Su quest’ultima opinione vedi anche Uff. indagini preliminari di Reggio Emilia, 12 marzo 2009.

camuffarsi o ad uscire di casa o dal luogo di lavoro in orari diversi, ovvero a percorrere strade alternative.

Lo stato di ansia o di paura, ovvero il cambiamento delle abitudini di vita rappresentano, peraltro, a seconda se si ritenga il reato di atti persecutori una fattispecie di danno o di pericolo (v. § 7), degli elementi necessari, sia pure alternativi, alla realizzazione del delitto in esame, o invece delle mere situazioni eventuali, ma astrattamente idonee a verificarsi in un qualunque altro soggetto – in grado di rappresentare (secondo il modello anglosassone) una “persona ragionevole” – che si trovi nella stessa condizione della vittima in concreto.

Le manifestazioni ossessive, di solito varie per tipologia e intensità, non sono necessariamente sorrette da un unico elemento soggettivo, lo stesso che nella definizione di reato continuato viene definito «medesimo disegno criminoso» (art. 81 cpv. c.p.)⁸⁵. Può accadere, infatti, che il soggetto agente, spinto inizialmente da un'intenzione lecita (come ad es. corteggiare, sebbene maldestramente, una donna), solo in un secondo momento (qualora si veda rifiutato), sia mosso da uno spirito di vendetta che lo induca a intraprendere un piano di persecuzione. Manca, in tal caso, l'unicità del disegno criminoso programmato ex ante. L'autore delle condotte non segue, dunque, il proposito delittuoso preventivato, ma agisce indotto da un impulso psicologico di tipo abitudinario, di cui a posteriori prende pian piano consapevolezza. Diversamente da quanto accade per il reato continuato, che presuppone l'unicità del disegno criminoso, in caso di atti persecutori non occorre – in analogia con quanto è stato affermato in tema di maltrattamenti in famiglia – la sussistenza del dolo già al primo atto, giacché lo stalker «non agisce con l'intento di dare esecuzione ad un piano criminoso anteriormente predisposto, che coinvolga l'intera serie di atti»⁸⁶.

Anche sulla base di tali osservazioni, può rilevarsi che, mentre il reato continuato – nonostante il nesso teleologico che contraddistingue la serie delittuosa – può essere commesso in concorso con altri, il reato abituale, invece, essendo indice di un'evoluzione psicologica personale – di una manifestazione della

85 Secondo A. VALSECCHI, *Il delitto di “atti persecutori” (il c.d. stalking)*, cit., p. 1378, occorre «che l'interprete accerti, nel caso di specie, se i singoli atti hanno tratto origine da situazioni contingenti e particolari, ovvero se rientrano in una cornice unitaria, se sono cioè *collegati*, sul piano oggettivo, da un *nesso di abitudine* e, sul piano soggettivo, da un'unica intenzione criminosa».

86 F. M. ZANASI, *Violenza in famiglia e stalking. Dalle indagini difensive agli obblighi di protezione*, cit., p. 131.

personalità dell'agente – è realizzato, normalmente, uti singuli. A conferma di ciò si consideri che si tratta per lo più di un'espressione sintomatica di perseveranza criminale.

Si può affermare, quindi, che, diversamente dal reato continuato in cui rileva la dimensione materiale, in quello abituale prevale la dimensione psicologica⁸⁷.

La continuazione potrebbe essere, comunque, contestata se la condotta persecutoria sia rivolta verso una pluralità di soggetti passivi, qualora, in particolare, in aggiunta al soggetto designato vengano molestati anche i suoi familiari, che rappresentano solo delle vittime secondarie, ossia strumentali al raggiungimento dell'unico e specifico obiettivo di turbare maggiormente la vittima prescelta.

Analogamente, qualora con più azioni od omissioni si violino, oltre alla fattispecie di cui all'art. 612-bis c.p., altre disposizioni di legge, volte a proteggere un diverso bene giuridico (configurandosi ad es. il reato di ingiuria, diffamazione), si realizza un'ipotesi di concorso materiale di reati, cui si applicherà, per via dell'unicità del disegno criminoso, il cumulo giuridico delle pene previsto nell'art. 81 cpv. c.p. Molto spesso, inoltre, si susseguono comportamenti diversi e imprevedibili, caratterizzati da un'escalation di aggressività: non è infrequente, a tal riguardo, che le molestie ossessive e ripetute degenerino in una violenza sessuale o addirittura nell'omicidio della vittima.

La continuazione può essere contestata anche ove si pongano in essere più azioni od omissioni tutte sussumibili all'interno dell'art. 612-bis c.p. Il reato continuato di cui all'art. 81 cpv. c.p. è configurabile non soltanto quando vengono realizzate condotte che, pur se dirette verso un unico scopo criminoso, ledono più beni giuridici (ad es. sia l'integrità fisica che quella morale della vittima), ma altresì quando sia lesa, con modalità diverse, sempre la stessa tipologia di beni meritevoli di tutela penale. Ciò, in particolare, può verificarsi sia se la persecuzione si manifesti congiuntamente con molestie "e" minacce, sia che avvenga attraverso una serie di modalità uniformi.

A tal riguardo, occorre considerare, innanzitutto, che se fosse stato espressamente richiesto l'uso congiunto di molestie e

⁸⁷ Con riferimento a quest'ultimo aspetto, v. R. DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Priulla, Palermo, 1950, p. 211, secondo cui occorre considerare che «l'elemento qualitativo dell'inclinazione, come quello dell'habitus, non vanno, rispettivamente nella recidiva e nell'abitudine, confusi con l'elemento empirico-quantitativo della ripetizione».

minacce, piuttosto che quello disgiunto, l'art. 612-bis integrerebbe un reato complesso (art. 84 c.p.), comprensivo dei reati di cui agli artt. 612 e 660 c.p. Le minacce, quindi, al pari delle molestie, costituiscono solo delle modalità – sebbene certamente più incisive – di realizzazione della fattispecie, e non degli elementi costitutivi della stessa⁸⁸. Nell'esecuzione della fattispecie in esame possono concorrere molestie e minacce, ma può anche attuarsi una modalità qualitativamente unisussistente. A prescindere da ciò, si rileva che qualora la minaccia non rappresenti uno strumento meramente persecutorio, ma sia finalizzata a conseguire uno scopo ulteriore, sebbene logicamente connesso – quale indurre la vittima a fare od omettere qualcosa –, allora dovrà configurarsi il concorso fra il delitto di atti persecutori (art. 612-bis) e quello di violenza privata (art. 610 c.p.).

Sempre a fini sanzionatori, il problema principale riguarda l'individuazione del momento consumativo del reato, a partire dal quale ossia esuli la tipologia di reato abituale e vada contestata la continuazione ai sensi dell'art. 81 cpv. c.p. Sebbene la natura di reato abituale dovrebbe precludere questa possibilità, essendo la reiterazione già insita nella condotta delittuosa stessa⁸⁹, una volta che sia stato posto in essere un numero di condotte sufficienti a far assumere alle singole molestie la veste di atti persecutori, cioè di reato abituale, comportamenti ulteriori rispetto a quelli strettamente necessari richiederebbero un aumento della pena ai fini della continuazione. Diversamente si sanzionerebbero allo stesso modo condotte realizzate in una fase temporale circoscritta e condotte reiterate per anni.

Possono evidenziarsi, quindi, diversi trattamenti sanzionatori a seconda della durata delle molestie. Se una sola molestia può essere sanzionata a norma all'art. 660 c.p., due o più molestie ripetute in

88 Dell'opinione che non si tratti di un reato complesso che nasce dalla fusione delle fattispecie di molestie e di minacce sono anche, in particolare, F. AGNINO, *Il nuovo delitto di atti persecutori, c.d. stalking, entra subito in scena nelle aule di giustizia*, cit., p. 771; C. PARODI, *Stalking e tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 49. In senso contrario, v. invece P. PITTARO, *Introdotta la disciplina penale dello stalking dalle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., p. 664, secondo cui proprio perché si tratta di reato complesso non si applicano le disposizioni sul concorso di reati.

89 La continuazione, talvolta, non può essere contestata a causa della natura del delitto di *stalking*, caratterizzato da un susseguirsi di condotte, molte delle quali non costituiscono illecito penale, ma solo un atto prodromico rispetto ad un'*escalation* di aggressività criminosa. Come si è affermato, infatti, «Il reato continuato postula che ogni episodio costituisca, di per sé, illecito penale, mentre [...] questo non necessariamente può essere riscontrato nel comportamento dello *stalker*»: V. MAFFEO, *Il nuovo delitto di atti persecutori (stalking): un primo commento alla d.l. 11 del 2009 (conv. con modif. dalla l. n. 38 del 2009)*, cit., p. 2724.

un arco temporale ben delimitato, se non sono ancora sufficienti a configurare il delitto di atti persecutori, saranno sanzionate sempre per il suindicato reato contravvenzionale, al quale viene applicato l'aumento di pena per la continuazione. Nel momento in cui, invece, le molestie (accompagnate anche eventualmente da minacce) siano idonee a configurare il reato abituale di atti persecutori si contesterà il delitto di cui all'art. 612-bis; qualora, poi, in seguito al perfezionarsi di tale fattispecie delittuosa, si continuino a reiterare altre condotte moleste potrà contestarsi il delitto di atti persecutori continuati.

Anche l'intervallo temporale fra la serie di condotte può rilevare ai fini della continuazione, in particolare quando la serie reiterativa sia interrotta da una sentenza di condanna, ovvero da un notevole intervallo di tempo rispetto a episodi successivi⁹⁰.

11. L'ammonimento del questore e la sua funzione

Con l'art. 8 d.l. n. 11/2009 (conv. nella l. n. 38/2009) è stato previsto il nuovo istituto dell'"ammonimento" del questore, che sembra richiamare l'"avviso orale" (che, a sua volta, ha sostituito la "diffida"), e cioè la più tenue delle misure di prevenzione disciplinate dalla l. n. 1423/1956, con cui si invita l'ammonito a tenere una condotta conforme alla legge. Si tratterebbe, in realtà, di una misura di prevenzione atipica in quanto priva delle garanzie processuali di tali provvedimenti.

La persona offesa, che non abbia ancora presentato querela (ciò che deve avvenire entro sei mesi), ha la possibilità di esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza – e non, come previsto nella proposta di legge citata n. 4891 C. del 2004, all'autorità giudiziaria –, facendo richiesta al questore che l'autore della condotta venga ammonito. Il questore, se ritiene la richiesta fondata alla luce delle informazioni assunte, ammonisce oralmente l'autore della condotta molesta, invitandolo a tenere un comportamento conforme alla legge⁹¹.

⁹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 1995, Cassani, cit.

⁹¹ A tal proposito si rinvia a C. PARODI, *Stalking e tutela penale*, cit., p. 114, il quale, in particolare, afferma che, «in caso di diniego, comunque, deve ritenersi possibile certamente la presentazione di nuova istanza sulla base di nuovi elementi in fatto; in linea teorica non si può escludere anche una presentazione sulla base dei medesimi elementi, corredata da nuove e differenti considerazioni di natura valutativa».

Sull'argomento, v. anche la pronuncia del T.A.R. Milano – Lombardia, sez. III, 25 agosto 2010, n. 4182, in *Giur. di merito*, 2010, p. 2881.

Appare incerto se per poter far questo sia sufficiente un mero "sospetto di reato", non essendo ancora le condotte realizzate configurabili quali atti persecutori. Qualora non si tratti di condotte reiterate ma di episodici approcci, infatti, sebbene non si possa fino a questo momento effettivamente parlare di molestia, l'ammonimento sarebbe funzionale a prevenirne la consumazione⁹².

In tal caso, l'ammonimento avrebbe solo una funzione preventiva, volta a impedire che condotte sgradite possano divenire insistenti ed evolvere verso direzioni più pericolose. A dimostrazione che si tratti di un atto preventivo sta il fatto che mentre nella proposta di legge del 2004 l'ammonimento veniva rivolto all'indagato, per evitare che il «reato» già consumato fosse reiterato, adesso, invece, è rivolto più genericamente «all'autore della condotta». L'istituto, infatti, potrebbe essere esercitato anche in modo funzionale ad evitare l'instaurazione del procedimento, in caso di condotta persecutoria singolarmente considerata, e cioè in una fase prodromica rispetto alla configurazione del fatto come illecito penale, ovverosia nel momento in cui mancano ancora una notizia di reato e un soggetto sottoposto a indagini. L'ammonimento dovrebbe essere finalizzato, quindi, a dissuadere il molestatore – o potenziale tale – dal continuare a turbare la tranquillità della vittima designata, e assolverebbe pienamente al suo scopo proprio ove si tratti di un persecutore inconsapevole, di chi vale a dire non si renda ben conto del danno psicologico che possono cagionare le sue insistenti attenzioni⁹³, né delle eventuali conseguenze giuridiche che possono scaturire a suo carico.

Peraltro, già nella relazione illustrativa del progetto di legge del 2008, recante «Misure contro gli atti persecutori», si affermava che «ove lo stalking è episodico e non si ripete, può essere sufficiente una misura monitoria indicata nel presente disegno di legge nell'ammonimento orale da parte del Questore».

La natura della misura muta, tuttavia, qualora i fatti esposti all'autorità di pubblica sicurezza configurino un reato procedibile d'ufficio (ad es. una minaccia grave ex art. 612, comma 2, c.p.). In questo caso, malgrado la persona offesa abbia voluto fare una

⁹² Di quest'opinione è anche A. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, cit., p. 962, secondo cui, in questo modo, si realizzerebbe «appieno quella funzione "preventiva" che, secondo le regole generali, rientra nella competenza del questore e che, probabilmente, anche la misura *de qua* intende soddisfare, in modo da evitare che quella condotta possa superare la soglia della rilevanza penale».

⁹³ Sul punto, v. L. MAZZA, *Gli "atti persecutori": un percorso incerto fra violenze, minacce e molestie*, in *Rivista di polizia*, 2007, p. 607.

“mera” istanza di ammonimento, si determina per l'autorità di pubblica sicurezza l'obbligo dell'immediata comunicazione al pubblico ministero dell'avvenuta acquisizione di una notizia criminis. Il riferimento a fatti procedibili d'ufficio attribuisce, infatti, all'istanza contenuto di denuncia nel suo esporre gli elementi essenziali del fatto.

Si può ritenere, inoltre, che la richiesta di ammonimento non rappresenti uno strumento esperibile superato il momento utile per la presentazione della querela, giacché costituirebbe, altrimenti, una sorta di remissione in termini per colui che ha fatto scadere i sei mesi, vanificandosi, in questo modo, la previsione normativa.

Tale istanza costituisce una valida opportunità per tutti coloro che temono di subire delle ripercussioni dalla presentazione della querela, i quali, informando dei fatti l'autorità di pubblica sicurezza piuttosto che quella giudiziaria, credono di riuscire a sortire gli stessi effetti con minori rischi. Un qualsiasi nuovo episodio di molestia successivo all'ammonimento consentirebbe, infatti, un'iniziativa ex officio. Non è detto, però, che l'ammonimento abbia rappresentato effettivamente nell'intenzione del legislatore un'alternativa alla querela rivolta ai soggetti più timorosi. Le stesse remore che questi ultimi possono avere nel presentare la querela è probabile che le abbiano pure nel rivolgersi al questore. Non tutte le vittime sono in grado di percepire le diverse conseguenze giuridiche derivanti da una condizione di procedibilità, qual è la querela, ovvero da una misura di prevenzione, come l'ammonimento, nonché di distinguere la competenza attribuita all'autorità di pubblica sicurezza rispetto a quella devoluta all'autorità giudiziaria.

Bisognerebbe, oltretutto, valutare i diversi effetti prodotti da questi due strumenti.

Per ciò che concerne la procedibilità a querela di parte nell'ipotesi non circostanziata, non vi è alcun riferimento – come, invece, in tema di violenza sessuale – al divieto di rimettere la stessa, per cui, qualora la vittima decida (per paura o per altra motivazione) di rimettere la querela, venendo a mancare la condizione di procedibilità, il reato si estingue⁹⁴. Il legislatore, nell'assimilare

94 A tal riguardo si rinvia al parere espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura, con la delibera del 2 aprile 2009, secondo cui «Qualche perplessità, sotto il profilo della coerenza sistematica, suscita la previsione di procedibilità a querela del reato laddove non si disciplina una ipotesi di irrevocabilità della stessa per una fattispecie che consente l'adozione di misure coercitive a carico del querelato. In sostanza si potrebbe verificare una situazione processuale nella quale, pur dopo che l'indagato abbia sofferto un periodo di custodia cautelare, il giudice non possa ulteriormente procedere per intervenuta remissione di querela, con ciò attribuendosi alla parte lesa un potere che non trova riscontro nell'ordinamento penale».

la disciplina degli atti persecutori a quella prevista per i reati in materia di violenza sessuale, di cui ha ripreso i termini lunghi di sei mesi per la presentazione della querela – in deroga a quelli ordinari di tre mesi dal giorno della notizia del fatto (art. 124 c.p.) –, non ha previsto scientemente il limite indicato nell'art. 609-septies, comma 3, c.p., ai sensi del quale, una volta presentata, la querela non può più essere revocata. Quella che potrebbe apparire solo una svista normativa, che favorirebbe eventuali e ulteriori pressioni da parte del molestatore, risulta frutto di una precisa volontà legislativa, volta, fra l'altro, a diversificare gli effetti derivanti dalla querela rispetto a quelli scaturenti dall'ammonimento. Pur nella consapevolezza di non poter generalizzare troppo le condotte di atti persecutori, si è, probabilmente, voluta offrire alle parti – nelle ipotesi meno gravi – l'opportunità di riappacificarsi. Ciò può realizzarsi, infatti, qualora perseguitato e persecutore siano stati legati, in passato, da un rapporto affettivo, poi incrinatosi; in tal caso, la pianificazione della tensione creatasi può essere favorita proprio dalla possibilità di rimettere la querela di fronte alla manifestata resipiscenza dell'autore della molestia⁹⁵.

La vittima, al contrario, si spoglia di ogni potere qualora opti per un'istanza di ammonimento. Tale strumento, se da un canto offre una chance al persecutore, ove questi, una volta ammonito, riacquisti il controllo di sé e si renda conto delle probabili ripercussioni del perseverare, rappresenta, invece, un'arma a doppio taglio nei suoi confronti qualora non prenda contezza della gravità delle conseguenze delle proprie azioni, e insista anche solo un'altra volta nel proposito persecutorio intrapreso. In quest'eventualità alla vittima non è consentito alcun ripensamento e si procede d'ufficio.

È vero, quindi, che non è stata prevista l'irrevocabilità della querela, ma è pure vero che un'istanza di ammonimento accolta dal questore priva la vittima di ogni potere decisorio.

Si procede analogamente ex officio se la molestia è perpetuata a danno di minorenni, di persone diversamente abili, ovvero se il reato sia connesso con altro procedibile d'ufficio (art. 612-bis, ult. comma, c.p.).

⁹⁵ Secondo P. PITTARO, *Introdotta la disciplina penale dello stalking dalle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., p. 665, la perseguibilità a querela rappresenta un «efficace strumento in mano alla vittima dello *stalking*, in quanto la possibilità della revoca della stessa potrebbe essere un'arma giuridica nei confronti dell'offensore, il quale potrebbe por fine ai suoi atti persecutori proprio in cambio della rinuncia dell'azione penale da parte dell'offeso».

12. Profili d'incostituzionalità e soluzioni interpretative fornite dalla giurisprudenza

Il testo dell'art. 612-bis c.p., così come delineato nel decreto legge e poi esattamente riprodotto nella legge di conversione, potrebbe non apparire esente da eccezioni di incostituzionalità⁹⁶, in quanto, a causa della sua formulazione in parte aperta e generica, sembrerebbe contrastare con i principi di tassatività e determinatezza che devono caratterizzare una disposizione incriminatrice. In un sistema complesso qual è quello in esame, caratterizzato da una molteplicità di fattori oggetto di rappresentazione⁹⁷, occorre operare un rapporto costi/benefici e scegliere tra una fattispecie precisa e ben delimitata che, però, consenta un altrettanto circoscritto ambito di attuazione, e una più imprecisa e vaga che, al contrario, legittima un'applicazione più flessibile. È chiaro che se nel primo caso il rischio è quello di sacrificare la tutela di beni meritevoli di protezione giuridica da forme varie di aggressione, nell'altro, invece, il pericolo è quello di un'applicazione analogica in malam partem della norma penale e, quindi, di favorire interpretazioni giurisprudenziali oscillanti⁹⁸.

Come accennato (v. retro § 2), negli Stati Uniti molte delle leggi emanate in tema di stalking sono state sottoposte a giudizio di costituzionalità per l'eccessiva vaghezza dei termini utilizzati. In particolare, la Corte suprema del Kansas, nel 1996, ha ritenuto illegittimo lo statuto anti-stalking per l'utilizzo di espressioni imprecise, che rimetteva la percezione della condotta come lesiva alla particolare sensibilità delle vittime, giacché ciò che può essere ritenuto allarmante per taluni non è detto che lo sia anche per altri. A seguito di tale decisione la legge del Kansas è stata modificata con l'introduzione di standard interpretativi di tipo "oggettivo", per cui, una volta sottoposta ad un nuovo giudizio di costituzionalità, è stata ritenuta perfettamente legittima. Con questa revisione normativa, in particolare, l'interpretazione della condotta dovrà essere

⁹⁶ In proposito, v. P. PITTARO, *L'inquietante fenomeno dello stalking fra carenze legislative e principio di legalità*, cit., p. 1287 ss. Secondo G. LOSAPPIO, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di "Atti persecutori" "Stalking the Stalking"*, cit., p. 871, tutti gli elementi che concorrono a descrivere il fenomeno *stalking* delineano «un quadro di tipicità empiricamente scorretto, impreciso e in determinato».

⁹⁷ Secondo S. ALEO, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2010, p. 91, «la carenza di determinatezza, e quindi tassatività, delle rappresentazioni (predefinizioni), ovvero dei modelli, formali del diritto può essere considerata corollario della complessità dei dati oggetto della considerazione, e delle rappresentazioni».

⁹⁸ Cfr. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, ESI, Milano, 2001, p. 30.

eseguita attraverso un giudizio fondato su criteri astratti, sulla base dei quali la minaccia deve poter essere considerata “credibile” da una “persona ragionevole”. Analogamente si è pronunciata anche la Court of Criminal Appeals del Texas, inducendo il legislatore a riformare la normativa⁹⁹.

Per quanto concerne il nostro art. 612-bis c.p., occorre considerare, innanzitutto, che l'elemento oggettivo del reato è caratterizzato dalla reiterazione di minacce o di molestie. Trascurandosi il reato di minaccia, per il quale si rimanda alle interpretazioni fornite dalla dottrina e dalla ormai consolidata giurisprudenza sull'autonoma fattispecie disciplinata nell'art. 612 c.p., il problema principale riguarda le «molestie».

La scelta di individuare una nuova condotta delittuosa severamente sanzionata, ove far rientrare tutti quei comportamenti difficilmente sussumibili nelle già esistenti disposizioni codicistiche, ha indotto il legislatore a ricorrere a un termine per certi aspetti evanescente. Si tratta di un'espressione che, nonostante sia analizzabile alla luce delle soluzioni esegetiche fornite in merito alla così rubricata contravvenzione di cui all'art. 660 c.p., richiede, in realtà, appositi interventi decodificativi. La stessa locuzione era già stata utilizzata nella rubrica delle corrispondenti disposizioni normative previste in alcune vecchie proposte di legge, con cui si voleva perseguire, appunto, la condotta di «Molestie insistenti». Diversamente, già in altri progetti di legge presentati sempre nel corso della XV legislatura dalla Camera dei Deputati, il termine «molestie» veniva sostituito con «atti persecutori», espressione poi confermata anche nel testo del decisivo decreto-legge oggetto di conforme conversione.

La nuova denominazione del reato, tuttavia, non ha fornito alcun apporto interpretativo in merito all'ambito di applicazione della norma, anche perché l'espressione molestia, espunta dalla rubrica dell'articolo, ricompare nella definizione di atti persecutori all'interno dell'art. 612-bis c.p., rappresentando una delle modalità di esecuzione della condotta incriminata.

Nella molestia possono essere comprese tutte quelle condotte assillanti e ripetitive, pur diverse tra loro, sussumibili o meno in autonome fattispecie delittuose, e caratterizzate, per lo più, per la disomogeneità dei beni giuridici protetti.

Malgrado i dubbi sulla formulazione del testo normativo, non si può trascurare l'indubbia difficoltà incontrata dal legislatore nel

⁹⁹ Sull'argomento, v. più ampiamente A. TISEO, *La disciplina dello stalking o “molestie assillanti” (II Parte)*, cit., p. 66 s.

riuscire a tipizzare a priori i comportamenti molesti, con il rischio peraltro di lasciare prive di sanzione condotte non classificate ex lege. Ciò ha consentito alla giurisprudenza, che si è pronunciata sul delitto di atti persecutori nel corso di poco più di un anno dalla sua introduzione codicistica, di ricomprendere nella disposizione in oggetto svariate forme di manifestazioni delittuose, tutelando in questo modo le vittime di pedinamenti, appostamenti, ovvero di tutte quelle condotte di natura eterogenea insistenti ed invasive dell'altrui vita privata. Gli stessi giudici di merito, consapevoli delle difficoltà di restringere l'ambito applicativo della norma circa le modalità di realizzazione del reato, appositamente strutturato a forma libera, essendo gli atti persecutori «non sempre tipizzabili con adeguata precisione»¹⁰⁰, hanno comunque cercato di interpretare restrittivamente l'elemento soggettivo richiesto, precisando che «i comportamenti devono essere intenzionali e finalizzati alla molestia»¹⁰¹.

Se il rischio di vuoti normativi è certamente minore rispetto a quello di perseguire condotte in concreto non offensive, si dovrebbe riuscire, senza con questo ristrutturare la fattispecie in forma vincolata, a valutare opportunamente il grado di lesività di condotte che, come sappiamo, isolatamente considerate possono apparire non soltanto inoffensive, ma addirittura lecite. A tal riguardo, è certamente apprezzabile lo sforzo compiuto dalla stessa giurisprudenza che, a fronte di esigenze di garanzia, ha affermato che le persecuzioni debbano avvenire «con non lievi, ripetute intrusioni nella vita lavorativa e familiare altrui, con sistematici atti di morbosa, invasiva aggressione, con costanti, ripetuti contatti telefonici ed epistolari»¹⁰².

Analizzando ancora il testo dell'art. 612-bis c.p., si rileva come, tra le espressioni maggiormente discutibili, merita di essere preso in considerazione il riferimento al «grave stato di ansia o di paura», quale conseguenza della condotta incriminata, che ha sostituito – senza che, anche in questo caso, la revisione linguistica sia stata in grado di ovviare alla carenza di tassatività – il più discusso

100 Trib. di Caltanissetta, sent. 4 gennaio 2010, G.S., cit., c. 217.

101 Trib. di Bari, sez. riesame, 6 aprile 2009, in *Giur. di merito*, 2009, p. 288; nonché Trib. di Palermo, ord. 29 settembre 2009, cit. V. anche Uff. indagini preliminari di Rossano, 22 dicembre 2009, in *Le corti calabresi*, 2009, p. 714, secondo cui occorre accertare che l'autore della condotta persecutoria abbia recato un danno alla vittima «nella piena e marcata consapevolezza».

102 Trib. di Palermo, ord. 29 settembre 2009, cit., p. 213. Secondo l'Uff. indagini preliminari di Bari, 15 aprile 2009, deve trattarsi di «condotte la cui gravità e costanza hanno prodotto un grave pregiudizio alla tranquillità della persona offesa».

requisito, richiesto in precedenti disegni di legge, consistente nello «stato di soggezione». Nel modificare il testo della norma, infatti, si sarà certamente ricordato che, in passato, il termine «soggezione» è già stato oggetto di apposita pronuncia da parte della Consulta che, con la famosa sentenza n. 96/1981, ha reso incostituzionale la norma sul plagio di cui all'art. 603 c.p. abr.¹⁰³.

L'indeterminatezza non riguarda tanto la qualificazione dell'ansia o della paura, bensì la quantificazione delle stesse, dovendo queste caratterizzarsi, secondo espressa previsione, per la "gravità" degli effetti. Per ovviare ai problemi derivanti da un'applicazione normativa soggettivistica, in quanto rimessa all'interpretazione del giudice oltre che al grado di sensibilità della vittima, la giurisprudenza di merito ha affermato la necessità di dimostrare, al fine di un giudizio di colpevolezza, la gravità degli effetti prodotti. Secondo il Tribunale di Milano, le conseguenze sullo stato d'animo della persona offesa devono essere «concretamente accertabili e non transitorie, in quanto rappresentano la conseguenza di una vessazione continuata che abbia sostanzialmente comportato un mutamento nella condizione normale di stabilità psicologica del soggetto»¹⁰⁴. Tale stato psicologico, tuttavia, non deve rivestire necessariamente carattere patologico, né richiedere una perizia medico-legale¹⁰⁵. Tutto ciò presupporrebbe, peraltro, di trovarsi in presenza di una fattispecie di danno e non di pericolo (v. § 7). In ogni caso, poi, non basta accertare la condizione psichica della vittima, ma occorre riuscire a provare che la stessa sia riconducibile, in termini causali, alla condotta del molestatore.

Qualora, infine, risultasse criticabile il limite massimo di pena edittale di quattro anni indicato per la fattispecie base di cui al comma 1 dell'art. 612-bis c.p., appare, in realtà, abbastanza chiara la ratio che ha indotto il legislatore ad operare questa scelta. L'elevata soglia sanzionatoria sembra riconducibile all'esigenza di consentire nei confronti dell'autore della condotta l'arresto in flagranza (art. 381, comma 1, c.p.p.), oltre che l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere (art. 280, comma 1, c.p.p.). In presenza dei presupposti di adeguatezza e proporzionalità, quest'ultima forma di restrizione della libertà personale può essere disposta, quindi, anche a carico del soggetto a cui è contestato

103 Corte cost., sent. 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, p. 806 ss.

104 Trib. di Milano, 17 aprile 2009, imp. M., in *Corriere del merito*, 2009, p. 650.

105 Vedi Trib. di Milano, 5 settembre 2009, imp. L., in *Corriere del merito*, 2009, p. 1109; Trib. di Milano, 17 aprile 2009, imp. M., cit.; Trib. di Palermo, ord. 29 settembre 2009, cit.

il reato di atti persecutori¹⁰⁶. Onde evitare, tuttavia, un utilizzo troppo disinvolto della custodia cautelare, cui dovrebbe farsi ricorso – quale *extrema ratio* – «soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata» (art. 275, comma 3, primo periodo, c.p.p.), accertata la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (art. 273 c.p.p.) e delle esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.), il giudice dovrà applicare la misura più rispondente al fatto concreto. Tra queste, in particolare, dovrà preferire la specifica, e meno afflittiva, misura coercitiva di cui all'art. 282-ter c.p.p., «Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa», introdotta appositamente con la stessa legge n. 38/2009.

Per concludere sul punto, si condivide l'opinione che sia compito della giurisprudenza, «attraverso interpretazioni adeguate e costituzionalmente orientate, contribuire a recuperare la necessaria tassatività della norma»¹⁰⁷.

13. Mobbing e stalking

Lo stalking, anche per via delle affinità che presenta con il mobbing, ossia con la particolare tipologia di molestie morali¹⁰⁸ perpetrate nello specifico ambito lavorativo (che non riceve ancora, tuttavia, nel nostro ordinamento un'apposita tutela penale), è stato definito «il mobbing della coppia»¹⁰⁹.

Il particolare fenomeno dello stalking, a sua volta, qualora si manifesti in un contesto lavorativo, prende il nome di stalking occupazionale o bossing. In tal caso, diversamente dal mobbing, il rapporto di lavoro rappresenta solo la causa scatenante della condotta persecutoria, ovvero il contesto contingente in cui si incontra il soggetto preso di mira, in quanto il luogo di lavoro

¹⁰⁶ A tal riguardo, Cass. pen., sez. V, 26 aprile 2010, n. 27774, M., in *C.E.D. Cass.* 2010, ha affermato che, in relazione al delitto di atti persecutori, «le dichiarazioni accusatorie della persona offesa, ancorché costituita parte civile, possono integrare gravi indizi necessari per l'applicazione della custodia cautelare in carcere [...] senza necessità di riscontri oggettivi esterni ai fini della valutazione di attendibilità estrinseca». Secondo, invece, il Trib. di Milano, ord. 29 aprile 2009, in *Corriere del merito*, 2009, p. 1009, ai fini dell'applicazione di una misura cautelare, le dichiarazioni rese dalla persona offesa dal reato di atti persecutori devono essere «verificate da elementi estrinseci di supporto».

¹⁰⁷ F. RESTA, *Il delitto di stalking. Verso un habeas corpus per la donna?*, in *Giur. di merito*, 2009, p. 302.

¹⁰⁸ In proposito, v. M.-F. HIRIGOYEN, *Le molestie morali. La violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*, Einaudi, Torino, 2000, *passim*.

¹⁰⁹ Tale denominazione era contenuta nel documento presentato, nel 2002, dal Consiglio regionale del Lazio e finalizzato a creare un centro d'ascolto sui problemi dello *stalking*.

non costituisce la sede delle molestie. Può accadere, infatti, che il dipendente rancoroso, giacché licenziato o umiliato dal suo datore di lavoro, decida di vendicarsi, perseguitando il suo superiore nella vita privata¹¹⁰. Analogo atteggiamento può manifestarsi verso un soggetto di pari grado, nei cui confronti si esercita un'attività persecutoria che trae «motivazione [...] dall'ambiente di lavoro, dove lo stalker ha realizzato, subito o desiderato una situazione di conflitto, persecuzione o mobbing»¹¹¹. Ciò significa che lo stalker può essere stato, a sua volta, vittima di mobbing, vale a dire che la persecuzione arrecata adesso è frutto delle umiliazioni e quindi delle frustrazioni subite in passato, e costituisce una reazione vendicativa da parte di colui che intende rivalersi sul suo aguzzino facendolo soffrire, riuscendo a restare spesso nell'anonimato. Altre volte, invece, lo stalking può rappresentare un «meccanismo aggiuntivo del mobbing [...] una fase successiva all'azione di mobbing, che si verifica quando, quest'ultima circostanza, non ha dato i risultati sperati»¹¹².

Diverso è il mobbing ascendente che si realizza nello stesso contesto lavorativo sempre ad opera del dipendente, il quale però, in tal caso, non agisce quasi mai singolarmente, ma in concorso con altri colleghi, coalizzandosi con loro contro il superiore. Quest'ultimo viene screditato ed emarginato, ma tale condotta solo raramente si ripercuote sulla sua vita privata, se non indirettamente.

Lo stalking occupazionale, tuttavia, spesso si manifesta attraverso un fenomeno inverso, nel senso che è lo stesso capo ufficio che, al fine di portare a termine il suo progetto di mobbing, detto in questo caso "verticale", molesta i dipendenti anche in orari non lavorativi, al fine, ad esempio, di indurli al licenziamento o alle dimissioni.

14. Il cyberstalking

L'evoluzione tecnologica e del costume può ripercuotersi – come già accennato – sulle modalità di commissione dei reati. Il diffondersi dei sistemi informatici ha favorito, infatti, la nascita di nuovi fenomeni criminosi, così come la possibilità di realizzare

110 Cfr. G. BENEDETTO - M. ZAMPI - M. RICCI MESSORI - M. CINGOLANI, *Stalking: aspetti giuridici e medico-legali*, cit., p. 132 s.

111 H. EGE, *Oltre il mobbing*, cit., p. 109.

112 E. LO MONTE, *Art. 612 bis c.p. e "Stalking occupazionale": un rimedio solo apparente*, cit., p. 5.

figure delittuose rispondenti a modelli già esistenti, riadattandole alla rete informatica.

Quando per la realizzazione di molestie persecutorie ci si serva delle più recenti tecnologie può parlarsi di cyberstalking¹¹³.

Lo stalking, infatti, per le ampie modalità di esecuzione delle molestie, si presta bene ad essere commesso via internet, invadendo la posta elettronica della propria vittima, attraverso l'invio insistente di e-mail, nonché creando siti web con l'immagine della persona presa di mira o fornendo informazioni sulla sua vita privata. Ciò avviene pure grazie ai più recenti canali d'informazione, quali Facebook.

Può accadere, inoltre, che sia proprio la rete web a creare il contesto propizio generatore di ossessioni, nel senso che, molto spesso, le attenzioni morbose sono rivolte nei confronti del compagno di chat con cui si instaurano rapporti che possono divenire per alcuni addirittura morbosi, facilitati dalla possibilità di intrattenere forme di comunicazione virtuale, ma assidue, con sconosciuti.

In relazione alla commissione di forme delittuose nuove – se non per la tipologia quanto meno per le modalità di esecuzione – la giurisprudenza, già in passato, si è pronunciata sulla possibilità di estendere le condotte di molestie telefoniche anche a quei comportamenti realizzabili, sempre con le stesse finalità persecutorie, attraverso i più recenti strumenti offerti dalla tecnologia telefonica, quali SMS¹¹⁴ o MMS.

15. Conclusioni

La norma sugli “atti persecutori” ben si colloca nel binomio prevenzione-sicurezza, in quanto volta a colmare un vuoto di tutela normativa e a cercare di ostacolare il dilagare di forme di criminalità atipiche, caratterizzate da un elevato numero oscuro.

113 Cfr. Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, in 32404, P.G.D., in *Diritto & Giustizia*, 25 settembre 2010, secondo cui, in particolare, «il soggetto che pone in essere molestie perpetrate attraverso l'invio di messaggi di posta elettronica, sms e messaggi attraverso *social network* determinando uno stato di ansia nella vita quotidiana della vittima risponde del reato di *stalking*». Sull'argomento, v. M. IANULARDO, *Legge 23 aprile 2009, n. 38. Ipotesi di stalking in ambiente virtuale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, p. 511 ss.

114 In particolare, v. Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2004, n. 28680, Modena, in *Diritto & Giustizia*, 2005, n. 36, p. 50, con nota di A. IASELLI, *Gli sms possono essere una molestia telefonica*. Di recente, con specifico riferimento alla possibilità di integrare il delitto di *stalking* in relazione alle molestie o minacce realizzate vis SMS, v. Cass. pen., sez. V, 22 giugno 2010, n. 34015, D.G.G., in *Diritto & Giustizia*, 8 ottobre 2010.

Con la creazione di una fattispecie con funzione prodromica, inoltre, si è voluto introdurre un utile strumento di politica criminale, finalizzata a prevenire la commissione di reati più gravi. Questo nuovo delitto, caratterizzato peraltro da un'elevata previsione edittale, dovrebbe rappresentare, quindi, sia un deterrente nei confronti dell'autore delle persecuzioni, che un incentivo per le vittime a denunciare le molestie subite.

La normativa, tuttavia, essendo in parte strutturata in termini poco tassativi, potrebbe rischiare di diventare (paradossalmente), attraverso un ricorso generalizzato e distorto, un facile strumento di persecuzione nelle mani di presunte vittime o di partners rancorosi. Onde evitare simili degenerazioni, occorre che tale disposizione sia, se non addirittura riformulata in termini più precisi, quanto meno oculatamente interpretata, giacché solo così facendo può rappresentare un utile grimaldello per cercare di scardinare in via preventiva un fenomeno sociale particolarmente insidioso.



**IMPUTABILITÀ PENALE E CROMOSOMA
DELL'AGGRESSIVITÀ.
A PROPOSITO DI UNA SENTENZA**

SALVATORE ALEO*

In un recente convegno su “Neodarwinismo e scienze sociali”, amici sociologi mi hanno chiesto di esprimere le mie opinioni su una sentenza penale che ha fatto molto discutere, perché conterrebbe un'importante innovazione, che sarebbe fondata su un'importante scoperta scientifica. Una sentenza, di condanna per omicidio volontario, della Corte d'assise d'appello di Trieste del 18 settembre 2009, di parziale riforma della sentenza del G.U.P. presso il Tribunale di Udine del 10.6.2008 su appello del solo imputato. Mi sembra utile riparlare.

Imputato è un algerino, nato il 21.12.1969, residente a Udine, in Italia dal 1993, che ha lavorato prima “in nero” presso un'azienda agricola di Napoli, poi a Udine come operaio presso un'acciaieria e poi in un'impresa di lavorazione del legno e infine assunto come saldatore in un'azienda (fino al momento del delitto), che nel 2005 e nel 2006 ha avuto contatti col Centro di salute mentale di Udine, lamentando di vivere delle allucinazioni auditive, è stato ritenuto affetto da vissuti deliranti, e a cui è stata prescritta una terapia di farmaci neurolettici, che però successivamente il soggetto ha interrotto.

Secondo la rappresentazione dei fatti contenuta nella sentenza di appello, l'imputato, il 10.3.2007, nei pressi della stazione ferroviaria di Udine, poco prima delle ore 17.45, si è imbattuto in un gruppo di colombiani, minorenni, per caso urtandone uno e pestandogli un piede. All'occhiata risentita di quello, l'imputato gli si è rivolto con le espressioni “che cazzo vuoi, che cazzo guardi” e gli ha dato due ceffoni e un calcio. Mentre l'imputato si allontanava l'altro l'ha colpito con un calcio alla schiena. È nata una colluttazione nel corso della quale uno dei sudamericani ha colpito l'imputato con delle

* Professore ordinario di Diritto Penale. Università di Catania.

cinghiate al volto.

Rientrato a casa (in un centro islamico) con il naso sanguinante, l'imputato ha riferito a un connazionale di essere stato aggredito da alcuni sudamericani che lo avevano deriso definendolo "frocio" e che alla sua reazione lo avevano anche colpito con una cintura.

Tale precedente definizione è stata dovuta, verosimilmente, al fatto che l'imputato aveva gli occhi truccati con il kajal (apparentemente per motivi religiosi, essendo di religione islamica).

Rientrato a casa, l'imputato si è cambiato d'abiti, mettendo a lavare quelli smessi (lasciando jeans e felpa a mollo in acqua saponata); poi si è recato in un negozio a comprare un coltello da cucina della lunghezza complessiva di trenta centimetri di cui sedici di lama; per tornare infine sul luogo della precedente lite, dove ha individuato uno dei sudamericani, verso le ore 19.05, cioè dopo circa un'ora e mezza dall'avvenuta colluttazione. Lo ha seguito dalla piazza della stazione fino a poco oltre un sottopassaggio ferroviario, e lo ha colpito da tergo con il coltello impugnato come fosse un pugnale con un violento colpo alla spalla sinistra, poi con due colpi alla regione anteriore del collo e infine con due colpi allo sterno, procurando la frattura dello sterno e la lacerazione sia della carotide che del ventricolo destro, e così cagionando una morte pressoché istantanea.

L'imputato, che ha perduto sul luogo del delitto un paio di occhiali da sole, ha gettato il coltello tra i filari di siepi in un luogo prossimo a quello del delitto, si è ripulito sommariamente del sangue nei bagni della stazione ferroviaria e poi è tornato nuovamente a casa, dove si è cambiato ancora una volta la felpa nera con una maglietta bianca. Successivamente (alle ore 21.20) è stato accompagnato da un amico al pronto soccorso dell'ospedale per farsi medicare delle conseguenze della lite del pomeriggio.

Al pronto soccorso sono state riscontrate all'imputato escoriazioni al torace, contusioni al volto e un'emorragia alla congiuntiva. Medici e agenti di servizio presso il pronto soccorso hanno notato che con queste lesioni non si accordavano le tracce di sangue raggrumato presenti sul suo giubbotto e così, intervenuta una volante al pronto soccorso, l'imputato è stato invitato in Questura per essere interrogato.

Nel frattempo (intorno alle 19) era stato segnalato alla Questura il rinvenimento del cadavere.

Dopo un'iniziale reticenza, l'imputato ha ammesso di aver accoltellato il colombiano, da lui sconosciuto fino a quel momento, e ha fornito una ricostruzione dei fatti che poi è stata complessivamente riscontrata.

Come si legge nella sentenza di appello, il perito del G.U.P., in sede di giudizio abbreviato, ha ritenuto l'imputato «affetto da un'importante patologia psichiatrica di stampo psicotico ed, in particolare, un disturbo psicotico di tipo delirante in soggetto con disturbo della personalità con tratti impulsivi-asociali e con capacità cognitiva-intellettive ai limiti inferiori della norma». «Al momento del fatto si sarebbe trovato in una condizione di scompenso avendo interrotto da tempo le cure neurolettiche». «Sarebbe stato, per tanto, per quanto capace di partecipare coscientemente al processo, quasi totalmente incapace di intendere e, soprattutto, totalmente incapace di volere. Veniva ritenuto persona socialmente pericolosa». (Ho fatto la scelta di non modificare mai l'ortografia di quanto ho riportato dalla sentenza d'appello, dalla fotocopia dell'originale sottoscritta e siglata in tutte le pagine dal presidente-estensore).

«Il c.t. della Difesa perveniva a conclusioni sostanzialmente conformi ritenendo l'imputato affetto da una vera e propria psicosi schizofrenica scompensata e, dunque, totalmente incapace di intendere e di volere e, addirittura di partecipare coscientemente al processo. Tuttavia si concludeva per la sua non pericolosità sociale».

«Diversamente il c.t. del P.M. riteneva che le ipotesi formulate dal perito in ordine ai moventi dell'azione dell'imputato – vendetta, isolamento sociale, cure incostanti – avrebbero infirmato la certezza delle conclusioni. Conclusivamente riteneva che la capacità di intendere o di volere dell'imputato fosse solo grandemente scemata».

«Il Giudice [di prima istanza, secondo la rappresentazione della sentenza d'appello], per parte sua, ha rivalutato gli elementi concreti di giudizio acquisiti (comportamento antecedente ai fatti, anche nel periodo di sospensione delle cure, sostanzialmente immune da indici di incapacità o di disturbo mentale eccezion fatta per alcuni litigi del tutto comuni; consapevolezza dell'antigiuridicità del proprio comportamento desumibile dal nascondimento del coltello, dal lavaggio degli abiti e dal comportamento improntato ad indifferenza successivamente al delitto) ed ha concluso per ritenere che la patologia da cui l'imputato era affetto avesse solamente influenzato, al più, una *normale* volontà di vendetta, amplificandola nell'ambito del più generale disturbo. Ha ritenuto pertanto l'imputato parzialmente incapace d'intendere e di volere».

«Ha escluso, secondariamente, il ricorrere dell'aggravante della premeditazione rientrando l'acquisto del coltello successivo al litigio – unico elemento dal quale se ne potrebbe desumerne il ricorrere – espressione di una normale attività preparatoria tipica

di qualsiasi azione umana. In particolare, non vi sarebbero stati "spazi oggettivi per un ripensamento" essendo trascorso, fra il litigio con i cittadini sud-americani ed il delitto, meno di un'ora e mezza».

«Ha ritenuto, altresì, non ricorresse l'ulteriore aggravante contestata di aver commesso il fatto per motivi futili dal momento che nessun motivo è, di per sé, proporzionato all'omicidio e che l'aver ucciso "per vendicarsi della violenta aggressione del gruppo sia stato un motivo certamente non condivisibile ma non futile"».

«Concesse le attenuanti generiche per l'incensuratezza e la fattiva collaborazione serbata all'inizio delle indagini gli viene inflitta [in primo grado] la pena di anni 22 e mesi 6 di reclusione, ridotta per le concesse attenuanti generiche ad anni 18 di reclusione, ulteriormente ridotta per la diminuita imputabilità ad anni 13 e mesi 6 di reclusione aumentata per la ritenuta continuazione ad anni 13 e mesi 9 di reclusione ed, infine, ridotta per il rito prescelto a quella finale di anni 9 e mesi 2 di reclusione». «Sia la riduzione per le concesse attenuanti generiche che quella ex art. 89 c.p. non sono state operate nel massimo, la prima "perché all'incensuratezza ed alla collaborazione iniziale si contrapponeva la particolare ferocia della condotta", la seconda ritenendo non incidente in grado massimo la ritenuta parziale incapacità».

All'imputato è stata inflitta la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici ed è stata applicata la misura di sicurezza dell'assegnazione a una casa di cura e di custodia per tre anni.

La condanna di primo grado appare estremamente mite, in confronto alla gravità del fatto e alla pericolosità manifestata dal suo autore. Suscitano perplessità sia l'esclusione dell'aggravante della premeditazione (l'omicidio avviene a distanza di circa un'ora e mezza dalla lite e dopo che l'imputato si è recato a casa a cambiarsi d'abito e in un negozio ad acquistare un coltello di trenta centimetri di cui sedici di lama), sia la concessione delle attenuanti generiche (l'imputato incensurato, dopo la collaborazione iniziale, si è sempre avvalso della facoltà di non rispondere), sia la misura dell'aumento per il porto del coltello. La misura della pena applicata va considerata comunque complessivamente, alla stregua della durata verosimile della reclusione effettiva, per un soggetto per cui non è irragionevole prospettare la possibilità del ripetersi di fatti come quello posto in essere, che non è irragionevole, anzi, definire particolarmente pericoloso.

Appello, come s'è detto, del solo imputato.

La Corte di appello è andata ancora oltre, avvalendosi

anche di diversi “sociologismi” (non me ne vogliono gli amici sociologi) relativi alla condizione di straniero, di religione islamica, dell'imputato, ma soprattutto di una perizia dal contenuto innovativo.

Io ho sempre sostenuto e propugnato la necessità di studiare, fare e applicare il diritto anche attraverso il contributo e gli strumenti metodologici della sociologia (Mi permetto di rinviare il lettore al libro che ho scritto insieme con Giorgio Pica, un magistrato, su *Sistemi giuridici Complessità @ Comunicazione*, Bonanno, Acireale, Roma, 2009, e già alla prima pagina della mia introduzione, p. 17, nonché alla prefazione del volume *Criminologia e sistema penale*, CEDAM, Padova, 2006, p. 8), ma nutro enormi perplessità circa il modo e il livello secondo cui gli argomenti di natura vagamente sociologica sono stati complessivamente utilizzati nella sentenza che qui è fatta oggetto di analisi.

Occorre però considerare che l'approccio di tipo sociologico (come ogni spiegazione di tipo oggettivo dei comportamenti delittuosi) tende di per sé a ridefinire la problematica della responsabilità e anche a ridimensionarne la nozione tradizionale: *tout comprendre c'est tout pardonner*, secondo il detto attribuito a Madame de Staël; ovvero anche può dirsi, parimenti certo semplificando, che chiunque si fosse trovato nelle identiche condizioni complessive del soggetto di cui si tratta si sarebbe comportato nello stesso modo. Questa problematica, di grande, enorme, complessità, non può essere neanche sfiorata in questa sede. Ma in ogni caso, mi preme sottolineare, la strada non può essere quella percorsa nella sentenza.

Nel giudizio di appello sono stati quindi nominati due periti «per dirimere le discrepanze emerse fra perito, c.t. di parte, e Giudice nel corso del giudizio di primo grado in punto imputabilità dell'autore del reato».

«In particolare – si legge nella sentenza –, si deve ritenere che la patologia psichiatrica dalla quale [l'imputato] era affetto, implementata dallo straniamento dovuto all'essersi trovato alla necessità di coniugare il rispetto della propria fede islamica integralista con il modello comportamentale occidentale abbia determinato un importante deficit nella sua capacità d'intendere e di volere ancorché non tale da obnubilare del tutto la sua capacità di comprendere il disvalore della propria azione né di esercitare, sotto il profilo volitivo, un controllo sui propri impulsi, anche tenuto conto dei tempi intercorsi con quella che era ritenuta la causa scatenante. Si tratta di tempi che avrebbero anche in persona di ridotta capacità intellettuale consentito di rimeditarne il significato».

«I periti [del giudice di appello] concordano sostanzialmente con la diagnosi formulata dal [...] perito nel processo di primo grado che riscontrò nel [l'imputato] un "Disturbo psicotico di tipo delirante (diagnosi principale), in soggetto con disturbo della personalità con tratti impulsivi-asociali e con capacità cognitivo-intellettive collocabili ai limiti inferiori della norma"». «Sottolineano, d'altra parte, come la vita del [l'imputato] sia stata fortemente influenzata, oltre che dalle radicate tradizioni culturali della famiglia d'origine, anche da regole comportamentali connesse alla fede islamica professata che avrebbero reso più problematico il suo inserimento in un contesto sociale profondamente diverso quale quello della provincia italiana».

«Non si può dimenticare – incalza il giudice – che la causa scatenante è costituita sostanzialmente dal fatto che [l'imputato], solito truccarsi gli occhi con il kajal – apparentemente per motivi religiosi, – incontrato nei pressi della stazione ferroviaria, sarebbe stato apostrofato dai sud-americani con il termine di "frocio" nel corso del primo diverbio, accusa ritenuta particolarmente sanguinosa nel contesto sociale e religioso dal quale proviene».

Perché invece l'epiteto "frocio" è complimento assai gradito negli altri contesti sociali e culturali.

Peraltro, secondo i dati contenuti in sentenza, tale avvenuta qualificazione di "frocio" si desume unicamente dalla testimonianza del connazionale sul racconto fattogli dall'imputato (soggetto affetto da allucinazioni auditive) una volta tornato a casa.

Ma rispetto alla sentenza di primo grado il passo avanti è costituito dal fatto che «Particolarmente significative sono risultate le indagini genetiche effettuate dai periti alla "ricerca di polimorfismi genetici significativi per modulare le reazioni a variabili ambientali fra i quali in particolare [di nuovo!] per quello che interessa nel caso di specie l'esposizione ad eventi stressanti ed a reagire agli stessi con comportamento di tipo impulsivo" (f. 39)».

I periti del giudice d'appello hanno trovato l'imputato portatore del cromosoma dell'aggressività!

«Tale indagine, del tutto innovativa rispetto al livello di approfondimento corrente degli accertamenti giudiziari [È il giudice che parla] avrebbe consentito di accertare che l'imputato "risulta possedere, per ciascuno dei polimorfismi esaminati, almeno uno se non tutti e due gli alleli che, in base a numerosi studi internazionali riportati sinora in letteratura, sono stati riscontrati conferire un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo (socialmente inaccettabile). In particolare, l'essere portatore dell'allele a bassa attività per il gene MAOA

(MAOA-L) potrebbe rendere il soggetto maggiormente incline a manifestare aggressività se provocato o escluso socialmente. È opportuno sottolineare che tale “vulnerabilità genetica” risulta avere un peso ancor più significativo nel caso in cui l’individuo sia cresciuto in un contesto familiare e sociale non positivo e sia stato, specialmente nelle prime decadi della vita, esposto a fattori ambientali sfavorevoli, psicologicamente traumatici o negativi” (40)».

La condizione di soggetto sradicato disadattato – in concreto sempre opinabile –, combinata con un’infanzia difficile, diventa un’attenuante (se non una spiegazione) del delitto efferato realizzato.

«Anche il giudizio sulla pericolosità sociale attuale dell’imputato va condiviso». (...) «In proposito è significativo che i periti abbiano ritenuto che i pensieri di tipo delirante che accompagnano il disturbo dal quale [l’imputato] è affetto “nemmeno allo stato attuale siano criticati” il che ovviamente lo espone alla possibile reiterazione di comportamenti aggressivi in relazione ad una falsa rappresentazione della realtà».

«Proprio la circostanza emersa nel corso dell’ultima perizia psichiatrica e, vale a dire, che determinati “geni” presenti nel patrimonio cromosomico dell’imputato lo renderebbero particolarmente reattivo in termini di aggressività – e, conseguentemente vulnerabile – in presenza di situazioni di stress induce la Corte a rivalutare la decisione del G.U.P. di non applicare nel massimo la riduzione di pena possibile per il difetto parziale di imputabilità». «Proprio l’importanza del deficit riscontrato dai periti con queste nuovissime risultanze frutto dell’indagine genetica portano a ritenere che la riduzione possa essere effettivamente operata nella misura massima di un terzo».

«Nei limiti di tale limitata capacità di intendere e di volere, al contrario, le concesse attenuanti generiche non possono essere ulteriormente concesse nel massimo». «La condotta tenuta è del tutto efferata per la sua gravità e l’azione è stata compiuta proditoriamente non consentendo alla vittima neppure di accorgersi dell’aggressione». «L’imputato ha colpito ripetutamente, e con particolare ferocia, in una zona del corpo delicata – collo e torace – in cui non v’era possibilità di non rendersi conto già *ex ante* della potenziale micidialità dei colpi». «L’imputato, senza attingere – né lo si potrebbe in assenza di appello del P.M. – a considerazioni in tema di premeditazione, ha avuto uno spazio di tempo non trascurabile per riflettere, pur tenuto conto dei limiti in ordine alla sua capacità, sull’azione che andava a compiere». «E trattasi di

azione che, come s'è detto, non troverebbe una giustificazione ma neppure comprensione nella società da cui l'imputato proviene». «Infine v'è da considerare che [l'imputato], risiedendo e lavorando da abbastanza tempo in Italia, ha sicuramente avuto la possibilità di rapportarsi almeno in parte alla "scala di valori" adottata dalla nostra società e, conseguentemente, a ciò che è accettato, con maggiore o minore facilità, nel vivere quotidiano, a ciò che è ritenuto, in maggiore o minore misura, offensivo, alle correnti reazioni quando si sia vittime di un tale tipo di comportamenti». «L'aver il G.U.P. operato la riduzione per le concesse attenuanti generiche non nel massimo consentito trova, dunque, d'accordo questa Corte».

«La pena da infliggere sarà quella di anni 22 e mesi 6 di reclusione – pena iniziale già irrogata dal G.U.P. – ridotta a quella di anni 18 per le concesse attenuanti generiche ed ulteriormente ridotta a quella di anni 12 per la diminuita imputabilità». «L'aumento operato per la contravvenzione in ragione di mesi 3 di reclusione nella sentenza impugnata pare del tutto congruo se non altro per non aver l'imputato portato fuori dalla propria abitazione un coltello qualunque, bensì uno [lungo trenta centimetri con lama di sedici centimetri] espressamente acquistato per commettere l'omicidio il che connota non solo l'elemento materiale ma anche quello psicologico di particolare gravità». «Sulla pena così determinata in anni 12 e mesi 3 di reclusione si dovrà operare la riduzione per il rito prescelto sicché la pena finale sarà quella di anni 8 e mesi 2 di reclusione».

Da qualche tempo, tra gli studiosi di psicologia e psichiatria, soprattutto negli Stati Uniti e in Inghilterra, si parla del gene MAOA (*Monoamine Oxidase A*): che renderebbe i soggetti più aggressivi, più inclini alla violenza, soprattutto in situazioni di stress, soprattutto davanti a pressioni vissute come ingiuste, soprattutto i soggetti vissuti in condizioni difficili.

Poiché il gene MAOA si trova nel cromosoma x, ciò contribuirebbe fra l'altro a spiegare la maggiore aggressività, propensione e attitudine alla violenza, dei maschi, perché i maschi hanno un cromosoma x e uno y, e le femmine hanno due cromosomi x, e così nelle femmine una variante MAOA in un cromosoma x è contrastata dall'altro cromosoma x, il che non può essere nei maschi.

Non è che siano, però, queste genetiche particolari, nozioni diffuse nei nostri libri e nelle nostre conoscenze. Né, ovviamente, chi scrive è in grado di esprimere alcunché sulla validità di tali ricerche.

Mi permetto tuttavia di far osservare, da un canto, che lo stesso

essere portatore di tale (asserita) caratteristica genetica non può comunque significare in modo meccanicistico un maggior ricorso alla violenza, perché lo stesso dato cromosomico, come ogni altro, va considerato, ovviamente, nella straordinaria complessità della realtà; d'altro canto, soprattutto, che questa (asserita) caratteristica genetica non può diventare dal punto di vista penalistico una giustificazione né del comportamento violento né di una minor pena per lo stesso. Alcuni di noi sono più reattivi e dunque aggressivi (a parità di condizioni – fra cui proprio chi scrive, per uno scherzo della natura) e altri meno: non può passare il principio che i più aggressivi devono essere puniti di meno e i meno aggressivi di più. Chi è e sa di essere più aggressivo deve stare molto più attento a controllare il proprio comportamento. Al contrario, perciò, chi è più aggressivo dev'essere punito di più: perché manifesta maggiore pericolosità, costituisce un maggiore bisogno sia sociale che personale di pena.

Tornando alla sentenza, di cui come s'è detto non sembra condivisibile il risultato complessivo, per l'eccessiva mitezza di fronte a un caso di particolare pericolosità, di fronte a un soggetto pericoloso, in confronto quindi alla necessità di difesa sociale, oltre che all'esigenza di giustizia (come parità di trattamento), può pure osservarsi, tuttavia, che lo stesso risultato di diminuire la pena (di un anno e due mesi) avrebbe potuto essere raggiunto con una maggiore ampiezza delle diminuzioni, dunque senza coinvolgere un principio ovvero scuotere un pilastro così importante, e costituire, a mio avviso, un brutto precedente.

Da un canto, dato il giudizio di semi infermità (nel merito del quale ovviamente non possiamo entrare), la pena avrebbe dovuto essere certo molto più elevata.

A proposito della diminuzione complessivamente operata, precipuamente di quella ulteriore del giudizio di appello, va fatto rilevare anche come questo giudice abbia manifestato dubbio, se non perplessità, sull'esclusione della premeditazione (in assenza di appello del pubblico ministero), considerando questa pure in rapporto con le capacità intellettive del soggetto (nel passo qui riportato per primo della sentenza di appello); e di ciò dunque il giudice d'appello avrebbe dovuto tener conto nella commisurazione complessiva della pena.

D'altro canto, potrebbe pure osservarsi (in linea teorica, di principio, in una prospettiva di revisione del sistema, come si vuole, a scelta del lettore, ma l'osservazione serve anche a valutare la decisione dei giudici) che l'esigenza di difesa sociale avrebbe potuto essere soddisfatta altrimenti (meglio) con la dichiarazione

di totale infermità e la sottoposizione alla misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario.

L'analisi complessiva del caso proposto conferma, in effetti, l'opportunità di riflettere e lavorare circa la possibilità di ridefinire e anche superare la distinzione tra imputabilità e non imputabilità, nonché parziale imputabilità, in confronto alla disciplina, alla prassi e alle conseguenze attuali. La prospettiva da prendere in considerazione può essere quella di un trattamento individualizzato entro i limiti temporali massimi fissati dalla legge secondo il tipo e la gravità del delitto commesso.

**L'INDICAZIONE OBBLIGATORIA DEL DOMICILIO DA
PARTE DEL CONDANNATO NON DETENUTO:
LE SEZIONI UNITE SI ALLINEANO ALLA RIGOROSA
SCELTA DEL LEGISLATORE**

CHIARA SANTINELLI*

1. Il fatto ed i termini della questione

La Corte di Cassazione, nella sua composizione più autorevole, è stata investita di una questione relativa agli adempimenti di natura formale che il condannato non detenuto deve assolvere allorché voglia accedere ad una misura alternativa alla detenzione o formulare una diversa richiesta alla magistratura di sorveglianza. La sentenza in commento è meritevole di attento esame tanto per il fatto che viene risolta la questione specificamente proposta, e così fugata ogni incertezza interpretativa al riguardo, quanto per il fatto che, venendo in essa toccate altre tematiche collegate, si analizzano una serie di profili attinenti non solo all'art. 677 comma 2-bis c.p.p., ma anche ai principi generali dell'ordinamento e ad altre norme fondamentali del Codice di procedura penale.

Nel caso di specie, il procuratore della Repubblica presso il tribunale di Reggio Calabria ha emesso un provvedimento di esecuzione di pene concorrenti e ne ha ordinato contestualmente la sospensione ai sensi dell'art. 656 comma 5 c.p.p. Il difensore ha chiesto l'ammissione del suo assistito alla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale (e, in subordine, a quella della semilibertà o della detenzione domiciliare), specificando che il medesimo risiedeva, per ragioni di lavoro, in una certa località, ad un preciso indirizzo. Il presidente del tribunale di sorveglianza di Reggio Calabria ha dichiarato *de plano* inammissibile l'istanza, rilevando che il condannato non aveva dichiarato o eletto domicilio, come prescritto dall'art. 677 comma 2-bis c.p.p., e che difettava il

* Dottoranda in Procedura Penale - Università degli Studi di Genova.

mandato difensivo.

Il difensore ha proposto ricorso per cassazione, al fine di ottenere l'annullamento del decreto, lamentando la violazione dell'art. 656 comma 5 c.p.p., perché non si sarebbe potuto esigere un ulteriore atto di nomina, nonché la violazione dell'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p., perché la residenza era stata chiaramente indicata nella richiesta presentata dal difensore *ex art.* 656 c.p.p. e tale indicazione doveva ritenersi idonea a soddisfare il disposto dell'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p.

Il collegio ha rilevato un contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione dell'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p.: infatti, un primo orientamento affermava l'ammissibilità dell'istanza del difensore contenente l'indicazione del domicilio, anche se non accompagnata dalla dichiarazione o elezione di domicilio sottoscritta personalmente dall'interessato, reputando questi atti equipollenti; un secondo riteneva, invece, che la dichiarazione o elezione di domicilio da parte del condannato non potesse essere surrogata dalla mera indicazione contenuta nell'istanza presentata e sottoscritta dal difensore.

La questione è stata dunque rimessa alle Sezioni unite, con il seguente quesito di diritto: "se, ai fini dell'ammissibilità della richiesta di misura alternativa alla detenzione o di altro provvedimento attribuito alla competenza della magistratura di sorveglianza, la dichiarazione o elezione di domicilio possano essere validamente effettuate, oltre che personalmente dallo stesso condannato, anche dal difensore".

2. L'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p.: il suo ambito applicativo

L'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p., introdotto dal comma 4 dell'art. 9 d.l. n. 174 del 2001, convertito in legge 15 dicembre 2001, n. 438, con l'evidente scopo di facilitare le attività di notificazione degli uffici giudiziari soprattutto nella materia dei benefici penitenziari¹, può essere per comodità espositiva suddiviso in tre periodi: il primo impone al *condannato non detenuto, a pena di inammissibilità*, "di fare la dichiarazione o l'elezione di domicilio con la domanda con la quale chiede una misura alternativa alla detenzione o altro provvedimento attribuito dalla legge alla magistratura di sorveglianza"; il secondo gli impone l'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio

¹ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2010, p. 570.

dichiarato o eletto; il terzo afferma l'applicabilità delle disposizioni previste dall'art. 161 c.p.p., in quanto compatibili.

E' stata dunque creata una "speciale" causa di inammissibilità², in aggiunta a quelle più generali previste nell'art. 666 comma 2 c.p.p., ossia la manifesta infondatezza della richiesta per difetto delle condizioni di legge e la mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi.

Merita preliminarmente ricordare che la norma concerne il solo condannato "non detenuto". Mentre sembra pacifico che non può ritenersi obbligato ad effettuare alcuna elezione o dichiarazione il condannato nei cui confronti sia stato emesso un unico titolo esecutivo in seguito al quale egli si trovi ristretto in carcere, sono sorti dubbi con riferimento alla situazione di chi, al momento della presentazione della domanda, sia privato della libertà personale per effetto di un titolo diverso da quello che è alla base della sua carcerazione³. Parte della giurisprudenza ha dichiarato che deve ritenersi "condannato non detenuto" solo chi si trova in stato di libertà per il fatto in ordine al quale è intervenuta la condanna, e che dunque vi rientrano anche coloro che si trovano in carcere per un titolo diverso da quello cui si riferisce la domanda⁴. Altra parte ha prospettato, invece, la soluzione - senz'altro preferibile - per cui sarebbe irrilevante il titolo esecutivo, essendo l'elezione di domicilio del tutto incompatibile con lo stato di detenzione⁵.

Sempre dal punto di vista dell'ambito soggettivo di applicazione della norma, la giurisprudenza si è interrogata circa la possibilità di far rientrare tra i soggetti "non detenuti" quelli sottoposti agli arresti domiciliari o in stato di detenzione domiciliare. Ai sensi dell'art. 156 comma 3 c.p.p., le notificazioni all'imputato detenuto in luogo diverso dagli istituti penitenziari sono eseguite con le modalità previste per l'imputato non detenuto; quindi l'imputato agli arresti domiciliari - e lo stesso ragionamento dovrebbe valere per il soggetto in stato di detenzione domiciliare - va considerato, a questo specifico fine, come non detenuto. Ci si potrebbe chiedere,

² M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 235; in giurisprudenza, vedi Cass., Sez. I, 7 marzo 2008, n. 12891, Cardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 239654.

³ F. Della Casa - E. Bertolotto, *Sub art. 677 c.p.p.*, in *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, a cura di G. Giostra - V. Grevi - F. Della Casa, III ed., Padova, Cedam, 2006, p. 952.

⁴ Cass., Sez. I, 22 settembre 2004, n. 37186, Scognamillo, in *A. n. proc. pen.*, 2004, p. 633.

⁵ Cass., Sez. I, 1° ottobre 2004, n. 3671, Tavassi, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 162, con nota di F. Peroni, *Incompatibilità tra stato di detenzione ed elezione di domicilio*. In dottrina, F. Caprioli - D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 341.

tuttavia, per quale motivo il condannato venga costretto, a pena di inammissibilità dell'istanza, a dichiarare il domicilio presso il quale è "detenuto". La giurisprudenza ha spesso affermato che richiedere tale adempimento, in questi casi, è giustificabile in base alla considerazione secondo cui mentre la carcerazione è immediatamente verificabile, la detenzione domiciliare potrebbe non risultare dagli atti⁶. Invero, questa osservazione potrebbe essere valida con riferimento agli arresti domiciliari, mentre suscita qualche dubbio in relazione alla detenzione domiciliare: pare del tutto evidente - come dimostrano diverse previsioni del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario - che l'ufficio di sorveglianza è perfettamente a conoscenza del domicilio del soggetto, anche qualora la misura sia stata concessa da un diverso tribunale di sorveglianza⁷.

3. La ratio della clausola di inammissibilità

La ragion d'essere della norma in esame, il suo contenuto

⁶ Cass., Sez. I, 8 novembre 2005, n. 46556, Esposito, in *Cass. pen.*, 2007, p. 703. Il medesimo problema si è posto, a dire il vero, anche a proposito dell'operatività del disposto di cui all'art. 156 comma 4 c.p.p., nel caso in cui il soggetto si trovi detenuto per altra causa. In base ad un primo orientamento, la notificazione deve essere eseguita nel luogo di detenzione solo dove l'ulteriore titolo detentivo risulti dagli atti del procedimento per il quale deve eseguirsi la notifica medesima (vedi, *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 6 aprile 1999, n. 5395, Traina, in *Guida dir.*, 1999, n. 26, p. 129; Cass., Sez. I, 18 settembre 1997, n. 4918, Rea, in *A. n. proc. pen.*, 1998, p. 293). In base ad un diverso indirizzo, la notificazione all'imputato detenuto deve avvenire nel luogo di detenzione, anche quando la causa di restrizione sia diversa dal procedimento in corso cui si riferisce la notificazione (vedi Cass., Sez. V, 10 giugno 2003, n. 37135, Bevilacqua, in *A. n. proc. pen.*, 2005, p. 22, con nota di A. Polizzari, *Notificazioni all'imputato detenuto per altra causa*). Con specifico riferimento ai provvedimenti della magistratura di sorveglianza, la giurisprudenza (Cass., Sez. I, 21 dicembre 1998, n. 6547, Lucano, in *Riv. pen.*, 1999, p. 602) ha avallato questo secondo orientamento, stabilendo - a proposito del procedimento di cui all'art. 92 t.u. stupefacenti - che non può ritenersi validamente costituito il rapporto processuale nel caso in cui il condannato, dopo aver avanzato richiesta per ottenere la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva venga poi tratto in arresto e si trovi quindi in stato di detenzione al momento della celebrazione dell'udienza in camera di consiglio (nella fattispecie, la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza del tribunale di sorveglianza, che aveva dichiarato inammissibile l'istanza del condannato, per essere lo stesso risultato irreperibile al domicilio indicato nell'istanza stessa, ritenendo che, essendo stato nel frattempo instaurato lo stato detentivo, la notificazione avrebbe dovuto essere effettuata ai sensi dell'art. 156 c.p.p.).

⁷ Ai sensi dell'art. 100 commi 2 e 4 del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, nell'ordinanza di concessione della detenzione domiciliare deve essere indicato l'ufficio di sorveglianza nella cui giurisdizione dovrà essere eseguita la misura; non appena il provvedimento di concessione della detenzione domiciliare è esecutivo, la cancelleria del tribunale provvede a trasmetterlo, unitamente agli atti, alla cancelleria dell'ufficio di sorveglianza nello stesso indicato.

prescrittivo, le conseguenze derivanti dalla sua inosservanza sono stati oggetto di diverse pronunce giurisprudenziali e di contrasti che hanno portato in alcuni casi alla prospettazione di questioni di legittimità costituzionale⁸ ed infine alla rimessione alle Sezioni unite di una questione attinente ad alcuni dei punti più delicati della norma.

La Corte, prima di scendere nel merito della questione proposta, effettua una ricognizione dei tratti salienti della normativa sul procedimento di sorveglianza, all'interno della quale trova spazio anche l'ipotesi di cui all'art. 677 comma 2-bis c.p.p. Si sforza, inoltre, di indagare sulla *ratio* di questa disposizione, facendo tesoro dei precedenti approdi giurisprudenziali.

Vengono, pertanto, menzionate: a) la necessità di assicurare *ab origine* il rapporto tra condannato e organi giurisdizionali del procedimento di sorveglianza, ai fini della "costante verifica dell'andamento e dell'esito delle misure alternative", e di rendere certa la reperibilità del richiedente tanto per l'istruttoria quanto ai fini del suo trattamento rieducativo⁹; b) l'opportunità di evitare lungaggini e ricerche nella fase della fissazione dell'udienza e di rendere più spedito il procedimento¹⁰; c) l'esigenza di facilitare la notificazione degli atti processuali, nello stesso interesse del condannato¹¹. Le Sezioni unite mostrano di condividere solo alcuni di questi assunti, individuando più sinteticamente la finalità della disposizione in esame in quella di "rendere più spedito il procedimento davanti alla magistratura di sorveglianza, disponendo di un domicilio certo presso il quale procedere alle notifiche, e di evitare, conseguentemente, la possibilità di improprie sottrazioni del condannato alla corretta esecuzione, nelle forme e nelle modalità di legge, delle sentenze di condanna a pena detentiva". Come è facile constatare, la Suprema Corte opera una scrematura tra i ricordati

⁸ In particolare, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 24 Cost., dell'art. 677 comma 2-bis c.p.p., quanto alla previsione dell'inammissibilità dell'istanza in caso di mancata dichiarazione o elezione di domicilio; e degli artt. 161 e 656 c.p.p., quanto alla mancata previsione dell'obbligo di inserire nell'avviso in esso contemplato l'avvertimento dell'inammissibilità comminata in applicazione dell'art. 677 comma 2-bis c.p.p. La Corte, con la sentenza 20 marzo 2004, n. 20968, Genovese, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3018, ha ritenuto manifestamente infondate le questioni proposte, non rilevando alcun contrasto con la garanzia costituzionale del diritto di difesa.

⁹ Cass., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 23907, Cisterna, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3017; Cass., Sez. I, 23 ottobre 2007, n. 46265, Colantoni, in *A. n. proc. pen.*, 2009, p. 110.

¹⁰ Cass., Sez. I, 10 febbraio 2004, n. 9678, Ronga, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3019.

¹¹ Cass., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 15425, Larocca, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3018; Cass., Sez. I, 22 aprile 2004, n. 23510, Scardino, *ivi*, p. 3017.

indirizzi, mettendo in primo piano, in sintonia con buona parte della dottrina¹², sia le esigenze di speditezza del procedimento e correttezza delle notifiche sia quelle riguardanti la reperibilità e non sottrazione del condannato alla corretta esecuzione della sentenza. Non si spinge, invece, fino a considerare come rilevante quella "interconnessione" tra condannato e magistratura di sorveglianza che dovrebbe, ad avviso di parte della giurisprudenza¹³, assolvere alla funzione di controllo sull'andamento e sull'esito della misura alternativa. Si tratta di un assunto pienamente condivisibile: basti pensare al caso, di frequente verifica, in cui il condannato, residente in una località geograficamente lontana dal tribunale di sorveglianza competente per l'applicazione della misura, elegge domicilio presso lo studio di un difensore situato nel luogo in cui ha sede tale tribunale. In questa ipotesi il luogo della notificazione non ha alcuna attinenza con la successiva attività degli uffici per l'esecuzione penale esterna incaricati di raccogliere informazioni sull'interessato (art. 72 comma 2 lett. b ord. penit.) e di seguire lo svolgimento della misura¹⁴.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della norma, è confermata tra le righe l'interpretazione della prevalente giurisprudenza secondo cui l'obbligo imposto dall'art. 677 comma 2-bis c.p.p. è richiesto in via generale per tutte le istanze concernenti il procedimento di sorveglianza¹⁵.

4. Il carattere personale della dichiarazione o elezione di domicilio

I giudici di legittimità procedono poi ad individuare e ad approfondire il punto centrale della questione affrontata, concernente la parte prescrittiva della norma.

¹² S. Giambruno, *Le disposizioni in materia di notificazione degli atti, in Il processo penale tra politica della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino, Utet, 2003, p. 100; A. Pulvirenti, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in *Trattato di procedura penale*, VI, *Esecuzione e rapporti con le autorità giurisdizionali straniere*, a cura di L. Kalb, Torino, Utet, 2009, p. 283.

¹³ Cass., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 23907, Cisterna, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3017; Cass., Sez. I, 23 ottobre 2007, n. 46265, Colantoni, in *A. n. proc. pen.*, 2009, p. 110.

¹⁴ In termini sostanzialmente analoghi, M. Ruaro, *op. cit.*, p. 236.

¹⁵ Vedi, tra le altre, Cass., Sez. I, 9 giugno 2004, n. 36137, Caramba, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1401. In realtà, alcuni Autori, quali A. Presutti, *Sub art. 47-bis ord. penit.*, in *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, a cura di G. Giostra - V. Grevi - F. Della Casa, III ed., Padova, Cedam, 2006, p. 542, hanno dubitato dell'applicabilità di tale causa di inammissibilità alle istanze per la concessione delle misure terapeutiche previste dal t.u. stupefacenti.

Punto di partenza del ragionamento della Corte è la natura tassativa della previsione in oggetto: dato che si evince dallo stesso dettato normativo, laddove l'obbligo è prescritto "a pena di inammissibilità"¹⁶. L'introduzione di questa sanzione processuale determina l'insorgere di diversi problemi interpretativi.

Da un lato, è espressamente menzionato "il condannato" quale unico destinatario dell'obbligo; dall'altro, però, ai sensi del combinato disposto degli artt. 678 comma 1 c.p.p. e 656 comma 6 c.p.p., l'istanza per la concessione di misura alternative può essere presentata dal difensore in via autonoma. Ci si deve allora chiedere, *in primis*, se alla domanda presentata dal difensore debba essere o meno allegata la dichiarazione o elezione del domicilio del condannato (dal momento che, a rigore, il difensore ricade al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 677 comma 2-bis c.p.p.). Secondariamente, in caso di risposta affermativa alla prima questione, se sia ammissibile l'istanza presentata dal solo difensore contenente anche l'indicazione del domicilio del proprio assistito, senza una sottoscrizione personale di quest'ultimo.

Con riferimento al primo punto, la Corte precisa che non è di ostacolo a considerare tassativo l'obbligo di cui all'art. 677 comma 2-bis c.p.p. la facoltà, riconosciuta al difensore dall'art. 656 comma 6 c.p.p., di presentare la richiesta volta ad ottenere la concessione di una misura alternativa. Anche se in quest'ultimo articolo la legge esplicitamente ammette che la richiesta possa essere proposta dal difensore, oltre che dal condannato stesso, altrettanto esplicitamente nell'art. 677 comma 2-bis c.p.p. si statuisce che essa deve essere corredata dall'elezione o dichiarazione di domicilio effettuata *personalmente* dall'interessato. È infatti evidente che, se la *ratio* della norma consiste nel facilitare le notificazioni degli avvisi relativi al procedimento di sorveglianza, non ha alcuna importanza verificare quale soggetto abbia in concreto assunto l'iniziativa per la presentazione della domanda. Tuttavia, va osservato che, guardando al tenore letterale della norma, il solo destinatario dell'onere di allegazione sembrerebbe essere il condannato. Prevedendosi che "il condannato ha l'obbligo [...] di fare la dichiarazione o l'elezione di domicilio con la domanda con la quale [costui] chiede una misura alternativa [...]", è come se non si prendesse neppure in considerazione l'eventualità di un'istanza formulata dal difensore di propria iniziativa.

¹⁶ Sull'applicazione del principio di tassatività alla sanzione dell'inammissibilità vedi, per tutti, F. De Priamo, voce *Inammissibilità*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, Utet, 1992, p. 300.

Questa prima conclusione ci permette di esaminare l'ulteriore questione poc'anzi segnalata. E' pur vero che, a norma dell'art. 656 comma 5 c.p.p., possono presentare l'istanza, "corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessaria", tanto il condannato quanto il suo difensore: ma, ad avviso della Corte, ciò non significa che l'indicazione del domicilio da parte del difensore, contenuta nel documento da lui presentato, sia atto equipollente alla dichiarazione o elezione effettuata personalmente dal condannato. In altri termini, l'individuazione del domicilio del condannato contenuta nell'atto presentato dal difensore e da lui solo sottoscritto non può rientrare né tra le "indicazioni", né all'interno della "documentazione necessaria" richieste a norma dell'art. 656 comma 5 c.p.p.¹⁷ Può o, meglio, deve, visti i risultati cui approdano le Sezioni unite, essere sempre allegata alla domanda presentata dal difensore la dichiarazione o l'elezione sottoscritta dal condannato.

La Corte rileva che quelli contemplati nell'art. 161 c.p.p. sono atti aventi natura "strettamente personale", atti di volontà dotati di alcuni requisiti minimi e da cui discendono determinati effetti. Preliminarmente, essa dichiara di fare proprie le definizioni comunemente enucleate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di notificazioni, secondo le quali la *dichiarazione* consiste nell'indicazione del luogo di abitazione o di abituale esercizio dell'attività professionale, come fotografia di una situazione reale, mentre l'*elezione* di domicilio consiste nella scelta di un luogo e di una persona al fine specifico della ricezione degli atti processuali, ovvero nella indicazione di un domicilio *ad hoc*¹⁸. Inoltre, viene stabilito anche il principio per cui, ai fini dell'assolvimento del suddetto dovere, è necessario che l'indicazione "esprima con chiarezza la volontà del condannato in ordine al luogo ove egli intende ricevere la notificazione degli avvisi". Si tratta, in entrambi i casi, di atti che rappresentano una "vera e propria scelta" dell'interessato, manifestazione "di quel potere di autonomia" di stabilire, per le notifiche e gli avvisi, un luogo diverso da quello della residenza, della dimora o del domicilio, unitamente alla eventuale individuazione di un altro soggetto presso il quale il medesimo intende riceverle. Atti che, pur senza richiedere l'adozione di una forma vincolata, devono presentare precisi requisiti che attengono

¹⁷ Nel senso che tra le "indicazioni" di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p. debba invece ricomprendersi anche quella di cui all'art. 677 comma 2-bis c.p.p., vedi Cass., Sez. I, 9 giugno 2004, n. 36137, Caramba, *cit.*

¹⁸ L. Grilli, *Le notificazioni penali*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 211.

al loro contenuto, alla certezza della loro provenienza da parte della persona su cui grava l'onere, alla sicura destinazione ad una determinata autorità giudiziaria. In particolare, tra questi elementi viene considerata assolutamente imprescindibile la riconducibilità al soggetto della relativa manifestazione di volontà, connotato che più degli altri sottolinea la necessità di riconoscere a tali atti natura strettamente personale. E viene specificato che, ad esempio, la semplice indicazione del proprio indirizzo anagrafico non può valere come dichiarazione o elezione di domicilio, in quanto non idonea, di per sé, a rendere chiara la volontà dell'interessato¹⁹.

Le Sezioni unite aderiscono quindi all'orientamento maggioritario in giurisprudenza che, già dai primi momenti successivi all'intervento legislativo, aveva affermato la natura personale di tali atti e l'impossibilità di considerarli surrogati dalla mera indicazione effettuata dal difensore nell'istanza da lui presentata²⁰.

5. I rapporti tra la sospensione dell'ordine di esecuzione e l'art. 677 comma 2-bis c.p.p.

Giunti a questo punto del ragionamento, è opportuno chiedersi se sia possibile far superare alla domanda il vaglio di ammissibilità attraverso il recupero di dichiarazioni o elezioni del domicilio effettuate personalmente dal condannato, anche se in un contesto processuale precedente. La Corte stabilisce che non può considerarsi valida la dichiarazione o elezione compiuta nella fase anteriore alla formazione del giudicato: l'efficacia di tali atti, ai sensi dell'art. 164 c.p.p., si estende ad ogni stato e grado del giudizio di cognizione, ma è destinata a venir meno in relazione al procedimento di sorveglianza. La fase dell'esecuzione non può essere considerata né uno stato né un grado del processo, processo che ha il suo epilogo nella pronuncia della sentenza irrevocabile²¹. Pertanto, la dichiarazione o elezione del domicilio effettuata nel giudizio di cognizione non è suscettibile di proiettare i suoi effetti nella fase esecutiva²². L'orientamento delle Sezioni unite è meritevole di apprezzamento: l'autonomia del procedimento

¹⁹ In senso conforme, Cass., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 15429, Marella, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3018; Cass., Sez. I, 22 aprile 2004, n. 23510, Scardino, *cit.*

²⁰ Cass., Sez. I, 20 marzo 2004, n. 20968, Genovese, *cit.*

²¹ Vedi anche Cass., Sez. I, 3 febbraio 2005, n. 11522, Procopio, in *C.E.D. Cass.*, n. 231268; Cass., Sez. I, 23 ottobre 2007, n. 46265, Colantoni, in *A. n. proc. pen.*, 2009, p. 110.

²² Le stesse Sezioni unite affrontano nella sentenza in esame, anche se marginalmente,

di sorveglianza rispetto a quello di cognizione è giustificabile, oltre che sul piano teorico, anche su quello squisitamente pratico, considerato che il tribunale di sorveglianza non ha a disposizione i fascicoli del processo e che, quindi, non può essere a conoscenza di una dichiarazione o elezione eventualmente già presentata. Appare quindi ragionevole che l'art. 677 comma 2-bis c.p.p. imponga all'interessato di ripetere la medesima formalità.

Il legislatore del 2001 non ha però tenuto conto del fatto che, dopo le innovazioni introdotte dalla legge n. 165 del 1998, quando il condannato si trova in stato di libertà è plausibile considerare come momento iniziale del procedimento di sorveglianza non tanto la presentazione dell'istanza, quanto la notificazione dell'ordine di esecuzione e del relativo provvedimento di sospensione²³. Sarebbe stato più opportuno, allora, invitare il condannato ad adempiere alla formalità prevista all'art. 677 comma 2-bis c.p.p. già al momento della notificazione del provvedimento del pubblico ministero. Così facendo, non sarebbe stato neanche necessario ricorrere alla sanzione dell'inammissibilità dell'istanza, dal momento che, qualora l'interessato non si fosse attivato, avrebbe trovato applicazione la notificazione mediante consegna al difensore prevista dall'art. 161 comma 4 c.p.p. e l'udienza di sorveglianza si sarebbe potuta celebrare regolarmente.

Al contrario, come precisa la Corte nella sentenza in commento, in caso di carenza di elezione o dichiarazione di domicilio, il condannato non può ritenersi domiciliato *ex lege* presso il suo difensore: un simile espediente non trova alcun avallo nel sistema processuale e non sono applicabili per analogia a tale disposizione, avente carattere speciale, altre norme del codice di rito (si allude proprio all'art. 161 comma 4 c.p.p.)²⁴.

il dilemma relativo all'efficacia temporale del mandato del difensore conferito nel giudizio di cognizione ed, in particolare, alla possibilità che tale efficacia si estenda alla fase dell'esecuzione. Allineandosi alla giurisprudenza prevalente, esse ribadiscono che la nomina del difensore di fiducia nel corso del giudizio di cognizione non estende i suoi effetti al giudizio di esecuzione, per cui i provvedimenti del pubblico ministero vanno notificati al difensore di fiducia, se nominato per tale fase, o, in mancanza, a quello designato d'ufficio; e che siffatto principio è derogato solo dalle specifiche disposizioni dei commi 5 e 6 dell'art. 656 c.p.p., per effetto delle quali il difensore che si è occupato della fase di merito ha diritto di ricevere, se non è stato nominato un altro difensore per la fase esecutiva, la notificazione dell'ordine di esecuzione (Cass., Sez. IV, 11 Aprile 2002, n. 28950, Rizzo, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2357; Cass., Sez. I, 22 maggio 2003, n. 30366, Carraro, *ivi*, 2004, p. 3657; Cass., Sez. I, 3 ottobre 2003, n. 45715, Griffa, in *Guida dir.*, 2004, n. 11, p. 99).

²³ In questo senso, F. Caprioli - D. Vicoli, *op. cit.*, p. 338.

²⁴ Nella giurisprudenza precedente, vedi sul punto Cass., Sez. I, 20 marzo 2004, n. 20968, Genovese, *cit.*

Da quest'ultima puntualizzazione esce invece rafforzata la tesi secondo cui, nell'attuale assetto normativo, non esiste alcun coordinamento tra la previsione di cui all'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p. e quelle di cui all'art. 656 commi 5 e 6 c.p.p.. È un dato che si può cogliere anche sotto altri profili.

Ci si riferisce, in primo luogo, al fatto – trascurato per la verità dalla sentenza in esame – che l'obbligo di dichiarare o eleggere domicilio non deve essere inserito tra i contenuti dell'avvertimento di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p.. In tal senso, per lo meno, si è espressa la giurisprudenza prevalente²⁵. Infatti, nel comma 5 dell'art. 656 c.p.p. è contenuto un elenco, considerato tassativo²⁶, di ciò che deve costituire oggetto dell'avviso che accompagna la notificazione dell'ordine di esecuzione e del decreto di sospensione. Ebbene, in tale elenco non è espressamente citato l'avvertimento che il condannato non detenuto dovrà effettuare personalmente e contestualmente alla domanda, all'interno di essa o con allegazione, la dichiarazione o elezione di domicilio. Forse si dà per scontato che, avvisando della possibilità di presentare entro trenta giorni un'istanza "corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie", colui che la presenta, sia esso il condannato o il suo difensore, sia perfettamente a conoscenza del fatto che tra le "indicazioni" rientra anche la dichiarazione o elezione allegata alla richiesta di concessione di una misura alternativa o di altro provvedimento, così come espressamente statuito in questa pronuncia dalle Sezioni unite. Sarebbe comunque maggiormente garantista una lettura più elastica dell'elenco di cui all'art. 656 comma 5, tale da far sì che esso non sia considerato tassativo, oppure che si consideri necessario specificare nell'avviso quali sono le indicazioni e documentazioni previste *ex lege*, come già avviene in relazione alle certificazioni sullo stato di tossicodipendenza e al programma terapeutico per quanto concerne le misure di cui agli artt. 90 e 94 t.u. stupefacenti.

Il difetto di coordinamento cui si faceva riferimento emerge anche dall'analisi di alcuni indirizzi giurisprudenziali: ad esempio, è considerato irrilevante che, prima della presentazione della richiesta, sia andata a buon fine la notificazione al condannato dell'ordine di esecuzione e del decreto di sospensione presso il domicilio dichiarato o eletto per la fase di cognizione. Questa posizione non è sorretta da particolari motivazioni, ma si basa soltanto sulla tassatività e inderogabilità di quanto stabilito nell'art.

²⁵ Vedi, *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 10 febbraio 2004, n. 9678, Ronga, *cit.*

²⁶ F. Fiorentin – G. G. Sandrelli, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, Padova, Cedam, 2007, p. 151.

677 comma 2-*bis* c.p.p.²⁷. Allo stesso modo, si è osservato che il comma 6 dell'art. 656 c.p.p. ha l'esclusiva funzione di portare l'atto a conoscenza della parte tecnica e non interferisce in nessun modo col successivo dovere del condannato di dichiarare o eleggere domicilio al momento della presentazione della domanda²⁸. Quindi, malgrado si preveda che la notificazione dell'ordine di esecuzione debba essere compiuta anche nei confronti del difensore, non potrà essere notificato presso il suo studio l'avviso di fissazione dell'udienza di sorveglianza destinato al condannato.

Questo indirizzo giurisprudenziale ci consente di richiamare l'attenzione su di un ulteriore aspetto: ai sensi dell'art. 656 comma 5 c.p.p., l'ordine di esecuzione ed il decreto di sospensione devono essere notificati al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in mancanza, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio²⁹. Si tratta dell'unica eccezione, stabilita per legge e non suscettibile di interpretazione analogica, al principio per cui nella fase di esecuzione non spiega effetti la nomina del difensore di fiducia effettuata nel giudizio di cognizione³⁰. In realtà, non si vede perché il legislatore - spinto da esigenze di ampliamento delle garanzie riconosciute al condannato³¹ - abbia voluto consentire un'eccezione al principio generale della separazione del procedimento di cognizione da quelli di esecuzione e sorveglianza soltanto per l'individuazione del difensore e non anche per le notificazioni al soggetto interessato. Nell'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p. avrebbe potuto essere inserita una clausola iniziale per cui, "salvo che non risulti agli atti una elezione o dichiarazione di domicilio, anche effettuata nella fase del giudizio", il condannato non detenuto ha l'obbligo di farla con la domanda con la quale chiede una misura alternativa alla detenzione o altro provvedimento attribuito dalla legge alla magistratura di sorveglianza. Le esigenze di semplificazione e di

²⁷ Cass., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 15429, Marella, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3018, in motiv.

²⁸ Cass., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 23907, Cisterna, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3017, in motiv.

²⁹ Così, da ultimo, Cass., Sez. I, 13 gennaio 2010, n. 5395, Carrisi, in *C.E.D. Cass.*, n. 246567.

³⁰ In questi termini, Cass., Sez. I, 22 maggio 2003, n. 30366, Carraro, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3657. Sempre a proposito dell'individuazione del difensore, la Suprema Corte si è altresì domandata quale parte tecnica debba essere raggiunta dalla notificazione nel caso in cui il processo sia terminato con il giudizio di Cassazione. Rispetto al difensore d'ufficio designato per la fase di legittimità devono preferirsi, nell'ordine, il difensore di fiducia nominato per la fase esecutiva o, in mancanza, quello di fiducia nominato nella fase del giudizio di merito o, in estremo subordine, il difensore d'ufficio nominato espressamente per la fase esecutiva: Cass., Sez. I, 10 settembre 2003, n. 36544, Sacco, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3659; Cass., Sez. I, 10 gennaio 2006, Disha, in *C.E.D. Cass.*, n. 235099.

³¹ Così A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 173.

speditezza sarebbero state in tal modo egualmente soddisfatte, con un minor sacrificio degli interessi del condannato.

6. Le conseguenze sanzionatorie

La sanzione comminata in caso di inosservanza dell'obbligo sancito nell'art. 677 comma 2-bis c.p.p. è l'inammissibilità, che colpisce la stessa richiesta di accedere ad una misura alternativa³². Il provvedimento che la dichiara è adottato dal presidente del tribunale di sorveglianza con decreto motivato, il quale sarà notificato entro cinque giorni all'istante presso il domicilio reale, ai sensi dell'art. 157 c.p.p..

Tuttavia, se effettivamente la *ratio* della norma è quella di rendere più spedito il procedimento e di assicurare il buon esito delle notificazioni, anche nell'interesse del condannato, essa appare forse eccessivamente rigorosa nel comminare l'inammissibilità dell'istanza che richiede la misura, impedendone la concessione. Tanto più se si considera che il decreto è pronunciato *inaudita altera parte* e, nel caso in cui la domanda venga presentata dal condannato, senza la preventiva nomina di un difensore d'ufficio, qualora egli ne sia privo³³: invero, tale formalità diventa doverosa solo nell'ipotesi in cui il giudice, valutata ammissibile l'istanza, fissi la data dell'udienza in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 666 comma 2 c.p.p.³⁴.

³² La sanzione riguarda solo la violazione dell'obbligo di fare la dichiarazione o elezione di domicilio, e non anche quella dell'obbligo di comunicare ogni mutamento. Il primo periodo dell'art. 677 comma 2-bis c.p.p. è infatti disposizione eccezionale e non è ammessa un'interpretazione analogica *in malam partem*, come accadrebbe qualora si ritenesse che anche la mancata comunicazione della variazione di domicilio comporti l'inammissibilità dell'istanza. È stato lo stesso legislatore a suddividere e tenere distinti i due casi: l'allegazione alla domanda della dichiarazione o elezione e la comunicazione di ogni sua variazione, con il verosimile intento di darne una disciplina giuridica differente. In realtà si tratta di due ipotesi solo apparentemente analoghe: mentre nel primo la sanzione dell'inammissibilità potrebbe ritenersi giustificata per il fatto che, in mancanza della elezione o dichiarazione di domicilio, la cancelleria del tribunale di sorveglianza non avrebbe un punto di riferimento per la notificazione gli avvisi, nel secondo l'ufficio potrebbe comunque effettuare validamente le notificazioni mediante consegna al difensore, e sarebbe imputabile al solo condannato l'eventuale mancata conoscenza effettiva dell'atto (Cass., Sez. I, 11 maggio 2005, n. 34345, Elkhinni, in *C.E.D. Cass.*, n. 232411; Cass., Sez. I, 27 gennaio 2009, n. 10739, Raffio, in *C.E.D. Cass.*, n. 242882).

³³ L. Filippi, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, n. 2, p. 163, manifesta decise perplessità circa il rispetto del principio del contraddittorio, ormai imposto dall'art. 111 comma 2 Cost., e del diritto di difesa, "giacché si priva l'interessato dell'assistenza tecnica in una fase processuale molto delicata, con il rischio di rendere puramente teorico il rimedio del ricorso per cassazione previsto contro il decreto di inammissibilità".

³⁴ A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 285.

Potrebbe forse ritenersi opportuno un compromesso tra la natura personale dell'elezione o della dichiarazione di domicilio e le esigenze considerate primarie dalle stesse Sezioni Unite, quali la celerità e speditezza del procedimento, che, a ben vedere, non vengono pienamente soddisfatte con il sistema attuale. Il decreto che dichiara l'inammissibilità non impedisce infatti la riproposizione di una nuova istanza, questa volta conforme con quanto richiesto a norma dell'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p.³⁵. Tuttavia trascorre un ulteriore spazio di tempo tra la presentazione della prima e la riproposizione della seconda, in presenza di una situazione che, se fosse stata, ad esempio, considerata alla stregua di una mera irregolarità, sarebbe stata sanabile attraverso una integrazione successiva della documentazione mancante.

A questo proposito, tuttavia, le Sezioni Unite si sono espressamente chieste se sia possibile integrare, in un momento successivo rispetto a quello della presentazione, l'istanza del difensore con l'elezione o dichiarazione di domicilio effettuata personalmente dal condannato, e hanno optato per la risposta negativa. Non risulta dunque possibile prima presentare la domanda, sia essa sottoscritta dal difensore o personalmente dal condannato, e poi ottemperare all'obbligo imposto dall'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p., poiché la tardiva elezione o dichiarazione non può valere ad eliminare una causa di inammissibilità considerata originaria. Ad avviso della Corte, infatti, tale obbligo deve ricomprendersi, come si è poc'anzi già ricordato, tra le "indicazioni" di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p., mentre nel comma 6 di quest'ultimo articolo è prevista espressamente soltanto la possibilità di integrare la "documentazione" mancante, non anche le "indicazioni"³⁶. Per non incorrere nella sanzione dell'inammissibilità, la dichiarazione o elezione di domicilio dovrà dunque essere presentata contestualmente alla domanda.

Inoltre, anche se è vero che il decreto di inammissibilità non impedisce la riproposizione di una nuova istanza, è altrettanto vero che, una volta emesso, il pubblico ministero dispone "immediatamente" la revoca del decreto di sospensione dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 656 comma 8 c.p.p. ed

³⁵ L. Kalb, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, in *Trattato di procedura penale*, VI, *Esecuzione e rapporti con le autorità giurisdizionali stranieri*, a cura di L. Kalb, Torino, Utet, 2009, p. 140.

³⁶ Si era già espressa in tal senso la giurisprudenza precedente: vedi, tra le altre, Cass., Sez. I, 9 giugno 2004, n. 36137, Caramba, *cit.*

il soggetto sarà tradotto in carcere sulla base di tale titolo³⁷. Con la conseguenza che, a questo punto, non potrà più considerarsi "condannato non detenuto" e sarà oramai svincolato dal rispetto dell'obbligo di cui all'art. 677 comma 2-bis c.p.p..

La portata precettiva della norma in esame e l'interpretazione che la giurisprudenza dà di questo articolo appaiono dunque troppo rigide ed impegnative per l'interessato³⁸. Il presupposto della declaratoria di inammissibilità è stato individuato sulla base di un criterio automatico e non flessibile, quale il mancato inserimento nella domanda della dichiarazione o elezione di domicilio. La sanzione comminata, come si è già avuto modo di sottolineare, è particolarmente gravosa, trattandosi di un'inammissibilità *ab origine* senza possibilità di sanatoria, salva la presentazione di una nuova istanza, con tutti i limiti poc'anzi ricordati. La giurisprudenza, nell'interpretare la norma, non ammette un atto equipollente, sia esso proveniente dal difensore oppure dall'interessato durante il giudizio di cognizione, rispetto a quello compiuto dal condannato non detenuto nella fase dell'esecuzione o del procedimento di sorveglianza e neppure consente una integrazione successiva della domanda incompleta presentata in un primo momento.

7. L'eccezione alla regola: il condannato irreperibile o latitante

Come ultima precisazione, la Corte aggiunge, infine, che non può addursi come giustificazione della violazione del primo periodo dell'art. 677 comma 2-bis c.p.p. la circostanza che il difensore, intenzionato a presentare la richiesta di misura alternativa nell'interesse del condannato, non possa avere

³⁷ Per la precisazione secondo cui la revoca immediata del provvedimento di sospensione dell'esecuzione prevista dall'art. 656 comma 8 c.p.p. va disposta anche se l'inammissibilità dell'istanza sia dichiarata con decreto emesso *de plano* dal presidente del tribunale di sorveglianza, vedi Cass., Sez. I, 18 gennaio 2000, n. 356, Cerri, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 32.

³⁸ Dello stesso avviso anche B. Giors, *Sub art. 9 d.l. 18 ottobre 2001 n. 374*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 811, che peraltro precisa come la eccessivamente severa sanzione sia stata introdotta attraverso una disposizione del tutto fuori tema rispetto al contesto ed alle finalità dichiarate nel provvedimento in cui è inserita; in termini analoghi, F. Della Casa, *op. cit.*, p. 953. Manifesta invece particolare apprezzamento per la disposizione L. Pistorelli, *La competenza passa a p.m. e g.i.p. distrettuale: così il coordinamento avanza prudente*, in *Guida dir.*, 2001, n. 50, p. 26, che la ritiene "interessante e fin troppo timida" ed auspica che in futuro vengano adottate soluzioni simili anche nel procedimento di cognizione, onerando l'imputato che presenta al giudice o al pubblico ministero una qualunque richiesta o istanza di analogo adempimento.

rappporti con costui e non sia quindi in grado di farsi rilasciare la dichiarazione o elezione di domicilio: deve ritenersi, infatti, che per il difensore sia sempre possibile avere contatti con il proprio assistito e chiedergli di indicare i luoghi in cui intende ricevere le notifiche e di sottoscrivere le relative manifestazioni di volontà. Così argomentando, essa arriva a stabilire un'unica eccezione a questo principio generale: la situazione in cui il condannato risulti agli atti irreperibile o latitante³⁹. In questi casi, sarebbe ragionevole presumere l'impossibilità dei contatti tra difesa ed interessato e non potrebbe esigersi il rispetto del dovere di cui si discute: verrebbero altrimenti messi in discussione principi generali ed insormontabili del nostro sistema processualpenalistico, quali il diritto di difesa, il concreto esercizio della difesa tecnica, l'estensione al difensore di diritti e facoltà dell'imputato, qualora questi non sia in grado di esercitarli.

Allorché sia stato dichiarato lo stato di irreperibilità o latitanza si viene a creare una "presunzione di interruzione" di quel collegamento personale che è alla base di ogni rapporto difensivo; per cui, solo in questi casi, il difensore potrà presentare la domanda *ex art. 656 comma 5 c.p.p.* pur in difetto della elezione o dichiarazione da parte del condannato. Resta comunque fermo, e la Corte ci tiene a precisarlo, che ciò andrà ad influire solo sull'ammissibilità dell'istanza, e quindi sulla possibilità di aggirare ed evitare il rispetto dell'obbligo di cui all'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p., e non anche sulla concreta concedibilità delle misure alternative in favore di chi si è volontariamente sottratto ad un provvedimento coercitivo o di chi non ha uno stabile collegamento con il territorio, che dovrà essere valutata, caso per caso, dal tribunale di sorveglianza, nell'udienza camerale fissata a tale scopo a seguito del superamento del vaglio di ammissibilità.

Le Sezioni Unite hanno preferito adottare, con la pronuncia in commento, una soluzione dettata probabilmente da ragioni di opportunità, che tuttavia desta qualche perplessità. Da un lato, appare ragionevole il percorso logico della Corte, secondo cui non sarebbe corretto richiedere al difensore del soggetto irreperibile o latitante di adempiere ad un obbligo probabilmente

³⁹ Va osservato che lo stato di latitanza deve essere dichiarato con riferimento alla notificazione dell'ordine di carcerazione, poiché se il soggetto è già in condizione di latitanza, per essersi sottratto in precedenza all'esecuzione di un'ordinanza di custodia cautelare, la giurisprudenza considera preclusa la sospensione dell'ordine di esecuzione, adottando un'interpretazione estensiva – per la verità discutibile – dell'art. 656 comma 9 lett. *b* c.p.p. Così, da ultimo, Cass., Sez. I, 20 aprile 2010, n. 1129, Gjura Durim, in *C.E.D. Cass.*, n. 246949.

impossibile, quale quello di farsi rilasciare dal proprio assistito una dichiarazione o elezione di domicilio personalmente sottoscritta, da poter allegare all'istanza di concessione di una misura alternativa alla detenzione. Dall'altro lato, però, viene a crearsi una disparità di trattamento: il soggetto che si sottopone alla legge penale ed accetta l'esecuzione della sentenza irrevocabile di condanna viene a trovarsi in una condizione più penalizzante, tale da poter pregiudicare l'ammissibilità - e dunque la stessa concessione - di una misura alternativa, rispetto a quella in cui versa il soggetto che volontariamente si è sottratto alla corretta amministrazione della giustizia. Fermo restando, naturalmente, che la sola condizione di irreperibilità o latitanza non può essere considerata situazione incompatibile con l'instaurazione del procedimento per l'applicazione della misura alternativa, contrariamente a quanto sostenuto, in termini draconiani, da una precedente pronuncia della Cassazione⁴⁰.

8. Conclusioni

Vista la portata precettiva della norma e l'applicazione giurisprudenziale che ne è stata data dal momento della sua entrata in vigore fino a quest'ultimo intervento dalla Suprema Corte, sarebbe dunque auspicabile un intervento correttivo del legislatore. Bisognerebbe rimediare ad alcune contraddittorietà e disparità di trattamento che l'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p. ha introdotto nel nostro ordinamento, facendo in modo che, pur restando ferme le esigenze di speditezza e certezza delle notifiche, risultasse meno gravosa per il condannato e soprattutto per il suo difensore l'indicazione dei luoghi presso cui effettuare le notificazioni oppure meno severa la sanzione comminata in caso di violazione dell'obbligo di allegazione.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di ricalcare quanto dispone l'art. 94 t.u. sugli stupefacenti, in cui si afferma che, se non è possibile la notificazione nel domicilio indicato dal condannato, la richiesta di affidamento terapeutico viene dichiarata inammissibile dal tribunale di sorveglianza solo nel caso di mancata comparizione dell'istante all'udienza. Invece che stabilire un criterio di rigido automatismo, sarebbe infatti più opportuno prevedere l'inammissibilità dell'istanza nel solo caso

⁴⁰ Cass., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 15425, Larocca, *cit.*

di mancata presentazione del condannato all'udienza: in tal modo verrebbe, allo stesso tempo, ridotta l'eccessiva rigidità della portata precettiva della norma, data la possibilità di una sorta di sanatoria della mancata presentazione contestualmente alla domanda, e comminata una sanzione severa solo a seguito di una duplice situazione, in cui il condannato non ha effettuato la dichiarazione o elezione di domicilio e non si è neanche presentato in udienza.

Sez. 1, **Sentenza n. 24107 del 26/05/2009** Cc. (dep. 11/06/2009)
Rv. 244651

**Presidente: Giordano U. Estensore: Bricchetti R. Relatore:
Bricchetti R. Imputato: A. A. P.M. Geraci V. (Conf.)**
(Dichiara inammissibile, Trib. Brescia, 29 gennaio 2009)

- PROVVEDIMENTI CONCERNENTI I PERMESSI DI COLLOQUIO AI
DETENUTI - IMPUGNABILITÀ - ESCLUSIONE.

I permessi di colloquio sono inoppugnabili, per il principio di tassatività delle impugnazioni, né ricorribili per cassazione, neppure per abnormità sotto il profilo dell'inerenza al tema della libertà personale, che invero non forma oggetto di essi.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: Camera di consiglio
Dott. GIORDANO Umberto - Presidente - del 26/05/2009
Dott. SIOTTO Maria Cristina - Consigliere - SENTENZA
Dott. ZAMPETTI Umberto - Consigliere - N. 1770
Dott. BONITO Francesco M.S. - Consigliere - REGISTRO
GENERALE
Dott. BRICCHETTI Renato - Consigliere - N. 7046/2009

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

A. A., nato a Locri l'11 marzo 1979;

avverso il provvedimento in data 29 gennaio 2009 del S. Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Brescia;

- udita la relazione del Consigliere Dott. Renato BRICCHETTI;
- lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del S. Procuratore Generale Dott. GERACI Vincenzo, che ha chiesto dichiararsi l'inammissibilità del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con il provvedimento indicato in epigrafe, emesso sull'istanza di "autorizzazione ai colloqui" in carcere rivolta dal difensore di A. A. al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Brescia, quest'ultimo autorizzava "i colloqui con la madre e con la moglie".

2. Avverso detto provvedimento ha proposto ricorso per cassazione l'indagato, chiedendone l'annullamento e deducendo l'erronea applicazione della L. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 11 e 18, art. 240 disp. att. c.p.p., art. 279 c.p.p., artt. 13 e 111 Cost.

Sostiene:

- che il pubblico ministero non è legittimato ad adottare "provvedimenti inerenti la libertà personale";

- che la competenza ad autorizzare il permesso di colloquio per soggetti detenuti nel corso delle indagini preliminari "appartiene al giudice per le indagini preliminari" ai sensi della L. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 11 e 18 e dell'art. 240 disp. att. c.p.p.;

- che il provvedimento impugnato è, pertanto, "privo del requisito minimo della provenienza da un organo giudiziario investito del potere di decisione in una materia riservata agli organi della giurisdizione penale";

- che, in ogni caso, quand'anche si ritenesse che è il pubblico ministero l'organo competente a decidere in tema di colloqui con il detenuto, il provvedimento impugnato dovrebbe, comunque, essere annullato perché del tutto carente di motivazione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

3. Il ricorso è inammissibile.

3.1. Lo è, in primo luogo, perché i provvedimenti del pubblico ministero non hanno natura giurisdizionale e, come tali, non sono né qualificabili come abnormi (caratteristica esclusiva degli atti di giurisdizione), né impugnabili, neppure qualora appaia evidente il loro tasso di illegalità. La lettera dell'art. 568 c.p.p., comma 1, e l'interpretazione sistematica della norma non danno ingresso a dubbi: sono soggetti ad impugnazione soltanto i provvedimenti del giudice (cfr. per tutte, Cass. S.U. 11 luglio 2001, Chirico, RV 219598).

3.2. Lo è, in secondo luogo, perché, come questa Corte ha avuto modo di affermare (v. Cass. 6^a 9 dicembre 1994, Curinga, RV 200886), "i permessi di colloquio sono provvedimenti di natura amministrativa che attengono alla regolamentazione della vita di

relazione all'interno degli stabilimenti carcerari nonché, talvolta, anche alla tutela del segreto concernente indagini in corso" e "contro i provvedimenti che li concernono, di qualsiasi tipo, non è previsto né dal codice di rito né dalla legge penitenziaria né dal relativo regolamento alcun mezzo di gravame, sicché, in ossequio al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, essi sono inoppugnabili"; neppure "è dato per essi il ricorso per cassazione sotto il profilo della loro pertinenza alla libertà personale poiché questa non viene toccata dai relativi provvedimenti", né, infine, "possono essere considerati atti abnormi, come tali, immediatamente ricorribili, appunto, per la loro natura amministrativa" (nello stesso senso cfr., tra le altre, Cass. 4^a 7 aprile 2000, Bresciani, RV 216486).

4. Segue, a norma dell'art. 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento e, non emergendo ragioni di esonero, al versamento a favore della Cassa delle ammende, a titolo di sanzione pecuniaria, di somma che si stima equo fissare in Euro 1000,00 (mille/00).

P.Q.M.

dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di Euro 1000,00 (mille/00) alla Cassa delle ammende. Così deciso in Roma, il 26 maggio 2009.

Depositato in Cancelleria il 11 giugno 2009.

L'AUTORIZZAZIONE AI COLLOQUI DURANTE LE INDAGINI PRELIMINARI: NATURA DEL PROVVEDIMENTO E AUTORITÀ COMPETENTE

FRANCESCO PICOZZI

1. Il caso

Con la sentenza che sinteticamente si annota, la suprema Corte è tornata a pronunciarsi sulla natura dei provvedimenti di autorizzazione dei colloqui dei soggetti, sottoposti alla misura della custodia cautelare in carcere, durante la fase delle indagini preliminari.

Il caso è stato sollevato da un detenuto che ha proposto ricorso per cassazione avverso il provvedimento con cui il Procuratore della Repubblica autorizzava colloqui ex art. 18 o.p. soltanto con "la madre e la moglie".

La Corte di legittimità, ribadendo una posizione già espressa in passato con la propria giurisprudenza, ha dichiarato inammissibile il ricorso tanto perché "i provvedimenti del pubblico ministero non hanno natura giurisdizionale" - bensì amministrativa -, quanto perché tali atti non incidono sulla libertà personale, ma attengono semplicemente alle modalità esecutive della custodia, anche al fine di "tutela del segreto di indagine". Pertanto, ha aggiunto la Corte, poiché contro i provvedimenti concernenti i colloqui "non è previsto né dal codice di rito né dalla legge penitenziaria né dal relativo regolamento alcun mezzo di gravame, ... in ossequio al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, essi sono inoppugnabili"¹.

La pronuncia in commento, riprendendo testualmente un proprio precedente del 1994², appare netta nel configurare i provvedimenti amministrativi *de quibus*, che pure incidono su posizioni soggettive giuridicamente rilevanti dei detenuti³, come sottratti ad ogni mezzo di gravame.

In precedenza, però, con una sentenza richiamata anch'essa da quella in esame, la Corte aveva limitato l'inoppugnabilità degli atti in materia al solo ambito processuale penale. In quella occasione, infatti, si era ritenuto "ovvio che l'affermata natura amministrativa del permesso di colloquio consente a chi ha interesse a tutelare le proprie ragioni non accolte dal provvedimento adottato in proposito dal P.M. a proporre i mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento amministrativo, ivi compreso quelli di carattere giurisdizionale"⁴.

¹ In precedenza v. Corte di Cassazione, Sez. IV, sent. 7 aprile 2000, n. 2222, Bresciani; Sez. VI, sent. 9 dicembre 1994, n. 4921, Curinga; Sez. I, sent. 21 aprile 1993, n. 1651, Caminelli.

² Sent. n. 4921 del 1994, Curinga, cit. In senso analogo, in dottrina, G. Amato, *Incertezze in materia di permessi di colloquio: a chi spetta concederli?*, in *Gazzetta giuridica*, 1998, n. 21, p. 2.

³ V. Corte di cassazione, Sez. Un., sent. 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in *Cassazione penale*, 2003, p. 2961, ove si è stabilito che i provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria, in materia di colloqui dei ristretti con i congiunti, incidono "su diritti soggettivi".

⁴ Così sent. n. 2222 del 2000, Bresciani, cit., che con tali argomentazioni dichiarava manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale proposta dai ricorrenti. Sul punto v., però, F. Fiorentin, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, n. 5, p. 1336, il quale, richiamando, fra le altre, proprio le sentenze "Bresciani" e "Curinga", definisce l'orientamento espresso da tali pronunce "superato in seguito al decisivo arresto costituzionale" dell'8 febbraio 1999, n. 26.

2. L'autorità competente: tesi a confronto

La pronuncia in epigrafe non si sofferma sulla questione, pure sollevata dal ricorrente, concernente l'autorità competente ad autorizzare i colloqui dei detenuti durante le indagini preliminari. La Corte, anche in questo caso seguendo un proprio precedente, offre un avallo alla soluzione favorevole alla competenza del P.M., anziché del G.I.P.⁵, senza però fornire particolari argomentazioni al riguardo⁶.

Va osservato, peraltro, che l'impostazione ermeneutica che riconosce al magistrato requirente il potere autorizzatorio non è condivisa da una parte minoritaria della giurisprudenza⁷, dalla prevalente dottrina⁸ nonché dall'Amministrazione penitenziaria, secondo le quali è il G.I.P. a dover rilasciare i permessi in discorso nella fase delle indagini preliminari.

Il problema interpretativo si pone poiché l'art. 18 o.p. stabilisce che "i permessi di colloquio fino alla pronuncia della sentenza di primo grado... sono di competenza dell'autorità giudiziaria" e rinvia, per la precisa individuazione di questa, all'art. 11, comma 2, o.p. Tale ultima disposizione, concernente il ricovero in luogo esterno di cura, per ovvie ragioni cronologiche, fa riferimento agli organi giudiziari e alle fasi procedurali previste dal previgente codice di rito penale⁹.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura, il legislatore ha provveduto, mediante l'art. 240 disp. att. c.p.p., a coordinare l'art. 11 o.p. con le nuove figure processuali, stabilendo

⁵ V. la sent. n. 2222 del 2000, Bresciani, cit.

⁶ Per più ampie considerazioni v. sin d'ora Corte di cassazione, Sez. IV, sent. 14 giugno 2001, n. 2743, Patruno, in *Cassazione penale*, 2002, n. 3, p. 1155 e ss, vertente sull'individuazione dell'autorità competente al rilascio dei permessi ex art. 30 o.p. nel corso delle indagini preliminari.

⁷ Cfr. Corte di cassazione, Sez. I, sent. 20 marzo 1992, Di Girolamo, in *Rassegna della giustizia militare*, 1992, n. 5-6, p. 228; nonché Tribunale di Vicenza, sez. g.i.p., ord. 1 marzo 1993, Zandeneo, in *Cassazione penale*, 1993, p. 2409 e ss, con nota di M. D'Orazi, *La gestione della custodia cautelare in carcere*.

⁸ Evidenziano come sia maggioritaria in dottrina l'opinione favorevole alla competenza del G.I.P. E. Bertolotto, *Art. 18 - Colloqui, corrispondenza e informazione*, in V. Grevi - G. Giostra - F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario - commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2006, p. 221, nonché C. Bargiacchi, *Esecuzione della pena e relazioni familiari. Aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto*, <http://www.altrodiritto.unifi.it>, cap. 2 - 1.2.4.

⁹ In proposito, secondo G. M. Napoli, *I colloqui visivi e la corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, in <http://www.diritto.it>, 2007, p. 18, risulta "complesso anche il ricorso al criterio ermeneutico" di cui all'art. 208 disp. att. c.p.p secondo il quale i richiami al codice abrogato vanno intesi come riferiti "agli istituti o alle disposizioni del codice che disciplinano la corrispondente materia".

che, all'autorizzazione del ricovero esterno provvede "[p]rima dell'esercizio dell'azione penale... il giudice per le indagini preliminari".

Come si può agevolmente notare, però, tale coordinamento - poiché l'art. 240 att. c.p.p. non sostituisce formalmente il comma 2 dell'art. 11 o.p. - è riferito esplicitamente al solo provvedimento di ricovero in luogo esterno di cura e non anche ai permessi di colloquio.

La dottrina che propende per la competenza in materia del G.I.P. ritiene che, vista la "stretta analogia" fra i provvedimenti in discorso, anche la materia dei colloqui degli indagati detenuti sia disciplinata dalle previsioni dell'art. 240 disp. att. c.p.p.¹⁰

A sostegno di tale impostazione viene portato anche un argomento di carattere letterale, fondato sul testo dell'art. 34 c.p.p., come novellato dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479.

Infatti, tale disposizione, al comma 2-*bis*, inibisce al giudice che, nel medesimo procedimento, abbia esercitato funzioni di G.I.P. di emettere decreto penale di condanna, tenere udienza preliminare e - anche fuori dei casi previsti dal comma 2 del medesimo articolo - partecipare al giudizio.

Il successivo comma 2-*ter*, prevede che le disposizioni appena viste "non si applicano al giudice che nel medesimo procedimento abbia adottato" una serie di provvedimenti, tra i quali quelli "relativi ai permessi di colloquio... previsti dall'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354".

Da ciò se ne è dedotto che per il legislatore è pacifica la competenza del G.I.P. ad adottare tali autorizzazioni¹¹.

Inoltre, a favore di tale conclusione, è stato ricordato che la

¹⁰ M. Canepa - S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario - Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 152; P. Corso, *Il carcere senza rieducazione (l'imputato detenuto)*, in P. Corso (a cura di) *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Bologna, 2006, p. 302.; G. Catelani, *Il codice penitenziario commentato*, Laurus Robuffo, Roma, 2005, p. 78; K. Di Nicolantonio, *Sulla competenza al rilascio dei permessi di colloquio con imputati detenuti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, III, p. 1712; A. Presutti, *Art. 240 - Trattamento sanitario del detenuto*, in E. Amodio - O. Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale - Norme di coordinamento e transitorie*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 258; nonché E. Fassone, *Art. 240*, in M. Chiavario, *Commentario al nuovo codice di procedura penale - La normativa complementare vol. II Norme di coordinamento e transitorie*, Utet, Torino, 1992, p. 215-216, il quale, però, pone in rilievo i "gravi problemi di natura pratica, derivanti" da tale scelta legislativa.

¹¹ Così S. Cirignotta - R. Turrini Vita, *Gestione giudiziaria della detenzione nella fase delle indagini preliminari*, in *Diritto penale e processo*, 2001, n. 2, p. 246. *Contra* C. cass. sent. n. 2743 del 2001, Patruno, cit., p. 1157, secondo la quale il sistema delle incompatibilità "riguarda attività del giudice in genere (non del gip), senza alcuna attribuzione di competenza o funzioni".

legge n. 95 del 2004 “ha espressamente previsto, in materia di controlli sulla corrispondenza dei detenuti imputati nel giudizio di primo grado, l’applicazione delle regole dettate nell’art. 279, con la conseguenza che nella fase delle indagini la competenza spetta al G.I.P.”¹²

Infine, un’ulteriore argomentazione, fondata sul richiamo ai principi generali, è stata proposta dall’Amministrazione penitenziaria¹³ che individua nel G.I.P. l’autorità competente, non solo in base “agli argomenti testuali di cui agli art. 240 att. c.p.p., 18 e 11 o.p.”, ma anche in considerazione dell’insegnamento della Corte costituzionale¹⁴ “per il quale la tutela delle posizioni soggettive dei detenuti, riflesso di diritti aventi fondamento nella Costituzione, e connesse all’esecuzione dei provvedimenti limitativi della libertà personale, deve essere assicurata attraverso *modalità di natura giurisdizionale*”.

Come si evince dalla sentenza in commento - e dai precedenti sopra ricordati -, le molteplici argomentazioni appena viste non sembrano fare breccia nella giurisprudenza della Corte di cassazione, oltre a non essere state condivise in sede amministrativa dal Consiglio superiore della magistratura¹⁵.

Inoltre, la conclusione favorevole al P.M., prevalente nelle pronunce e nella prassi degli organi giudiziari di merito¹⁶, è stata da ultimo ribadita tanto da un’argomentata giurisprudenza di merito¹⁷ quanto da una recentissima dottrina¹⁸.

A sostegno della competenza del magistrato requirente sono stati portati non solo argomenti letterali, ma soprattutto considerazioni di tipo sistematico e funzionale.

¹² R. Fonti, sub *Art. 18 o.p.*, in A. Giarda – G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, tomo III, Ipsoa, Milano, 2010, p. 10270.

¹³ Cfr. circolare 3 aprile 2000, n. 3520/5970, *Detenuto durante la fase delle indagini preliminari: autorizzazione ai colloqui*, adottata previo conforme parere della Direzione Generale degli Affari Penali, seguita, però, dalla circolare 28 aprile 2000, n. 3523/5973, di pari oggetto, con la quale la medesima Amministrazione ha precisato l’ambito di applicazione del proprio precedente.

¹⁴ Il riferimento è alla sentenza 11 febbraio 1999, n. 26.

¹⁵ Delibera del 16 aprile 1998 con cui il Consiglio superiore della magistratura ha risposto a un quesito sull’argomento; v.la in *Bollettino del C.S.M.*, 1998, n. 3-4-5, p. 120 e ss.

¹⁶ V., fra le altre, Tribunale di Terni, Uff. g.i.p., 24 marzo 2001, Tonato, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, III, p. 1712, con nota di K. Di Nicolantonio, cit. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali in tal senso si rinvia a F. Peroni – A. Scalfati (a cura di), *Codice dell’esecuzione penitenziaria annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 213.

¹⁷ Tribunale di Reggio Calabria, Sez. g.i.p., ord. 21 settembre 2009, inedita.

¹⁸ F. Minisci - C. Curreli, *Il pubblico ministero – Compiti e poteri nelle indagini e nel processo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 311-312.

Infatti, da un canto, si è osservato che “in fase di indagini preliminari è indubbio che l’autorità giudiziaria procedente si identifichi nel pubblico ministero”¹⁹, poiché il G.I.P. è organo che interviene nei soli casi previsti dalla legge processuale²⁰.

D’altro canto, si è ritenuto che “dal punto di vista logico e funzionale” sia il P.M. l’unico soggetto in grado di “compiere, in ogni momento, un’effettiva valutazione comparativa dell’interesse del detenuto ai colloqui con familiari o conoscenti, rispetto alle contingenti esigenze probatorie e delle indagini in generale...”. Invero, il G.I.P. “una volta emessa la misura cautelativa ed esauriti gli adempimenti connessi all’interrogatorio di garanzia, è tenuto alla restituzione degli atti e non è tecnicamente a conoscenza degli sviluppi ulteriori delle indagini preliminari”²¹.

¹⁹ Così Trib. Reggio Calabria, cit. che, a sua volta, richiama le argomentazioni di Corte di cassazione, Sez. IV, sent. 5 novembre 2008, n. 44558, Trionfo.

²⁰ In tal senso C. cass. sent. n. 2743 del 2001, Patruno, cit.

²¹ Trib. Reggio Calabria, cit; v. anche la delibera del C.s.m., cit. nonché F. Minisci - C. Curreli, op. cit., p. 312, secondo i quali il p.m. “può valutare se concedere o meno l’autorizzazione al colloquio basando la decisione su precise scelte investigative che non competono all’organo giudicante”.

Corte eur. dir. uomo 20 aprile 2010, Villa c. Italia, n. 19675/06

SOTTOPOSIZIONE A MISURA DI SICUREZZA - VIOLAZIONE DELL'ART.
5 CEDU - ESCLUSIONE - VIOLAZIONE DELL'ART. 2 PROTOCOLLO N. 4 -
SUSSISTENZA

Alla base della decisione vi è il ricorso di un cittadino italiano condannato per lesioni e minacce nei confronti del padre alla pena detentiva di tre mesi e quindici giorni, sostituiti in forza dell'art. 56 legge n° 689/1981 con la misura della libertà controllata per sette mesi, cui veniva aggiunta la misura di sicurezza della libertà vigilata per la durata di un anno. Successivamente nei confronti del ricorrente veniva adottata la misura di sicurezza dell'internamento in ospedale psichiatrico, prorogata più volte fino al 2002 sulla base della pericolosità ritenuta dal magistrato di sorveglianza, poi revocata e sostituita nuovamente con la misura di sicurezza della libertà vigilata.

Il ricorrente lamenta che la misura di sicurezza sia stata adottata illegittimamente e che abbia avuto una durata eccessiva. E per questa ragione aveva adito la Corte d'appello di Brescia per ottenere il risarcimento del danno derivante da tale durata in forza della legge Pinto, ma la Corte d'appello aveva rigettato la domanda dichiarandola infondata, senza che poi l'interessato ricorresse in cassazione.

Nel ricorso alla Corte europea si sostiene la violazione degli artt. 5 e 6 Cedu e dell'art. 2 del Protocollo n. 4.

La Corte europea ricorda, innanzitutto, che il diritto alla libertà di cui all'art. 5 § 1 attiene alla libertà fisica, la cui violazione deve essere verificata alla luce di alcuni elementi, quali la durata, gli effetti, le modalità esecutive della misura privativa di libertà. Considerato che la misura della libertà vigilata comportava l'obbligo di presentarsi una volta al mese all'autorità di polizia incaricata di sorvegliarlo,

mantenere contatti con il centro psichiatrico dell'ospedale Niguarda di Milano, abitare a Milano nel domicilio indicato, e restarvi dalle ore 22 alle ore 7, non allontanarsi dal comune dove risiedeva, la Corte ha ritenuto che queste prescrizioni non abbiano comportato una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu, ma delle mere restrizioni alla libertà di circolazione.

La Corte passa poi ad esaminare il profilo della legittimità della adozione della misura, ai sensi dell'art. 2 del Protocollo n. 4, che concerne l'equilibrio tra l'interesse generale e i diritti del singolo: adozione giustificata dai giudici italiani con la pericolosità del soggetto riscontrata sulla base della perizia psichiatrica disposta durante il processo, di fatti concreti verificatisi anche dopo l'emanazione della sentenza di condanna, delle relazioni dei medici che l'avevano in cura, e diretta a prevenire la commissione di altri reati e a contenere la pericolosità stessa. Non solo, ma le proroghe delle diverse misure di sicurezza erano sempre state disposte previa verifica della persistenza della pericolosità effettuata dal magistrato di sorveglianza, così che anche sotto questo profilo l'art. 2 è stato rispettato. Tuttavia lo stesso giudice, accertata la cessazione della pericolosità e disposta la revoca della misura della libertà vigilata il 5 luglio 2005, aveva provveduto a depositare il provvedimento di revoca solo il 2 novembre 2005, cioè quattro mesi dopo. E il 7 novembre 2005 la decisione era stata notificata al ricorrente.

La Corte ha ritenuto del tutto sproporzionato e ingiustificato il lasso temporale intercorrente tra il giorno del riesame della pericolosità e il deposito del provvedimento stesso, individuando la violazione dell'art. 2 proprio nella esecuzione tardiva della decisione di revoca. Il che porta la Corte a escludere di esaminare la medesima questione giuridica sotto il profilo dell'art. 6 § 1 Cedu.

La sentenza nella linearità delle argomentazioni sottolinea come il lasso temporale intercorso tra decisione del giudice e comunicazione al ricorrente abbia determinato una ingiustificata limitazione alla libertà di circolazione e di domicilio, andando al di là di quanto richiesto da esigenze di tutela dell'ordine pubblico, così che si evidenzia come si sarebbero dovute applicare «maggior diligenza e rapidità» anche perché la decisione in questione, che si inseriva in un lungo *iter* caratterizzato da proroghe, era stata assunta sulla base di una mera documentazione senza instaurazione di contraddittorio. Il che - sembra leggersi tra le righe - avrebbe dovuto comportare minor dispendio di tempo.

Corte eur. dir. uomo, 19 gennaio 2010, Montanic. Italia, n. 24950/06

SOTTOPOSIZIONE A REGIME DIFFERENZIATO EX ART. 41-BIS L. 26 LUGLIO 1975 N. 354 - VIOLAZIONE ART. 3 CEDU - ESCLUSIONE - VIOLAZIONE ART. 8 CEDU - SUSSISTENZA - VIOLAZIONE ARTT. 6 E 13 CEDU - ESCLUSIONE

La Corte prende in esame la situazione del ricorrente sottoposto al regime differenziato *in peius* dal 17 dicembre 2004, più volte prorogato, che lamenta la violazione dell'art. 3 in particolare sotto il profilo del diritto alla salute e dell'art. 8 sotto vari profili.

Per quanto concerne la violazione dell'art. 3, l'interessato ha dichiarato di essere affetto da numerose patologie, tra cui l'Aids, l'epatite B e C e una sindrome depressiva, ma la richiesta di concessione della sospensione dell'esecuzione della pena *ex art.* 146 o 147 c.p. era stata rigettata sulla base della relazione medica del carcere, secondo cui in realtà si trattava di una patologia depressiva controllata dalle terapie somministrate in carcere. E peraltro - fa notare la Corte europea - non è stata allegata documentazione comprovante le patologie indicate né alcun altro elemento utile a dimostrare che la sottoposizione al regime differenziato *in peius* abbia inciso sulla tutela della salute. Ad avviso della Corte la sottoposizione al regime differenziato non ha determinato una sofferenza maggiore di quella che è connaturata all'esecuzione di pena, e in particolare a quella derivante da modalità particolari prolungate nel tempo¹. Per quanto attiene alla violazione dell'art. 8 § 2, che tutela la vita privata e familiare, la Corte ricorda precedenti decisioni², nelle quali è stata chiamata a verificare l'incidenza delle restrizioni conseguenti all'adozione del regime in esame, escludendo che esse comportino una lesione del rapporto di congruità tra mantenimento dell'ordine e rispetto della vita privata.

Per quanto concerne l'altro profilo di violazione dell'art. 8, cioè della segretezza della corrispondenza, la Corte, dopo aver ricordato

¹ Corte eur. dir. uomo 1° marzo 2000, Labita c. Italia n. 26772/95; Corte eur. dir. uomo 18 gennaio 2005, Bastone c. Italia, n. 59638/00.

² Cfr. Corte eur. dir. uomo 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n. 2), n. 25498/94; Corte eur. dir. uomo 6 luglio 2000, Indelicato c. Italia n. 31143/96; Corte eur. dir. uomo 17 settembre 2009, Enea c. Italia.

che questa è stata sottoposta a controlli dal dicembre 2004, e che sono intervenute modifiche normative nella disciplina interna con l. 8 aprile 2004, n. 95, evidenzia come tutti i documenti in viale siano stati fatti oggetto di provvedimento di controllo, come risulta inequivocabilmente dal visto apposto su tutta la documentazione. Risulta dunque integrata la violazione dell'art. 8 per quanto concerne la sottoposizione a censura della corrispondenza inviata alla stessa Corte non ostante fosse ormai in vigore l'art. 18-ter, che è stato introdotto per rimediare alle pronunce con cui l'Italia era stata condannata in più occasioni perché la disciplina della corrispondenza contenuta nell'ordinamento penitenziario risultava quanto mai lacunosa, proprio specie in relazione ai controlli. Nell'art. 18-ter comma 2 ord. penit. si esclude espressamente ogni forma di controllo sulla corrispondenza indirizzata, tra l'altro, a «organismi internazionali amministrativi o giudiziari preposti alla tutela dei diritti dell'uomo di cui l'Italia fa parte».

Il controllo operato sulla corrispondenza inviata alla Corte europea costituisce dunque una palese violazione dell'art. 18-ter ord. penit., tanto più poi che non potevano sorgere fraintendimenti sul destinatario delle lettere, essendo quest'ultimo chiaramente indicato sulla busta.

Viene più volte evidenziato il riferimento alla nuova disciplina, quasi a voler sottolineare - seppur tra le righe - la scarsa preparazione e professionalità degli operatori penitenziari e dell'autorità giudiziaria che aveva autorizzato il visto di controllo.

Peraltro la Corte ha escluso la sussistenza di un danno sia materiale sia morale, ritenendo che la dichiarazione della violazione di per sé possa costituire una forma riparatoria sufficiente.

Quanto poi alle altre violazioni lamentate dal ricorrente, in particolare quella dell'art. 6 § 1 Cedu, perché il sistema italiano non prevederebbe un effettivo e tempestivo mezzo di impugnazione avverso il decreto ministeriale di adozione del regime differenziato, vengono ritenute non sussistenti.

Corte eur. dir. uomo, 13 aprile 2010, Trabelsi c. Italia, n. 50163/08

ESPULSIONE - VIOLAZIONE ART. 3 CEDU - SUSSISTENZA - VIOLAZIONE ART. 34 CEDU - SUSSISTENZA

Il ricorso ha per oggetto una procedura di espulsione di un cittadino tunisino con regolare permesso di soggiorno in Italia, condannato nel 2006 in Italia - quale membro di una organizzazione di integralisti islamici e per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina - alla pena di anni 10 e mesi 6 di reclusione (poi ridotta in appello, essendo stato prosciolto per la seconda imputazione), a cui sarebbe seguita ai sensi dell'art. 235 c.p. l'espulsione dal territorio italiano. Nel 2005 era intervenuta una sentenza di condanna a 10 anni di reclusione emessa in contumacia da un tribunale militare tunisino per appartenenza a organizzazione terroristica in tempo di pace.

Nel 2008 veniva rigettata la domanda di asilo dalla Commissione per i rifugiati di Milano, che tuttavia riconosceva l'opportunità di concedere un permesso di soggiorno speciale per ragioni umanitarie, alla luce della decisione della Corte europea del 18 novembre 2008.

Nel frattempo, a fronte della presentazione del ricorso avanti la Corte europea, questa indicava all'Italia di non procedere all'espulsione, senonché pochi giorni dopo, essendo stato adottato dal Ministero dell'interno italiano il relativo provvedimento seguito da provvedimento del magistrato di sorveglianza competente, il ricorrente veniva condotto in un centro di detenzione temporanea ai fini della espulsione, e poi espulso il 13 dicembre 2008.

In Tunisia il ricorrente è stato sottoposto a fermo nel quadro di un procedimento per costituzione di organizzazione criminale, successivamente rinviato davanti al giudice istruttore, godendo di tutte le garanzie previste dalla legislazione tunisina.

Per quanto concerne la violazione dell'art. 3 Cedu, la Corte, riprendendo le argomentazioni ampiamente svolte nel caso Saadi c. Italia³, fondate sulla presenza di testi internazionali e di visite effettuate dalla Croce Rossa Internazionale comprovanti casi di

³ Cfr. Corte eur. dir. uomo 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia n° 37201/06

tortura e di maltrattamenti in Tunisia, evidenzia il rischio concreto che il ricorrente possa essere sottoposto in quel Paese a trattamenti contrari all'art. 3 Cedu; rischio che deve essere valutato anche alla luce delle assicurazioni offerte dalla Tunisia in ordine al rispetto delle Convenzioni Internazionali perché se è pur vero che tali convenzioni sono note alla Tunisia, questo fatto non è di per se stesso sufficiente a offrire tutela adeguata, dovendosi procedere ad un accertamento in concreto della situazione in Tunisia. Una serie di elementi, tra cui ad esempio la scarsa collaborazione delle autorità tunisine, l'impossibilità per il difensore di vedere il proprio assistito ricorrente avanti la Corte europea, l'impossibilità per l'ambasciatore italiano di effettuare visite nelle carceri tunisine, i rapporti di Amnesty International, hanno indotto la Corte a ritenere che l'espulsione costituisca violazione dell'art. 3 Cedu.

Quanto poi alla violazione dell'art. 8 Cedu, la Corte ha ritenuto questo profilo assorbito dalla violazione dell'art. 3.

Per quel che concerne la violazione dell'art. 34 Cedu, per non aver l'Italia adottato misure provvisorie di cautela ai sensi dell'art. 39 Cedu, si ricorda che tali misure sono dirette, in via del tutto eccezionale, a garantire la posizione delle parti ricorrenti nella pendenza del ricorso avanti la Corte, e che dunque la mancata ottemperanza da parte dello Stato pone a rischio il diritto fatto valere con il ricorso individuale. Nel caso all'esame, l'espulsione operata dall'Italia ha compromesso gravemente i diritti del ricorrente, dato che l'eventuale riconoscimento della violazione verrebbe vanificato, non avendo la Tunisia ratificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Così che è agevole per la Corte concludere per la violazione dell'art. 34 Cedu, tanto più che l'Italia non aveva chiesto al momento dell'espulsione la revoca delle misure.

In questo caso la Corte non ha ritenuto sufficiente riparazione la declaratoria delle violazioni, ma ha provveduto a quantificare il danno subito nella misura di 15.000 euro.

La decisione in esame riveste un'indubbia valenza, da un lato perché riafferma principi già espressi in altre pronunce, e, dall'altro, soprattutto perché richiama l'attenzione sulle procedure di espulsione, cui il nostro Paese sembra voler ricorrere in misura sempre più ampia, esigendo il rispetto degli adempimenti procedurali e soprattutto dei valori espressi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.



RECENSIONE
A CURA DI GIUSEPPE DI GENNARO

Salvatore Aleo
Diritto Penale Parte Generale
Seconda Edizione
CEDAM
Padova 2010

Nel presentare la prima edizione del suo 'Diritto Penale' Salvatore Aleo aveva affermato che "i libri universitari non devono essere facili: devono essere chiari".

Questa nuova edizione conferma che egli non solo si è fermamente attenuto a questo principio ma che è riuscito anche a procedere oltre nella chiarezza espositiva di una materia, complessa per sua natura, al punto da renderne lieve e piacevole la lettura.

Va, tuttavia, notato che parlare di 'libro universitario' in questo caso sarebbe riduttivo. Infatti, mentre non vi è dubbio che la fluidità dell'esposizione, l'ordinata presentazione degli argomenti e l'analisi critica dei contenuti fanno pensare al libro universitario è anche vero che l'originalità del pensiero dell'Autore, la sua capacità di guardare da prospettive nuove ad antichi istituti attribuiscono all'opera un valore aggiunto tale da renderla di grande interesse per gli studiosi della materia e per i colti operatori del diritto.

Nel campo del diritto penale continuano ad apparire pubblicazioni con ritmo ed estensione crescenti. Questo incessante e copioso materiale viene comunemente ascritto alla 'scienza penale'. Quando, però, si ha la fortuna di imbattersi in edizioni del pregio di quella che qui si recensisce ci si rende, allora, maggiormente conto che l'intera produzione va distinta in due aree.

All'una vanno assegnati gli scritti che limitano il loro oggetto al diritto positivo, all'altra vanno ascritte le opere che pur vertendo sul dettato della legge in vigore ne ricercano le ispirazioni e le ragioni e ne misurano la congruità e il valore con mezzi di analisi e di indagine che vanno oltre la strumentazione offerta dalla tradizionale esegesi giuridica attingendo ad altre categorie del sapere e, in particolare, alle cosiddette scienze dell'uomo.

Solo con riguardo a quest'area può propriamente parlarsi di 'scienza penale'. Attributo che il presente volume merita a pieno titolo.



Salvatore Aleo, che ha dedicato se stesso alla cattedra e all'insegnamento, ha il dono, che quest'opera conferma, di avvincere il lettore e di guidarlo, passo passo, attraverso i percorsi ardui del suo pensiero fino a penetrare a fondo i temi del diritto penale sui quali enuncia, senza ambiguità, la sua posizione.

Il cammino che egli percorre su questi itinerari non procede con disinvolta sicurezza ma avanza con cautela mettendo continuamente a confronto la propria opinione con quella degli studiosi che hanno più significativamente contribuito all'analisi e alla comprensione dei temi di cui tratta.

Le numerose citazioni di autorevoli maestri del passato e di accreditati studiosi di altri Paesi attualizzano un confronto fra opinioni diverse o soccorrono a conferma delle tesi dell'Autore suscitando l'impressione di trovarsi al centro di un dibattito attuale fra dotti.

La stesura del libro, ad iniziare dal terzo capitolo, segue l'andamento del codice vigente rispondendo, in tal modo, ad una esigenza di logica sistematica e agevolando gli studenti a seguire l'esposizione in contemporanea con la lettura del codice stesso.

Non è questa la sede per passare in rassegna l'intera opera ma non si può fare a meno di soffermarsi su un capitolo che ne mette in evidenza il suo carattere distintivo.

Si tratta del capitolo primo che va ben oltre il portato di una semplice 'introduzione', come modestamente enuncia il suo titolo.

In esso si affronta l'argomento, apparentemente semplice, della definizione del diritto penale sostanziale, in un quadro d'insieme multidisciplinare di cui entrano a far parte il diritto processuale, il diritto penitenziario, la penologia, la criminologia, la politica criminale e la vittimologia. Si discutono, poi, i concetti fondamentali della pena, della norma penale e della funzione propria della legge penale.

Concisa e puntuale segue la narrazione della storia della pena dalle originarie forme di reazione vendicativa attraverso un tempo di circa quattro millenni che ha inizio con il codice di Hammurabi per giungere, attraversando l'epoca romana e il seguente medio evo, fino all'era moderna. Vengono allora alla ribalta la cultura illuministica e la scuola classica in un confronto in cui si contrappongono le teorie assolute e le teorie relative alla ricerca di una giustificazione del diritto di punire.

Prima di pervenire alla fine del viaggio, dove è tuttora attestato il codice Rocco, Salvatore Aleo espone la posizione e l'influenza della scuola positiva, merito e vanto di pensatori italiani, per allargare, poi, lo sguardo al di là dell'Atlantico, negli Stati Uniti.

I criminologi conoscono bene il fiorire degli studi criminologici in America nel tempo in cui da noi l'interesse al riguardo era soffocato dal regime fascista. Questa realtà è stata viceversa ignorata dai penalisti a cui è, perlopiù, sfuggita l'influenza dell'indagine criminologica sulle concezioni penalistiche. E' motivo, quindi, di grande soddisfazione constatare che il Diritto Penale di Aleo non è affetto dalla denunciata miopia. L'Autore appare bene informato e consapevole come si evince dalla sua rassegna delle conquiste delle più importanti scuole criminologiche statunitensi e dalla sua capacità di cogliere il confluire di certe concezioni criminologiche verso la deriva della 'sociologia della devianza' da cui si sono generati i concetti di 'stigma', 'labelling' e di 'asylum' (etichettamento e istituzione totale).

È in questo capitolo che con maggiore evidenza si manifesta non solo l'acutezza intellettuale dell'Autore ma anche la vastità della sua cultura che gli consente di trattare gli argomenti propri del diritto penale con il corredo di conoscenze e riflessioni che trascendono la convenzionale competenza del giurista.

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

La collaborazione è aperta agli studiosi ed esperti di ogni indirizzo e Paese. Sulla pubblicazione di scritti e contributi originali (forniti su supporto informatico in Word e copia cartacea conforme) che, anche se non pubblicati, non saranno restituiti, decide il Comitato di Direzione.

I contributi dovranno contenere nell'ordine: Titolo; Nome (per esteso) e Cognome degli Autori; Qualifica e/o Ente di appartenenza; Sommario comprensivo dei titoli dei paragrafi; Testo con note; Bibliografia.

Per finalità interne alla Redazione, si invitano inoltre gli Autori a fornire un recapito telefonico, postale e di posta elettronica.

N.B. Per la compilazione degli articoli, delle note e dei riassunti si consiglia di attenersi alle seguenti norme:

a) le indicazioni bibliografiche nelle note comprenderanno, nell'ordine suggerito e separate da virgole, le seguenti informazioni:

Autore (Iniziale del nome + Cognome), Titolo ed eventuale Sottotitolo (in corsivo), Luogo di edizione, Casa editrice, Anno di pubblicazione, Pagina/e di riferimento.

Es. : T. Padovani, *L'utopia punitiva*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 66

b) Per opere citate in una nota non immediatamente precedente sarà ripetuto il Cognome dell'Autore e il titolo, seguiti dall'abbreviazione "cit." in tondo, e dal nuovo riferimento alla pagina.

Es. : Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., pp. 68-80

c) Se di un Autore è citata sempre la stessa opera, si può ripetere solo il Cognome seguito dall'abbreviazione "*op. cit.*" in corsivo, che sostituisce anche il titolo.

Es.: Padovani, *op. cit.*, p. 70

d) Se un'opera è stata citata nella nota appena precedente, tutti i dati bibliografici che rimangono inalterati possono essere sostituiti dall'abbreviazione "*ibid.*" in corsivo, seguita dai nuovi riferimenti (pagina/e, volume, etc.).

e) Le citazioni di articoli da riviste porteranno in corsivo sia il titolo dell'articolo sia della testata, separati dalla dizione "in" e seguiti dai dati identificativi del fascicolo. La stessa formula si adatterà per la citazione di testi pubblicati in volumi collettivi, per i quali si eviterà - ovunque possibile - l'indicazione AA.VV. (Autori Vari).

Es.: S. Tigano, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, X, 2-2006

f) Per la Bibliografia finale si seguirà lo stesso criterio di citazione descritto sub a), ordinando l'elenco per l'ordine alfabetico dei Cognomi e citando i Nomi possibilmente per esteso.

Inoltre:

Le parole straniere saranno in corsivo; si userà il segno " " (doppi apici) sia per le citazioni, sia per termini di particolare evidenza.

Eventuali note esplicative o discorsive saranno poste a piè di pagina.

La lunghezza consigliata degli elaborati corrisponde a circa 25 cartelle dattiloscritte (30 righe x 70 caratteri).

La Rassegna penitenziaria e criminologica è consultabile in internet all'indirizzo www.rassegnapenitenziaria.it

Finito di stampare nel marzo 2012

Stampa a cura del



Il Profumo delle Parole

presso la Casa Circondariale di Bologna