



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DELL' INSUBRIA  
Facoltà di Giurisprudenza  
Dottorato in Storia e Dottrina delle Istituzioni  
XXII° ciclo

**Funzione e ruolo nel sistema penale  
del processo per reati sessuali:  
luci e ombre dopo la legge n. 38/2009**

Relatore: Chiar.ma Prof. ssa Francesca RUGGIERI

Tutore: Chiar.ma Prof. ssa Francesca RUGGIERI

Tesi di dottorato di:  
Marta DONISELLI  
Matr. n. 606624

Anno Accademico 2009/2010

*A mia madre,  
grande donna prima che grande mamma,  
per averci sempre creduto.*

# **Indice**

## **Premessa**

1. Metodologia della ricerca .....p. 1
2. Cronistoria delle modifiche intervenute in materia di reati sessuali: un legislatore sempre più “severo” .....p. 4

## **Capitolo 1**

**La funzione del processo penale fra costruzioni dogmatiche e prassi applicative: dal tradizionale binomio “sicurezza versus garanzie” all’emergere di nuove istanze di tutela a favore della vittima.**

1. La funzione del processo penale .....p. 11
  - 1.1. Il processo penale quale strumento di repressione e luogo di garanzie: la necessaria complementarietà delle contrapposte costruzioni dogmatiche.....p. 12
  - 1.2. La *ratio* del processo nella giurisprudenza costituzionale: la ricerca della verità fra inosservanza e rispetto dei principi del sistema accusatorio.....p. 17
2. Scopo del processo e ruolo della vittima: verso una nuova funzione del processo?.....p. 23

2.1. La tutela della vittima nel processo: accusa privata, accusa adesiva e nuove fonti nazionali e internazionali.....	p. 25
2.2. La tutela della vittima dal processo: i rimedi processuali contro la c.d. vittimizzazione secondaria.....	p. 30
2.3 La tutela della vittima oltre il processo: l'insufficienza della repressione penale.....	p. 33

## **Capitolo 2**

### **Il processo per reati sessuali prima dell'entrata in vigore della legge n. 38/2009: il difficile bilanciamento fra tutela del minore, esigenze di accertamento e garanzie dell'imputato.**

1. Il minore, vittima e testimone, fra necessità di accertamento e tutela della personalità fragile: le valide ragioni della disciplina derogatoria alle norme sull'assunzione della testimonianza nel processo penale.....	p. 39
1.1. Ricordo e ascolto del minore: aspetti problematici	
1.1.1. I fattori che incidono sulla capacità di ricordare del minore: cause emotive e limiti fisiologici.....	p. 41
1.1.2. Gli errori nell'intervista del minore abusato.....	p. 46
1.1.3. Segue: ... e le tecniche per evitarli.....	p. 51
1.2. Il processo "al servizio" del minore abusato: centralità legislativa dei diritti del minore e marginalizzazione giurisprudenziale delle garanzie dell'imputato.....	p. 61

- 1.2.1. L'assistenza affettiva e psicologica ex art. 609-decies c.p.....p. 61
- 1.2.2. Segue: ... e l'assistenza tecnica.....p. 65
- 1.2.3 Le deroghe al regime ordinario della testimonianza previste per il minore.....p. 68
- 1.2.4. La disciplina derogatoria di matrice giurisprudenziale.....p. 83

## 2. Esigenze di accertamento, ridimensionamento delle garanzie dell'imputato e inasprimento della risposta sanzionatoria: i primi segnali dell'estensione ai delitti sessuali del c.d. "doppio binario" previsto per la criminalità organizzata.

### 2.1. Il processo come lotta alla criminalità sessuale in rete: l'ampliamento dei poteri di indagine grazie ai nuovi strumenti investigativi.....p. 87

- 2.1.1. Il nuovo volto delle intercettazioni e degli altri tradizionali mezzi di ricerca della prova nelle indagini contro la *pedopornografia on line*.....p. 88

- 2.1.2. Le attività di contrasto previste dall'art. 14 l. 269/1998: incertezze sulle condotte tipizzate e sforzi "garantistici".....p. 98

- 2.1.2.1 Il conflitto tra processo in funzione preventiva e il processo a scopo di accertamento: i profili di incompatibilità dell'"agire provocatorio" con le garanzie difensive dell'indagato.....p. 106

- 2.1.3. Gli (analoghi) orientamenti nelle fonti internazionali.....p. 112

### 2.2. Il processo "mediatico" a tutela delle esigenze di prevenzione generale nella legge n. 38/2006: il contenimento dell'allarme sociale attraverso l'inaccessibilità per il reo ai "rimedi" premiali.....p. 121

2.2.1 Il divieto di applicazione della pena su richiesta delle parti.....p. 122

2.2.2 La modifica dell'art. 4 – bis ord. pen.....p. 127

3. Prevenzione generale e accertamento delle patologie sessualmente trasmissibili: le dubbie finalità del ricorso alla perizia per accertare le condizioni di salute dell'imputato.

3.1. I problemi di compatibilità della perizia prevista dall'art. 16 l. n. 66/1996 con i principi costituzionali.....p. 135

3.2. Le incerte finalità della norma non risolvono i dubbi di legittimità costituzionale.....p. 141

### **Capitolo 3**

#### **Il processo penale con funzione di prevenzione generale: il caso emblematico dell'accertamento dei reati sessuali dopo la legge n. 38/2009**

1. Il rafforzamento della prevenzione generale nella nuova disciplina dei reati sessuali: le novità “inquisitorie” della fase delle indagini.

1.1. La custodia cautelare in carcere obbligatoria per i *sex offenders*.....p. 145

1.2. L'ampliamento dei casi di arresto in flagranza e il consequenziale ricorso ai riti speciali non premiali.....p. 156

1.3. Una nuova modalità di restrizione della libertà in via cautelare: il divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla persona offesa.....p. 166

2 La tutela della vittima nel processo come strumento di difesa sociale finalizzata alla “repressione” del reo.....p. 171

2.1 La trasformazione dell’incidente probatorio: da strumento di tutela dell’offeso infrasedicenne a mezzo derogatorio di accertamento.....p. 173

2.2 Il “carcere duro” per i condannati di delitti sessuali: un giusto trattamento alla luce del principio rieducativo della pena e del ristoro della vittima?.....p. 179

2.3 L’ammissione al gratuito patrocinio dell’offeso: una pericolosa agevolazione di dubbia efficacia.....p. 191

Conclusioni.....p. 199

Bibliografia.....p. 226

# Premessa

## 1. Metodologia della ricerca

I migliori studi sui reati sessuali si devono alla dottrina sostanzialista, che ha analizzato, con forte senso critico, le fattispecie di reato progressivamente introdotte da un legislatore impegnato a creare un sempre maggior numero di incriminazioni e di condotte punibili, in una materia, come quella di cui si tratta, che tipizza delitti odiosissimi in grado di destare grave allarme sociale.<sup>1</sup>

Le modifiche apportate al codice di rito sembrano, invece, essere state trascurate dalla dottrina, che si è limitata ad approfondire i principali istituti chiedendosi, solo in sporadici casi, se tali novità avessero inciso sul ruolo svolto dal processo penale di fronte a tal genere di imputazioni.<sup>2</sup>

Ciò è accaduto nonostante, a partire dalla riforma attuata con la legge n. 66/1996 fino ad arrivare alla recente novella n. 38/2009, il legislatore abbia parimenti modificato tanto la disciplina sostanziale, quanto quella processuale.<sup>3</sup>

La domanda a cui il presente lavoro mira a dare una risposta è quale sia la funzione del processo penale nel caso in cui si proceda per reati lesivi della sfera sessuale.

---

<sup>1</sup> Fra i tanti AA.VV. *I reati sessuali* (a cura di) Coppi, Torino, 2000; FIANDACA G., voce *Violenza Sessuale* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XLVI, 1993; AMBROSINI G., *Le nuove norme sulla violenza sessuale – Legge 15 febbraio 1996 n. 66*, Torino; AMBROSINI G., *Violenza Sessuale* in *Digesto delle discipline penali*, Torino, 1999; BALBI, *Violenza Sessuale* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1998; CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, *Guida al diritto* n.9/2006; CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, *I reati contro la persona. III Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, Torino, 2006; ROMANO B., voce *Pedofilia* in *Digesto delle Discipline Penali*, 2004; PADOVANI E., *Violenza carnale e tutela della libertà* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989; PADOVANI E., BONINI, *L. 3/8/1998 n. 269 Art. 2, La legislazione penale*, n. 1-2, 1999; PADOVANI E., *L. 15/02/1996 n. 66- Norme contro la violenza sessuale* in *La legislazione penale*, n. 3-4/1996.

<sup>2</sup> Un ragionamento, invero isolato, sulla funzione del processo nella materia dei reati sessuali si rinviene in PAPA M., *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale “microsistema di tutela integrata”* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova, 1996, pp. 427 ss, che distingue fra regole derogatorie dirette a soddisfare interessi endoprocessuali (quali, ad esempio, quelle volte alla tutela di diritti fondamentali dell'individuo oppure finalizzate a meglio garantire la fondatezza del procedimento probatorio) e regole asservite ad esigenze extraprocessuali di difesa e controllo sociale.

<sup>3</sup> Sul punto si veda *infra* § 1.2.



A tal fine, si è inteso preliminarmente chiarire che cosa significhi “funzione del processo penale” e come il tema sia stato tradizionalmente affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza.<sup>4</sup>

Ne è emerso un vivace dibattito, strettamente connesso agli obiettivi che il processo intende perseguire, sui rapporti fra diritto sostanziale e diritto processuale; nell’illustrazione delle diverse tesi sul legame fra diritto penale e processo si è voluto dare risalto a quella che meglio interpreta la funzione del processo penale nella delicata materia dei reati sessuali.

L’ esegesi del dato positivo porta, dunque, inevitabilmente ad interrogarsi su quali siano le ragioni che hanno stimolato la creazione di un “processo nel processo” riservato ai c.d. *sexual offenders* e a quali esigenze sia asservita la natura derogatoria che molti istituti processuali hanno assunto attraverso le modifiche intervenute in questo ambito.<sup>5</sup>

Ci si è chiesti se, accanto alle visioni, spesso antitetiche, di matrice dottrinale e giurisprudenziale, si potesse annoverare una nuova e ulteriore funzione del processo, quale luogo di tutela della persona offesa dal reato.<sup>6</sup>

Il ragionamento sulla centralità della vittima nel processo modernamente inteso è stato sollecitato dall’analisi sia delle fonti internazionali, che contengono esplicite indicazioni in tal senso, sia dallo studio della disciplina dei reati sessuali.

Le principali deroghe alla normativa processuale, introdotte con la prima grande riforma della materia (l. n. 66/1996) trovano, infatti, la loro ragione giustificatrice nella tutela della personalità fragile del minore, vittima dell’abuso e chiamato a rendere testimonianza all’interno del processo.<sup>7</sup>

Attraverso lo studio delle novelle legislative, intervenute a plasmare la materia successivamente alla legge n. 66/1996, si è cercato di capire se la disciplina processuale, così modificata, si ponesse obiettivi ulteriori e diversi rispetto alla tutela della vittima, quali quelli di difesa sociale e di tutela della collettività dal delitto, perseguiti attraverso

---

<sup>4</sup> Si veda il capitolo 1 §1.

<sup>5</sup> Parlano di “microsistema” processuale appositamente forgiato per i reati sessuali AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema* in AA.VV. *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003; BELLANTONI G., *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un microsistema in evoluzione* in *Diritto penale e processo* n. 8/2007, pp. 985 ss; PAPA M., *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale “microsistema di tutela integrata”* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova, 1996, pp. 427 ss. *contra* COSTANZO A., *I reati contro la libertà sessuale – Profili sostanziali, probatori e processuali*, Torino, 2008, pp. 259 e ss.

<sup>6</sup> Si veda il capitolo 1 § 2.

<sup>7</sup> Si veda il capitolo 2 § 1.

la compressione delle garanzie attribuite all'indagato/imputato dal dettato costituzionale.

I primi segnali di questa tendenza sono stati colti in alcuni “ritocchi” apportati alla disciplina processuale dalla legge n. 269 del 1998 e dalla legge n. 38 del 2006.<sup>8</sup>

L'attenzione si è poi concentrata sulla recente riforma introdotta dalla legge n. 38 del 2009 che, incidendo più delle precedenti sulla normativa del codice di rito, ha reso maggiormente intellegibile quale funzione il legislatore abbia inteso attualmente attribuire al processo per l'accertamento dei reati sessuali.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Si veda il capitolo 2 § 2.

<sup>9</sup> Si veda il capitolo 3 § 1; § 2.

## **2. Cronistoria delle modifiche intervenute in materia di reati sessuali: un legislatore sempre più “severo”**

Il legislatore è più volte intervenuto, negli ultimi anni, per disciplinare i profili sia sostanziali che processuali della normativa in tema di reati sessuali, attraverso provvedimenti in alcuni casi carenti della sistematicità necessaria, poiché emanati sulla scia emotiva generata dall'allarme sociale che questo tipo di delitti è in grado di creare.

Quattro sono le riforme legislative intervenute in poco più di un decennio:

- la legge 15 febbraio 1996, n. 66 “*Norme contro la violenza sessuale*”;
- la legge 3 agosto 1998, n. 269 “*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*”;
- la legge 6 febbraio 2006, n. 38 “*Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet*”
- la legge 23 aprile 2009, n. 38 “*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.*”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Si aggiunge a questi provvedimenti il disegno di legge 14 luglio 2009 n. 1675 “Disposizioni in materia di violenza sessuale” che introduce all’art. 609-ter 1 la nuova fattispecie di “molestie sessuali”, quale ipotesi residuale di reato, che mira a punire condotte che, pur offendendo la sfera sessuale, non rientrano in alcune delle fattispecie già codificate dal legislatore. Nel disegno di legge si prevede, inoltre, l’aumento della cornice edittale (sei – dodici anni di reclusione, anziché cinque – dieci anni) prevista per il reato di violenza sessuale ai sensi dell’art. 609-bis c.p. Tale reato è inoltre punito con la reclusione da sette a quindici anni in caso di circostanze aggravanti, se il fatto è commesso:

- nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici;
- con l’uso di armi, di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze comunque idonei a ridurre la capacità di determinarsi o a ledere gravemente la salute della persona offesa;
- da persona travisata o che simula la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;
- su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;
- nei confronti di persona della quale il colpevole sia l’ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore;
- nei confronti di donna in stato di gravidanza;
- su persona con disabilità;
- in luoghi di lavoro con abuso di relazioni di ufficio o di prestazione di opera.

Se il fatto è commesso in presenza di due o più delle circostanze aggravanti sopra indicate o in danno di una persona che non ha compiuto gli anni dieci la pena è della reclusione da otto a sedici anni. Vengono inoltre raddoppiati i tempi per il decorso della prescrizione per i reati di violenza sessuale.

La legge n. 66/1996 e la legge n. 269/1998 rappresentano le riforme che più hanno ampliato la tutela della sfera sessuale dell'individuo, inserendo un elevato numero di condotte punibili, sconosciute al codice del 1930.

La legge n. 66/1996 rappresenta il primo importante intervento in materia, finalizzato a modernizzare una disciplina fino a quel momento caratterizzata dagli ormai anacronistici canoni socio-culturali, che avevano condizionato i contenuti del codice Rocco. La sua portata innovativa appare subito chiara: l'art. 1 della legge dispone l'abrogazione della disciplina preesistente. La precedenza assegnata alla disposizione abrogativa, per niente usuale,<sup>11</sup> riveste un preciso significato politico: all'accordo sul testo della legge si è giunti dopo una “gestazione” durata circa vent'anni, in cui l'unico elemento di raccordo fra le varie e contrastanti spinte di riforma fu la consapevolezza che i reati di violenza sessuale dovessero essere concepiti come reati contro la persona e che la tutela della libertà sessuale dovesse essere privata di quella dimensione autoritaria accordatale dal Codice Rocco e non più tollerabile alla luce dei valori difesi dalla Costituzione repubblicana. Il legislatore del 1930 aveva collocato tali tipi di reato nell'ambito dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, collocazione che si spiega considerando la “*sublimazione pubblicistica di tutti gli interessi protetti*”,<sup>12</sup> di cui il codice penale era espressione e che ad essi riconosceva tutela “*in funzione di un preminente interesse riferito allo Stato Etico, in quanto espressivo della totalità dei valori*”<sup>13</sup>.

Fra le più importanti novità della legge n. 66/1996 vi è, secondo la dottrina,<sup>14</sup> la diversa collocazione sistematica delle norme sulla violenza sessuale, trasferite dalla categoria

---

<sup>11</sup> PADOVANI, *L. 15/2/1996 – Norme contro la violenza sessuale*, in *La Legislazione Penale*, anno XVI, n. 3-4, 1996, p. 413

<sup>12</sup> PADOVANI in op. cit. p. 414

<sup>13</sup> Viene spontaneo ricollegare tale ideologia al periodo fascista in cui il Codice Rocco del 1930 si inserisce, anche se, come ricorda PADOVANI in op. cit., ma anche BALBI in *Libertà Sessuale, Enciclopedia del diritto*, Milano p. 558, la collocazione sistematica di tali delitti non risulta nuova nella tradizione giuridica italiana. Si tenga presente che il Codice Zanardelli sistemava tali reati nell'ambito “Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie”.

<sup>14</sup> PADOVANI in op. cit. p. 415, AMBROSINI, *Violenza sessuale* in *Digesto delle discipline penali* 1999 p. 287 e ss, PISA in *Le nuove norme contro la violenza sessuale in Diritto penale e processo* n. 3/1996, ANTOLISEI *Manuale di diritto penale, parte speciale I*, p. 526, Milano. E' da sottolineare, però, la tesi del FIANDACA- *Violenza sessuale* in *Enciclopedia del diritto* vol. XLVI, p. 954- che ne riduce la portata innovativa affermando che “*un simile inquadramento sistematico, mentre non aggiunge nulla di veramente nuovo rispetto alla più corretta ricostruzione tecnica del diritto vigente, può semmai avere una valenza innovativa solo in una prospettiva pedagogica, cioè per segnalare ai consociati che la stessa legge penale concepisce la violenza sessuale, più che come un'offesa a una presunta morale pubblica, come una vera e propria aggressione alla persona umana.*”

dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume alla categoria dei delitti contro la persona. Con la riforma del 1996 la sfera della sessualità cessa, così, di appartenere al generico patrimonio collettivo della moralità affermandosi come diritto della persona umana, la cui disponibilità spetta esclusivamente al soggetto che ne è titolare.<sup>15</sup>

La riforma, abrogando la maggior parte delle fattispecie preesistenti<sup>16</sup>, introduce nel codice penale i nuovi reati di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.);<sup>17</sup> atti sessuali con minorenni (art. 609-quater c.p.); corruzione di minorenni (art. 609-quinquies c.p.); violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.), determina le condizioni di procedibilità (art. 609 – septies c.p.) e gli effetti penale della condanna (art. 609-nonies c.p.) per questi tipi di reati. Ai sensi dell'art. 609-decies c.p., viene assicurata al minore offeso, *“in ogni stato e grado del procedimento”*, l'assistenza affettiva e psicologica, grazie alla *“presenza dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minorenni”* e dei servizi minorili.

Oltre che sulla normativa sostanziale, la legge n. 66/1996, volta alla tutela del minore infrasedicenne coinvolto, a vario titolo, nella vicenda processuale originata dall'abuso,

---

<sup>15</sup> FIANDACA in op. cit. p. 953.

<sup>16</sup> L'art. 1 ha integralmente abrogato il cap. I del titolo IX del libro secondo del codice penale che comprendeva i seguenti delitti: violenza carnale (art. 519), congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale (art. 520), atti di libidine violenti (art. 521), ratto a fine di matrimonio (art. 522), ratto a fine di libidine (art. 523), ratto di persona minore degli anni quattordici o inferma, a fine di libidine o di matrimonio (art. 524), seduzione con promessa di matrimonio (art. 526). Abrogato risulta anche l'art. 525, che contemplava alcune circostanze attenuanti relative ai reati di cui agli art. da 522 a 524. Sono stati abrogati anche gli artt. 530 (corruzione di minorenni), 539 (età della persona offesa), 541 (pene accessorie ed altri effetti penali), 542(querela della persona offesa), 543 (diritto di querela). Un *“autentico terremoto”* al quale sono sopravvissute solo le fattispecie di atti osceni (art. 527), di pubblicazione e spettacoli osceni ( art. 528), la nozione di atti e oggetti osceni (art. 529), la punibilità di fatti commessi da cittadini in territorio estero (art. 537), le misure di sicurezza per i delitti in materia di prostituzione (art. 538) e la disciplina del rapporto di parentela agli effetti della legge penale (art. 540), attualmente classificate dal codice penale nei delitti contro la moralità sessuale.

<sup>17</sup> L'art. 609-bis c.p. unifica in una sola figura criminosa, denominata *“violenza sessuale”*, di fattispecie prima distinte in violenza carnale, congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale, atti di libidine violenti e, parzialmente, corruzione di minorenni. Pregio indiscusso di tale unificazione è, senz'altro, quello di rendere evitabili indagini troppo minuziose sul concreto svolgimento della violenza, che si sarebbero tradotte inevitabilmente in una nuova umiliazione per la vittima e in domande imbarazzanti per i giudici e per il pubblico ministero. Tale finalità era stata ribadita anche in sede di lavori parlamentari, i quali avevano posto in evidenza la necessità di *“consentire una maggior salvaguardia della riservatezza e del senso di pudore della vittima contro domande mortificanti e vittimizanti, sulla consistenza e modalità esecutiva dell'atto sessuale violentemente subito.”*( così MANTOVANI, *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma* in *I delitti sessuali* 1988, pp. 268-269); FIANDACA in *Voce Violenza sessuale* in *Enciclopedia del diritto* vol. XLVI, p. 954 ricollega a tale unificazione altri due scopi: da una parte essa permette di superare le incertezze interpretative che si erano profilate nella distinzione fra congiunzione carnale e atti di libidine, dall'altra pone in essere una più moderna concezione di violenza sessuale in cui la fattispecie criminosa si concentra sull'offesa comunque arrecata all'autodeterminazione della persona, considerando secondarie le concrete modalità di estrinsecazione della violenza.

incide anche sul codice di rito, estendendo i casi di incidente probatorio ai nuovi reati di violenza sessuale semplice e aggravata, monosoggettiva e plurisoggettiva, atti sessuali con minorenne e corruzione di minorenne.

Il legislatore del 1996 riserva le maggiori cautele poste a tutela dell'offeso all'assunzione della testimonianza, che può essere resa secondo le modalità dell'audizione protetta, nel caso in cui sia un minore di anni sedici a deporre in sede di incidente probatorio; il dibattimento, inoltre, si svolge a porte chiuse, sempre nel caso in cui l'offeso sia minorenne, a richiesta di quest'ultimo, invece, nel caso in cui si tratti di un maggiorenne.

Successivamente, il legislatore del 1998 amplia la sfera di applicazione delle norme processuali derogatorie poste a tutela del minore infrasedicenne e del testimone, persona offesa dal reato, già previste dalla legge del 1996, estendendole ai nuovi reati lesivi della sfera sessuale introdotti *ex novo* dalla legge n. 269/1998,<sup>18</sup> consente di sentire il teste secondo le modalità di audizione protetta anche in dibattimento (art. 498 comma 4-bis c.p.p.; art. 498 comma 4-ter c.p.p.),<sup>19</sup> aumenta le ipotesi in cui l'autorità inquirente può procedere all'arresto obbligatorio in flagranza<sup>20</sup> e alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.<sup>21</sup>

Benchè non inserita nel codice di rito, fra le disposizioni processuali più rilevanti introdotte con la legge n. 269/1998, vi è certamente l'art. 14 che ammette, nelle indagini per reati sessuali, lo svolgimento di attività di contrasto attraverso la figura del c.d. agente provocatore, fino a quel momento prevista solo nelle indagini per reati in materia di stupefacenti e di criminalità organizzata di stampo mafioso.

---

<sup>18</sup> La legge n. 269/1998 introduce, attraverso l'inserimento, dopo l'art. 600 c.p., degli articoli da 600-bis a 600 – septies c.p., le nuove fattispecie di prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile.

<sup>19</sup> Le modalità di assunzione della testimonianza del minore, che si trovi a deporre in dibattimento, vengono introdotte dal legislatore del 1998, attraverso il richiamo all'audizione protetta già prevista per l'assunzione della testimonianza in incidente probatorio (art. 398 comma 5-bis c.p.p.) e mediante l'inserimento all'art. 498 c.p.p. del comma 4-ter, secondo cui: *“quando si procede per i reati di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale, l'esame del minore vittima di reato viene effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico.”*

<sup>20</sup> Le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza vengono estese al *“delitto di prostituzione minorile previsto dall'articolo 600-bis, primo comma, delitto di pornografia minorile previsto dall'articolo 600-ter commi primo e secondo e delitto di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile previsto dall'articolo 600-quinquies.”*

<sup>21</sup> Attraverso l'inserimento della lettera f – bis) al secondo comma dell'art. 266 c.p.p. le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni sono ammesse anche al caso in cui si proceda per il delitti di pornografia minorile previsto dall'art. 600-ter comma 3 c.p.

Le prime chiare avvisaglie del mutamento della funzione del processo per reati sessuali, da sistema derogatorio a tutela della fragile personalità del minore abusato a strumento di difesa della collettività dal delitto, si hanno con la legge n. 38/2006.

Oltre alle novità apportate alla disciplina sostanziale in materia, volte ad irrigidire il trattamento sanzionatorio riservato ai *sexual offenders*<sup>22</sup>, sono le modifiche in campo processuale ad essere maggiormente significative in tal senso.

Viene escluso il patteggiamento c.d. allargato per reati sessuali attraverso la modifica dell'art. 444 comma 1-bis c.p.p.,<sup>23</sup> le intercettazioni di comunicazione e conversazioni vengono estese anche all'ipotesi in cui il materiale pedopornografico sia di tipo "virtuale"; è ampliato il ventaglio dei reati di fronte ai quali è ammesso l'arresto in flagranza, sia obbligatorio<sup>24</sup> che facoltativo.<sup>25</sup> Il legislatore del 2006 incide anche sulla fase esecutiva: modificando l'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario, limita l'accesso ai benefici penitenziari per i condannati per i delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile, corruzione di minorenni, violenza sessuale semplice e aggravata, atti sessuali con minorenni e violenza sessuale di gruppo, subordinandolo alla prova dell'inesistenza "*di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva*".

La legge n. 38/2009, che ha convertito con modificazioni il decreto legge n. 11/2009, è emblematica della tendenza legislativa ad utilizzare il processo quale strumento per placare l'allarme sociale generato dai reati sessuali. A differenza di quanto avvenuto nel passato, il legislatore del 2009 si è maggiormente concentrato sulla modifica degli

---

<sup>22</sup> Fra le novità più importanti è opportuno segnalare l'introduzione all'art. 600-quater 1c.p. del nuovo reato di pornografia virtuale. Agli articoli 600-ter c.p. e 600-quater c.p. è previsto un aumento di pena nel caso di materiale di "ingente quantità". Viene, inoltre, aggiunta all'art. 609-quater c.p. un'ipotesi residuale che punisce con la reclusione da tre a sei anni l'ascendente, il genitore, anche adottivo o il di lui convivente, o il tutore che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con il minore infrasedicenne, ponendo in essere una condotta diversa da quella punita dall'art. 609-bis c.p. Le pene accessorie e degli altri effetti penali della condanna previsti dall'art. 609-nonies c.p. conseguono, in base alle modifiche apportate dalla legge n. 38/2006 anche alla sentenza di patteggiamento.

<sup>23</sup> E' vietato l'accesso al c.d. patteggiamento allargato agli imputati in "*procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, primo e terzo comma, 600-quater, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater 1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, nonché 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale.*"

<sup>24</sup> L'arresto obbligatorio in flagranza è previsto anche nel caso in cui il reato di pornografia minorile riguarda il "*materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater. 1.*"

<sup>25</sup> All'art. 381 comma 2 c.p.p. viene inserita la nuova lettera l-bis). L'arresto facoltativo in flagranza viene quindi consentito anche per il reato di "*offerta, cessione o detenzione di materiale pornografico previste dagli articoli 600-ter, quarto comma, e 600-quater del codice penale, anche se relative al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1 del medesimo codice.*"

istituti processuali, limitandosi ad introdurre, per quanto concerne le novità in ambito sostanziale, la nuova fattispecie di atti persecutori, disciplinata dall'art. 612-bis c.p.

In ambito processuale viene introdotta:

- la presunzione assoluta di adeguatezza della misura più afflittiva, rappresentata dalla custodia cautelare in carcere, per gli indagati, a carico dei quali vi siano gravi indizi di colpevolezza, per i delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale, monosoggettiva e plurisoggettiva, e atti sessuali con minorenni;
- la nuova misura cautelare coercitiva del divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla persona offesa;
- la nuova ipotesi di arresto in flagranza obbligatorio per il delitto di violenza sessuale semplice (esclusa la fattispecie attenuata di cui all'art. 609-bis comma 3 c.p.p.) e di gruppo ex art. 609-octies c.p. e il susseguente aumento della definizione del procedimento attraverso riti speciali non premiali;
- l'estensione dell'incidente probatorio all'assunzione della testimonianza del minore di diciotto anni, anche non offeso dal reato, e della persona offesa maggiorenne;
- l'accesso al gratuito patrocinio per l'offeso dal reato, indipendentemente dalle sue condizioni reddituali;
- la limitazione all'accesso ai benefici penitenziari che viene subordinato, per i condannati per i delitti di violenza sessuale semplice e aggravata, monosoggettiva e plurisoggettiva, e di atti sessuali con minorenni, non solo all'insussistenza di legami con la criminalità organizzata, ma anche all'esito positivo dell'osservazione scientifica della personalità condotta in carcere per almeno un anno.

La recente novella, quindi, lasciando pressoché inalterata la disciplina dibattimentale in materia incide, in maniera rilevante, sulla fase delle indagini preliminari e su quella esecutiva, apportandovi una serie di modifiche che, sprezzanti dei principi costituzionali della presunzione di innocenza e del fine rieducativo della pena, marginalizzano le



garanzie processuali che, secondo il dettato costituzionale, dovrebbero assistere l'indagato/imputato.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Per un approfondimento delle novità processuali introdotte dalla legge n. 38/2009 si veda il capitolo 3, § 1; § 2.

## Capitolo 1

# **La funzione del processo penale fra costruzioni dogmatiche e prassi applicative: dal tradizionale binomio “sicurezza versus garanzie” all’emergere di nuove istanze di tutela a favore della vittima.**

### **1. La funzione del processo penale**

Interrogarsi sulla funzione del processo penale significa riflettere su quali siano gli scopi che esso intende perseguire.

La dottrina processuale ha affrontato il tema da diverse prospettive, studiando il processo sia in relazione alla forma di Stato nella quale esso è radicato e con cui conserva un innegabile legame politico,<sup>1</sup> sia con riferimento ai rapporti che intercorrono fra il diritto processuale e il diritto sostanziale, sia con riguardo ai soggetti coinvolti nella vicenda processuale.

L’evolversi della disciplina, dal 1930 ad oggi, ha mostrato la nascita, all’interno del processo penale, di una serie di microsistemi caratterizzati da regole processuali peculiari, derogatorie rispetto a quelle generali, e preordinate a determinati scopi.<sup>2</sup> Fra tali microsistemi, si rinviene quello costituito dalla normativa processuale applicabile ai

---

<sup>1</sup> Così TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, p. 3 secondo cui “*ad un regime totalitario corrisponde un processo penale nel quale la difesa della società prevale su quella dell’imputato e viceversa ad un regime garantista corrisponde un sistema processuale che dà all’imputato una tutela prevalente rispetto alla difesa della società*”.

<sup>2</sup> Così anche PAPA M. *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale “microsistema di tutela integrata”* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, ( a cura di ) CADOPPI A., 1996, p.428 secondo cui “*i complessi legislativi speciali ed interdisciplinari, raccogliendo gruppi di norme accomunate quasi esclusivamente da meri nessi funzionali, propongono piuttosto modelli di sistematicità fortemente condizionati dall’idea dello scopo*”

procedimenti instauratisi a seguito del compimento di reati che ledono la sfera sessuale dell'individuo.<sup>3</sup>

Illustrare quali sono le diverse funzioni a cui il processo penale può assolvere, corrisponde all'esigenza di chiarire quale è il ruolo, fra i tanti possibili, che esso riveste nell'accertamento dei delitti sessuali.

### **1.1. Il processo penale quale strumento di repressione e luogo di garanzie: la necessaria complementarietà delle contrapposte costruzioni dogmatiche.**

Pur ammettendo la difficoltà di ridurre il processo penale ad un'unica funzione, la dottrina ha individuato, con notevole sforzo classificatorio, due funzioni prevalenti e antitetiche del processo.

L'orientamento più risalente identifica la giurisdizione penale con la procedura ovvero concepisce il diritto processuale quale via attraverso cui giungere all'attuazione del diritto penale sostanziale: l'elemento caratterizzante del rito è la sua tensione dinamica verso l'applicazione della legge e la susseguente esecuzione della pena.

Il processo penale ha, in tale costruzione dogmatica, funzione di difesa sociale: il rito è un mezzo di tutela della collettività dal delitto e la repressione rappresenta la ragion d'essere della giurisdizione.

Tale teoria individua tre momenti, attraverso i quali viene attuato e mantenuto l'ordine sociale, costituiti:

- dalla minaccia della sanzione nei confronti di chi ponga in pericolo o leda beni giuridici;
- dalla susseguente condanna del responsabile della trasgressione del precetto;
- dalla concreta esecuzione della pena, attraverso cui si ricompone l'ordine violato.<sup>4</sup>

Secondo questa visione, la procedura assolve ad una funzione strumentale, servendo alle *“istanze di difesa sociale di cui il diritto sostanziale si fa sollecito interprete, a fronte di particolari fenomeni criminali”*.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> I primi “microsistemi” a trovare cittadinanza all'interno del codice di rito sono quelli, come si vedrà nel corso della trattazione, creati per reprimere la criminalità organizzata e il terrorismo.

<sup>4</sup> DALIA A.A. –PIERRO G., Voce “Giurisdizione Penale” in *Enciclopedia del Diritto Treccani*, p. 3

L'identificazione della funzione del processo con logiche di controllo sociale è tipica dei regimi autoritari, in cui il processo diviene luogo di affermazione delle scelte politiche volute dallo Stato. Il modello processuale che meglio soddisfa questa esigenza è sicuramente il modello inquisitorio, che si caratterizza per la segretezza, la scrittura, l'iniziativa d'ufficio del giudice, anche a livello probatorio, l'inversione dell'onere della prova, poiché grava sull'imputato dimostrare la sua innocenza e la carcerazione preventiva, che è corollario fattuale della presunzione di colpevolezza che domina il sistema.<sup>6</sup>

A questa concezione del processo si contrappone la teoria, più recente, che rivendica l'autonomia del rapporto processuale, considerandolo dotato di una finalità propria, autonoma e primaria, da identificarsi con l'attuazione della giurisdizione penale.<sup>7</sup>

Il processo viene sradicato dalla sostanzialità del rapporto che in esso si svolge, poiché l'attenzione è concentrata sull'attività procedimentale in sé considerata. Il fine ultimo del processo, a cui tutti i suoi atti logicamente concatenati sono protesi, è la sentenza, ovvero l'ottenimento della cosa giudicata a cui il processo naturalmente tende.

L'attività del giudice mira, infatti, a scoprire un fatto passato (il reato) per contrapporvi un fatto futuro (la pena): il giudizio opera per congiungere ciò che è accaduto a ciò che accadrà.<sup>8</sup> Il collegamento dinamico di tutti gli atti che compongono la serie procedimentale verso l'atto finale assolve ad una funzione di garanzia per il soggetto accusato.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> PAPA M. *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale "microsistema di tutela integrata"* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, ( a cura di ) CADOPPI A., 1996, p. 433. CARNELUTTI F., *Cenerentola in Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, pp. 3 e ss. evidenziava l'insufficienza della scienza processuale rispetto a quella penale, da cui scaturiva inevitabilmente una relazione di subordinazione della prima nei confronti della seconda.

<sup>6</sup> DAMASKA M. R. in *I volti della giustizia e del potere – Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 2002, pp. 147 e ss. nell'analisi comparata dei sistemi processuali evidenzia il legame indissolubile fra potere politico e modello processuale e, rifiutandosi di adottare la classificazione che distingue i tipi di processo in inquisitorio ed accusatorio, ritenendola fonte di confusione, ricollega ad uno Stato attivo, ovvero interventista, un processo il cui scopo non è altro che l'attuazione delle scelte politiche imposte dal potere statale.

<sup>7</sup> FOSCHINI G., *Torniamo alla giurisdizione in Tornare alla giurisdizione – Saggi critici*, Milano, 1971, pp. 3 e ss, che rifiuta la concezione del processo "inteso quale strumento per l'applicazione della legge ad una realtà di fatto, estranea al diritto, alla quale il diritto verrebbe imposto coattivamente dall'esterno. Essenziale e valida, invece, resta la concezione giurisdizionale del processo, cioè la concezione del processo quale fenomeno originario di vita della realtà giuridica. (...) Deve essere evidente che strumentalità del processo è esattamente negazione della sua giurisdizionalità."

<sup>8</sup> CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 364

<sup>9</sup> Sulla funzione di garanzia del processo penale DALIA A.A. – FERRAIOLI M. *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2006, p. 21 secondo i quali "avviato per accertare se un fatto abbia i caratteri dell'illecito, il procedimento penale si tramuta da procedimento per le indagini preliminari in

Secondo questa accezione, il processo costituisce un insieme di attività giuridicamente regolate ed assume un preciso valore di difesa della libertà dell'individuo, poiché traccia un limite oggettivo all'operato dell'autorità inquirente e scongiura il pericolo dell'arbitrio e della sopraffazione.

Il Carrara, illustre precursore delle teorie garantistiche sul processo penale, individuava il postulato del processo penale nella presunzione di innocenza e il suo scopo primario nella tutela dell'innocenza del cittadino ingiustamente perseguito.<sup>10</sup>

Il modello accusatorio è quello che meglio si confà ad un sistema politico di tipo democratico in cui, vigendo il principio della separazione dei poteri, il giudice nulla ha che fare con il potere esecutivo.<sup>11</sup> Fra le caratteristiche principali del modello accusatorio vi è la figura terza, imparziale e indipendente del giudice, la separazione dei ruoli fra organo giudicante, accusa e difesa, il principio dispositivo, che assegna alle parti, poste in posizione di parità, il diritto di chiedere l'ammissione delle prove, le quali si formano nel contraddittorio, attraverso un confronto dialettico. A differenza di quanto accade nei regimi totalitari, il processo non è strumento di indottrinamento della collettività; l'operato dei giudici viene controllato dall'opinione pubblica, attraverso le forme di pubblicità del processo, fra cui, *in primis*, il deposito della motivazione della sentenza, che sono funzionali ad evitare che il processo divenga luogo per l'affermazione di scelte governative, anziché di verifica della fondatezza dell'accusa sulla base delle regole di diritto.<sup>12</sup>

---

*processo, per assicurare a chi sia raggiunto da un'imputazione che l'accertamento si svolga nel rispetto di quelle garanzie che la tutela costituzionale della persona indica come essenza della giurisdizione.*"

<sup>10</sup> Secondo CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, 1859, riedizione Bologna, 1993, pp. 35 e ss. "il magistero penale deve essere protettore e non violatore del diritto (...) il rito procedurale non solo serve agli onesti in quanto aiuta loro alla scoperta dei delinquenti, ma li aiuta in quanto li preserva dal cadere vittima di errori giudiziari; e di più aiuta doverosamente ancora gli stessi colpevoli, in quanto impedisce che si irrogli loro un gastigo, il quale soverchiando la debita misura, sarebbe un fatto anti-giuridico."

<sup>11</sup> In questo senso anche FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale in Il Foro Italiano*, 1992, p. 2024, che riprendendo la classificazione di Damaska ritiene che "una giustizia penale intesa quale tecnica di risoluzione di conflitti costituisca il terreno più fertile proprio per un processo di stampo accusatorio".

<sup>12</sup> DAMASKA M. R. in *I volti della giustizia e del potere – Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 2002, pp. 136 e ss. contrappone allo Stato attivo, lo Stato reattivo, che si distingue da quest'ultimo per la presenza di un modello processuale volto alla risoluzione dei conflitti che sorgono nella società civile. Lo Stato reattivo rifiuta di "adottare una teoria autonoma di cosa sia bene per la società. Grazie alla sua astensione, lo Stato può ricomprendere e includere individui e associazioni con i più disparati obiettivi. Se sorgono conflitti individuali o di gruppo, lo Stato può rivendicare una posizione neutrale: nel mezzo delle tempeste e delle lotte sociali può professare una tranquilla obiettività: *tranquillitas in undis*. I suoi cittadini non sono ad esso legati dal reciproco desiderio di conseguire un fine comune; piuttosto si richiamano allo Stato nella sua veste di foro neutrale per la risoluzione dei conflitti."

Le teorie sopra illustrate rappresentano due visioni di fondo a cui si può ricondurre ogni teoria generale del processo: esse integrano nient'altro che dei modelli di interpretazione dell'esperienza processuale, la cui caratteristica è di essere relativi, nel senso che colgono solo un aspetto determinato della realtà giuridica, e complementari, poiché solo se globalmente considerati sono in grado di fornire una lettura realistica delle molteplici sfaccettature che il processo presenta.

Il concetto della complementarità dei modelli e dei sistemi penali ad essi sottesi è stato bene espresso da autorevole dottrina che ha affermato che *“certezza della legge e certezza dell'accertamento sono tutt'uno.(...) Il diritto penale sostanziale e il processo penale fanno parte di un'istituzione unitaria, nella quale il volto garantista e il volto repressivo sono compresenti, entrambi agganciati al principio di legalità e vanno alla ricerca di ragionevoli equilibri.”*<sup>13</sup>

Secondo tale dottrina, i processualisti sembrano voler insistere con il negare la relazione di strumentalità fra la norma processuale e quella sostanziale, nell'intento di scongiurare l'attribuzione al processo del ruolo di “mero attuatore” delle esigenze repressive espresse da legislatore penale. Questa lettura dei rapporti norma penale/norma sostanziale guidata dal binomio repressione/garanzie cela una visione parziale dei principi espressi dalla normativa penale, che invece non si limita a farsi carico della pretesa punitiva dello Stato, ma richiede, attraverso il principio di legalità a cui è conformata, che essa venga correttamente applicata.<sup>14</sup>

Il processo è “autonomo” rispetto alla legge sostanziale, nel senso che sono le forme del procedere, ricollegabili esclusivamente alle norme di rito, a dover garantire la correttezza dell'accertamento della responsabilità.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> PULITANO' D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo* in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2005, pp. 954 e ss. In senso critico nei confronti della posizione dell'autore RUGGIERO G., *Ideologia e dogmatica sui rapporti tra diritto penale e processo* in *Diritto Penale e Processo* n. 2/2007, pp. 255 e ss.

<sup>14</sup> Così anche TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, p. 2 secondo cui *“la caratteristica di strumentalità non è una diminuzione per il diritto processuale penale. Senza un processo regolato dalla legge e rispettoso dei diritti delle parti, l'applicazione della norma penale si trasformerebbe in un diritto di polizia; non vi sarebbe accertamento dei fatti operato da un soggetto imparziale, che valuti gli argomenti prospettati dall'accusa e dalla difesa. Le due branche del diritto hanno per oggetto norme giuridiche; tuttavia sono differenti le attività che vengono regolamentate.”*

<sup>15</sup> PULITANO' D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo* in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2005, pp. 954 e ss. Secondo l'Autore *“del garantismo penale sono elementi imprescindibili e inscindibili, sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità e sul piano processuale il cognitivismo (...) veritas non auctoritas facit iudicium.”*

La questione non è tanto la strumentalità come rapporto di subordinazione del processo alla norma sostanziale, di priorità logica e ontologica dell'uno sull'altro, quanto di un rapporto paritario, di reciproca complementarietà funzionale.<sup>16</sup>

Vero è che il processo esiste perché “è la norma penale che lo esige”,<sup>17</sup> ma è altrettanto vero che se non esistessero le norme processuali a presidio della correttezza della sua applicazione, non solo il diritto penale perderebbe di effettività, ma si realizzerebbe la violazione del principio di legalità, su cui si regge l'intera materia.

Il rito è parte integrante dell'apparato coercitivo dello Stato ed essendo strumentalmente diretto a rendere applicabile la sanzione, persegue gli stessi obiettivi di controllo sociale e di sicurezza collettiva che sono propri dell'intero sistema normativo, ma al contempo esprime una funzione essenziale di garanzia della libertà della persona, poiché è strutturato per consentire un accertamento imparziale e non preventivo, che avvenga nelle forme del contraddittorio e nel rispetto del principio di parità delle armi fra accusa e difesa.<sup>18</sup>

Compito della disciplina contenuta nel codice di rito è, dunque, quello di mantenere elevato lo standard delle garanzie processuali, in modo da far fronte e non assecondare gli eccessi repressivi contenuti nella normativa sostanziale.

Come si cercherà di dimostrare nel corso della trattazione, il legislatore processuale, nel riformare la disciplina dei reati sessuali, non sempre si è dimostrato all'altezza di questo importante dovere, che si impone nello Stato di diritto.

---

<sup>16</sup> Secondo BELLAVISTA G., *Il processo come dubbio* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1967, p. 764 il valore del processo risiede proprio nell'accertamento che mira a risolvere il dubbio sul nesso fra fatto di reato e responsabilità, da cui origina. “Ed è già in questa alternativa tra innocenza e colpevolezza, tra la libertà e il carcere, in questo dualismo fra il colpevole e l'innocente, il duo, radice di dubbio, che sta alla base ed impregna di sé tutto il processo penale. Se fosse possibile una iniziale certezza sulla colpevolezza o sull'innocenza di alcuno, il processo penale sarebbe uno strumento perfettamente vano e inutile. Non nascerebbe nemmeno e nell'uno e nell'altro caso. Nasce appunto da una situazione di incertezza.”

<sup>17</sup> FERRAIOLI M., Intervento al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale in AA.VV. *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 288

<sup>18</sup> TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, p. 3

## **1.2. La *ratio* del processo nella giurisprudenza costituzionale: la ricerca della verità fra inosservanza e rispetto dei principi del sistema accusatorio.**

Affinchè si possa parlare di un processo “giusto”, in termini di condanna o assoluzione dell’imputato, l’esito che ne consegue deve corrispondere al vero; l’accertamento processuale deve, quindi, mirare ad una ricostruzione fedele della realtà in cui i fatti sono avvenuti e delle modalità in cui si sono svolti.

Il perseguimento della verità non costituisce una funzione del processo antitetica rispetto a quella di perseguire i reati nel rispetto delle garanzie dell’imputato, ma ad essa complementare: il processo penale nell’attuare il precetto della norma sostanziale secondo regole rispettose dei diritti dei soggetti coinvolti, deve tendere ad un esito il più possibile corrispondente alla verità dei fatti.

L’obiettivo, seppur ambizioso, è alla portata del sistema solo se si ha contezza che la verità a cui tende il processo non è di tipo assoluto, ma relativo; la verità processuale, coincide, infatti, con la *“massima approssimazione alla realtà dei fatti materiali concretamente raggiungibile entro coordinate spazio-temporali e giuridiche limitate”*.<sup>19</sup>

La procedura ed, in particolare, il diritto delle prove che determina le modalità di ricostruzione dei fatti, scandendo il cammino verso il perseguimento della verità, acquista grande rilevanza ai fini dello scopo; *“in quanto l’accertamento della verità dei fatti (...) sia configurato come uno scopo del processo, questo si configura, di conseguenza, anche come procedimento per la scoperta della verità. Ne discende che per l’efficacia del procedimento sono fattori necessari o almeno opportuni la libera valutazione delle prove, la riduzione delle regole di esclusione dei mezzi di prova, l’introduzione di strumenti che assicurino l’acquisizione delle prove, l’estensione dei poteri di iniziativa istruttoria del giudice, l’adozione di metodi efficaci per l’assunzione delle prove.”*<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> TARUFFO M., *Note per una riforma del diritto delle prove* in *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 249; in questo senso anche FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria e garantismo penale*, Bari, 1989, pp. 18 e ss; UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale* in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (A cura di) UBERTIS G., Milano, 1992, pp.10 ss.

<sup>20</sup> TARUFFO M., *Note per una riforma del diritto delle prove* in *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 246



Il percorso che conduce alla sussunzione del fatto di reato nella fattispecie legale è dominato dal difficile bilanciamento fra esigenze di accertamento e rispetto dei diritti fondamentali della persona, di cui si intende vagliare la responsabilità.

La tensione fra i contrapposti obiettivi nasce dalla convinzione, esternata da una parte della dottrina e, in qualche misura, confermata dalla giurisprudenza, che le garanzie che assistono l'indagato/imputato, possano essere di ostacolo alla ricerca della verità.<sup>21</sup>

Ciò spiega perché le motivazioni utilizzate dalla Corte nelle sentenze, che affrontano la tematica del perseguimento della verità quale scopo del processo, spesso mal celano il sacrificio dei principi cardine del sistema accusatorio a vantaggio dell'accertamento; *“il concetto di indefettibilità della giurisdizione è stato spesso il tramite per recuperare quelle esigenze di efficienza dietro le quali si annidano non di rado le scorie di un autoritarismo che disconosce il vero e autentico contenuto delle garanzie difensive.”*<sup>22</sup>

E' questo il caso delle sentenze 3 giugno 1992, n. 254<sup>23</sup> e 255<sup>24</sup> e 2 novembre 1998 n. 361<sup>25</sup> che, sulla base del principio di non dispersione dei mezzi di prova, hanno

---

<sup>21</sup> Secondo FALCHI G.F., *Filosofia del diritto processuale penale*, Treviso, 1949 *“devesi garantire, con le forme processuali, il libero e compiuto esplicamento della difesa, dell'azione penale (impersonata o non dal giudice), della giurisdizione. Peraltro non devesi eccedersi nelle forme, nelle garanzie, nei termini, nelle sanzioni processuali, nelle impugnazioni: altrimenti si infiacchisce la giustizia, si disperde il ritmo spedito della procedura, sulla giustizia sostanziale prevale la giustizia formale, il formalismo lede l'efficienza del processo. L'eccesso di forme produce effetti antitutelari e antieducativi.”*. Così anche TARUFFO M., *Note per una riforma del diritto delle prove* in *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 249 secondo cui *“(…) è ovvio che le norme processuali pongano limiti al metodo, all'oggetto, agli strumenti e alla durata della ricerca della verità, in funzione delle più varie esigenze inerenti all'amministrazione della giustizia (tutela delle parti, difesa di valori fondamentali, rapidità del processo, e così via.”*

<sup>22</sup> GIARDA A., *I giudici della Consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio* in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/1999, p.1449.

<sup>23</sup> In tale occasione la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 513 comma 2 c.p.p. nella parte in cui *“non prevede che il giudice, sentite le parti, dispone la lettura dei verbali delle dichiarazioni di cui al comma 1 del medesimo articolo rese dalle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., qualora queste si erano avvalse della facoltà di non rispondere.”* La disciplina così modificata dall'intervento della Corte Costituzionale è stata successivamente rimodellata, in senso più garantista e conforme ai principi del sistema accusatorio, dalla legge n. 267 del 1997 che riformato la disciplina delle letture delle dichiarazioni rese dall'imputato fuori dal dibattimento, reintroducendo la distinzione fra impossibilità di ottenere la presenza del dichiarante ed esercizio da parte di quest'ultimo della facoltà di non rispondere. Nel primo caso il giudice può acquisire le dichiarazioni attraverso le letture nel caso in cui l'impossibilità di ripetizione dipenda da circostanze imprevedibili al momento in cui sono state rese; nel secondo caso invece le dichiarazioni possono entrare a far parte del materiale probatorio su cui il giudice formerà il proprio convincimento solo se alla lettura acconsentono entrambe le parti.

<sup>24</sup> Con questa pronuncia la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 500 c.p.p., nella formulazione precedente alla modifica apportata dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 nella parte in cui non prevedeva l'acquisizione nel fascicolo del dibattimento, se erano state utilizzate per le contestazioni, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone. Secondo DI CHIARA G., *L'acquisizione come eterno ritorno: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte Costituzionale* in *Il Foro Italiano*, 1992, p. 2022 *“la sentenza n. 255 nell'attribuire alle dichiarazioni contestate efficacia di prova, ha ridotto in misura drastica il divario tra i risultati dell'*

ammesso l'ingresso nel fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese in sede di indagini preliminari, inferendo un duro colpo al principio secondo cui la prova si forma in dibattimento, nel dialettico confronto delle antitetico ragioni di accusa e difesa.

Nell'ultima pronuncia citata la Corte ha ritenuto irragionevole il meccanismo introdotto nell'art. 513 comma 4 c.p.p. ad opera della legge n. 267/1997, che rimetteva *“l'esclusione delle dichiarazioni rese in precedenza dal patrimonio di conoscenze del giudice (...) alla concorrente volontà dell'imputato in un procedimento connesso e della parte processualmente interessata ad impedire l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni stesse”* ritenendo che esso pregiudicasse *“la funzione essenziale del processo, che è appunto quella di accertare e di ricostruire i reati/verificare la sussistenza dei reati oggetto del giudizio e di accertare le relative responsabilità”*.<sup>26</sup>

La Consulta ribadisce, quindi, il concetto già precedentemente affermato<sup>27</sup> secondo cui *“il fine primario e ineludibile del processo penale resta quello della ricerca della verità”* e rimodella quelle norme processuali che potrebbero essere di ostacolo a tale obiettivo, sacrificando così il principio dell'oralità a favore dell'esigenza di evitare la perdita, ai fini della decisione, di quanto acquisito al di fuori del dibattimento.

Le medesime osservazioni possono farsi con riferimento alla sentenza 23 marzo 1993 n. 111 che ridimensiona la portata del principio dispositivo, legittimando l'iniziativa del

---

*indagine e il materiale direttamente utilizzabile ai fini della decisione, provocando ripercussioni notevoli sull'originario regime del c.d. doppio fascicolo.”*

<sup>25</sup> Il contenuto della sentenza è molto ampio e tocca diverse questioni relative a differenti norme del codice di rito. Ai nostri fini interessa evidenziare la dichiarazione di illegittimità costituzionale in essa contenuta con riferimento all'art. 513 comma 2 ultimo periodo c.p.p. *“nella parte in cui non prevede che, qualora il dichiarante rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti alla lettura, si applica l'art. 500 commi 2-bis e 4 del codice di procedura penale.”* La sentenza si riferisce ai contenuti che la disposizione aveva prima che intervenisse la modifica operata dall'art. 26 comma 3 della legge 1 marzo 2001 n. 63 sul giusto processo. Secondo il previgente art. 500 comma 4 c.p.p. *“quando a seguito delle contestazioni sussiste difformità rispetto al contenuto della deposizione, le dichiarazioni utilizzate per la contestazione sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento e sono valutate come prova dei fatti in esse affermati, se sussistono altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.”*

<sup>26</sup> Testualmente sentenza n. 361/1998 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, pp. 3140 e ss.

<sup>27</sup> Così la Corte Costituzionale nella sentenza n. 255 del 1992 in cui afferma *“l'oralità assunta a principio ispiratore del nuovo sistema, non rappresenta nella disciplina del codice, il veicolo esclusivo di formazione della prova nel dibattimento; ciò perché – è appena il caso di ricordarlo- fine primario e ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità (...) di guisa che in taluni casi in cui la prova non possa, di fatto, prodursi oralmente, è dato rilievo, nei limiti ed alle condizioni di volta in volta indicate, ad atti formati prima e al di fuori del dibattimento.”* In questa direzione si esprime la Corte anche nella successiva sentenza n. 111/1993.

giudice, che ritenga opportuno procedere all'assunzione di ulteriori prove ai fini della decisione.

Secondo la Corte, infatti, *“l'assunzione di un principio dispositivo in materia di prova, non trova riscontro nella normativa positiva neanche sul terreno del giudizio ordinario. Il metodo dialogico di formazione della prova é stato, invero, prescelto come metodo di conoscenza dei fatti ritenuto maggiormente idoneo al loro per quanto più possibile pieno accertamento, e non come strumento per far programmaticamente prevalere una verità formale risultante dal mero confronto dialettico tra le parti sulla verità reale: altrimenti, ne sarebbe risultata tradita la funzione conoscitiva del processo, che discende dal principio di legalità e da quel suo particolare aspetto costituito dal principio di obbligatorietà dell'azione penale.”*<sup>28</sup>

Da queste pronunce della Corte, emerge una concezione del processo strumentale alle esigenze di difesa sociale che, per non deludere le aspettative repressive, sceglie di potenziare le modalità di raccolta delle prove ridimensionando la portata dei principi alla base del rito accusatorio e, conseguentemente, delle garanzie difensive ad essi sottese.<sup>29</sup>

L'argine alle spinte inquisitorie espresse in queste pronunce è rappresentato dall'ordinanza n. 338 del 1999 e dalla recente sentenza 12 marzo 2010 n. 93, in cui i giudici della Consulta riaffermano con forza alcuni principi informativi del modello accusatorio, quali il contraddittorio e la pubblicità dell'udienza.

---

<sup>28</sup> Testualmente Corte Costituzionale, sentenza 23 marzo 1993, n. 111 in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1994, pp. 1057 e ss. In questa pronuncia la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 507 c.p.p. nonché dell'art. 468 dello stesso codice, sollevate in riferimento a tutti o ad alcuni degli art. 2, 3, 24, 25, 76, 77, 101, 111, 112 cost. Ai fini che qui interessano, si noti come la Corte abbia negato che l'art. 507 c.p.p. costituisca enunciazione del principio dispositivo in materia probatoria, confutando l'interpretazione data alla norma dai giudici rimettenti; sottesa a tale interpretazione vi è una precisa presa di posizione sulla funzione del processo penale, che la Consulta non ha condiviso. La Corte, infatti, respinge la visione del processo penale quale *“tecnica di risoluzione dei conflitti nel cui ambito al giudice sarebbe riservato essenzialmente un ruolo di garante dell'osservanza delle regole di una contesa tra parti contrapposte, ed il giudizio avrebbe la funzione non di accertare i fatti reali onde pervenire ad una decisione il più possibile corrispondente al risultato voluto dal diritto sostanziale, ma di attingere - nel presupposto di un'accentuata autonomia finalistica del processo - quella sola "verità" processuale che sia possibile conseguire attraverso la logica dialettica del contraddittorio e nel rispetto di rigorose regole metodologiche e processuali coerenti al modello.”*

<sup>29</sup> FIANDACA G, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale* in *Il Foro Italiano*, 1992, p. 2026 che ritiene la sentenza n. 255/1992 sintomatica della *“preoccupazione di preservare l'efficacia strumentale del processo”*. Secondo l'autore *“si tratta di una concezione di fondo che (...) finisce con l'alterare e non poco la genuina fisionomia del processo accusatorio, il quale se viene eccessivamente caricato di aspettative politico criminali sul versante repressivo, smarrisce il suo equilibrio e perde quella (sia pur relativa) autonomia di scopi e valori che dovrebbe tipicamente caratterizzarlo.”*

Con l'ordinanza del 1999 la Corte ha ribadito che *“la disciplina in base alla quale il patrimonio di conoscenze del giudice è vincolato, salve le eccezioni espressamente previste dalla legge, agli elementi acquisiti nel corso del dibattimento, corrisponde ad una delle scelte più significative e qualificanti del nuovo codice di procedura penale, che si è appunto realizzata mediante il sistema del doppio fascicolo, al fine di evitare che gli atti raccolti durante le indagini preliminari senza il rispetto delle regole del contraddittorio ed in violazione del principio dell'immediatezza, rifluiscono nel dibattimento.”*<sup>30</sup>

Sulla base di questo assunto ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento agli artt. 506 e 507 c.p.p., che lamentava la mancata attribuzione al giudice dibattimentale del potere di conoscere tutti gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero.

In tale pronuncia la Corte non rinnega le sue precedenti posizioni sulla funzione del processo; anzi, riaffermando con vigore che lo scopo di quest'ultimo è la “verità dei fatti”, ritiene che la via per raggiungerlo sia rappresentata dal confronto dialettico fra le parti e non, invece, dall'eliminazione del contraddittorio attraverso “scorciatoie” che permettono al giudice di formare il proprio convincimento, a prescindere da esso.<sup>31</sup>

Il principio dispositivo torna così ad essere il criterio-guida del procedimento probatorio, in cui le parti sono, secondo il modello accusatorio, le vere protagoniste davanti ad un giudice che interviene solo in via suppletiva e residuale.<sup>32</sup>

Seppur non così esplicita nell'enunciazione dei principi cardine del sistema accusatorio, ma rilevante per aver confermato l'importanza della pubblicità del processo, è la recente sentenza n. 93/2010. Con tale pronuncia la Corte, conformandosi ai dettami contenuti

---

<sup>30</sup> Con la pronuncia n. 338/1999 la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 507 c.p.p. e 151 disp. att. c.p.p. sollevata in riferimento agli artt. 2,3,24,25 secondo comma, 76, 101 secondo comma, 102 e 112 della Costituzione e manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 506 comma 1 e 2 c.p.p. con riferimento ai parametri di cui agli artt. 2,3,24,25 secondo comma, 76, 101 secondo comma, 102 e 112 della Costituzione.

<sup>31</sup> La pronuncia della Corte Costituzionale sembra accogliere un orientamento molto diffuso nella dottrina processual penalistica, secondo cui *“la ricerca della verità è agevolata, non ostacolata dal contraddittorio; non perché esso garantisca la genuinità della prova, ma perché è il miglior mezzo per verificarla, per scoprire se difetti.”* Così FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, pp. 1455 e ss.

<sup>32</sup> GIARDA A., *I giudici della Consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio in Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/1999, p.1449.

nella CEDU<sup>33</sup>, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 l. 27 dicembre 1956, n. 1423 e dell'art. 2-ter della l. 31 maggio 1965, n. 575, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga davanti al Tribunale e alla Corte d'Appello, nelle forme dell'udienza pubblica. Secondo la Consulta, infatti, *“il controllo del pubblico sull'esercizio della giurisdizione rappresenta una condizione necessaria ai fini del rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti, onde dovrebbe essere offerta ai medesimi almeno la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello competenti.”*<sup>34</sup>

Pur non essendo nuova la posizione della Corte sull'importanza della pubblicità del processo in un sistema democratico,<sup>35</sup> per la prima volta la Consulta non rimette al legislatore le modifiche necessarie ad ottemperare il principio, ma interviene direttamente sul dettato legislativo attraverso la declaratoria di illegittimità costituzionale.<sup>36</sup>

Ben vengano, dunque, queste pronunce dei giudici di legittimità che rappresentano *“un deciso alt alle tendenze sempre più ispirate all'autorità che sfocia nell'autoritarismo, al rispetto solo formale del contraddittorio garantito da un paternalismo giudiziario che, come tutti i paternalismi, sconta nella sostanza una forma reale di disinteresse per gli altri, nel caso nostro dei cittadini coinvolti a vario titolo in un processo penale.”*<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> La Corte ritiene fondata la questione per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. poiché le norme sottoposte al vaglio, sono in contrasto con il principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari, sancito dall'art. 6, paragrafo 1 CEDU.

<sup>34</sup> Testualmente Corte Costituzionale, sentenza 12 marzo 2010 n. 93 in *Guida al Diritto* n. 13/2010, pp. 76 e ss.

<sup>35</sup> Si legge, nella sentenza della Corte Costituzionale 27 luglio 1992 n. 373 in *Giustizia Penale*, I, 1993, pp. 4 ss., *“la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce un principio essenziale dell'ordinamento democratico, fondato sulla sovranità popolare. L'esigenza della garanzia della pubblicità del giudizio è maggiormente avvertita nei processi penali per la qualità dei valori, degli interessi e dei beni da proteggere, nonché per i riflessi sociali della violazione delle norme penali in una con l'interesse dello Stato a ripristinare l'ordine violato.”*

<sup>36</sup> CISTERNA A., *Una decisione supportata dai giudici di Strasburgo che si erano già espressi per le udienze “aperte”* in *Guida al Diritto*, n. 13/2010, p. 81.

<sup>37</sup> GIARDA A., *I giudici della Consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio* in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/1999, p.1447.

## 2. Scopo del processo e ruolo della vittima: verso una nuova funzione del processo?

E' noto come, fino a tempi non troppo lontani, l'attenzione del legislatore e della dottrina formatasi sulla disciplina positiva fosse concentrata sul ruolo dell'imputato, considerato quale unico vero protagonista del processo penale.<sup>38</sup>

Come si è visto, nella diafrasi sulla funzione del processo quale luogo di garanzia o strumento di repressione, la discussione verteva sul livello più o meno intenso delle tutele predisposte a favore dell'accusato, senza aver mai riguardato il ruolo da attribuire alla vittima nella vicenda processuale.

A partire dagli anni '40, lo sviluppo della vittimologia ha contribuito a ridimensionare la consolidata tendenza alla marginalizzazione dell'offeso dal reato, determinando un progressivo recupero della sua centralità nel sistema penale, sia sostanziale che processuale.

Il rapporto processo-vittima è stato così considerato alla stregua di una relazione bi-univoca: il processo serve alla vittima, ma anche la vittima serve al processo. Il processo è lo strumento di cui si serve la vittima per soddisfare la sua aspirazione alla punizione del colpevole e al risarcimento del danno per il reato subito, ma anche il processo si serve della vittima per l'accertamento del fatto di reato ( si pensi ad esempio alla testimonianza dell'offeso o al suo contributo alla commissione del reato contemplato dal diritto sostanziale<sup>39</sup>) e, potenzialmente, per la commisurazione della pena. Gli studi sulla vittima nella prospettiva del c.d. *integrated sentencing* (modello di commisurazione integrato) si concentrano proprio sul "modo in cui le informazioni

---

<sup>38</sup> Sul ruolo marginale della vittima nel processo penale italiano CORRERA M.- RIPONTI D., *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, Padova, 1990, pp. 1 e ss.; HENHAM R.- MANNOZZI G., *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2/2005, p. 709

<sup>39</sup> Il diritto penale dà rilievo al soggetto passivo del reato in alcuni casi come elemento costitutivo del reato (casi in cui rileva ai fini della configurazione della fattispecie l'età dell'offeso es. art. 609-quater c.p.; art. 572 c.p.; 573 c.p., 591 c.p. etc., il suo stato di infermità, es. art. 643 c.p., art. 593 c.p., il suo status di soggetto qualificato per la professione svolta es. art. 336 c.p., art. 337 c.p., art. 338 c.p. etc, oppure per la familiarità con il soggetto attivo es. art. 564 c.p., art. 570 c.p. etc.), in altri ai fini dell'applicazione delle circostanze attenuanti o aggravanti dell'illecito (art. 62 n. 2, n. 4, n. 5; art. 61 n. 5, n. 7, n. 10, n. 11 *ter*), in altri ancora come causa di giustificazione o di esclusione della punibilità (es. art. 50 c.p., art. 52 c.p.). Sul punto CORRERA M.- RIPONTI D., *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, Padova, 1990, pp. 27 e ss.; DEL TUFO V., *Voce Vittima del reato* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 999.

*relative alla vittima vengono valutate durante il procedimento penale e sono destinate ad influire sulla determinazione della sanzione”, concependo la sanzione da comminare in concreto “non tanto come mero segmento finale dell’iter processuale, bensì come una vera e propria sintesi di tutte le decisioni di cui il processo penale si compone.”<sup>40</sup>*

Nonostante non si rinvengano, nel modello processuale italiano, ostacoli che impediscano il coinvolgimento della vittima nel “meccanismo” di determinazione della sanzione previsto dall’art. 133 c.p., è la sfiducia nel suo ruolo, insito nella nostra cultura giuridica, che conduce a non sollecitarla a fornire elementi per valutare le effettive conseguenze del reato e ad evitare che il giudice valuti il contributo dell’offeso per scopi diversi dall’accertamento della responsabilità dell’imputato.<sup>41</sup>

Pur ammettendo che, nel sistema italiano, la strada verso la conquista della centralità della vittima all’interno del processo è ancora lunga da percorrere, non si può mancare di evidenziare i passi che sono stati fatti in questa direzione nel passaggio dal modello processuale previsto dal codice Rocco del 1930 al nuovo processo disciplinato dal codice di rito del 1989, di stampo accusatorio.

Nel processo previgente, ispirato al modello inquisitorio, si è assistito, secondo la dottrina vittimologica, alla c.d. neutralizzazione della vittima ovvero alla sottrazione di gran parte delle sue funzioni e dei suoi poteri.<sup>42</sup> Basti pensare che l’offeso non disponeva di alcun potere di controllo sul pubblico ministero o sul pretore in relazione all’esercizio dell’azione penale, né era in grado di sollecitarne l’attività in caso di inerzia; la comunicazione giudiziaria (antesignana dell’attuale “informazione di garanzia”), con cui ai sensi dell’art. 304 c.p.p. il p.m. o il giudice istruttore davano all’offeso notizia dell’avvio del procedimento, non era prevista a pena di nullità; i poteri di impulso, previsti dall’art. 306 c.p.p. in fase istruttoria, quali la possibilità di

---

<sup>40</sup> HENHAM R.- MANNOZZI G., *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un’analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell’ordinamento inglese e in quello italiano* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2/2005, p. 707.

<sup>41</sup> Così HENHAM R.- MANNOZZI G., *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un’analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell’ordinamento inglese e in quello italiano* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2/2005, pp. 707 e ss. Secondo l’Autrice, che ritiene rischioso un forte attivismo delle vittime “poiché induce i giudici a sospettare la loro animosità e dunque la scarsa attendibilità (...), la questione è resa ulteriormente complessa dalla possibilità che in sede di processo penale venga richiesto dalla vittima il risarcimento dei danni patiti (con la costituzione di parte civile). Ciò non solo rafforza il pregiudizio del magistrato nei confronti della vittima testimone, ma pone gli interessi dello Stato e quelli del singolo in netto contrasto fra loro.”

<sup>42</sup> CORRERA M.- RIPONTI D., *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, Padova, 1990, p. 56; in questo senso anche APRILE E., *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale* in *Cassazione Penale* n. 5/2003, pp. 1722 e ss.

presentare memorie, indicare elementi di prova e proporre indagini per l'accertamento della verità, non attribuivano alcun diritto all'offeso nel procedimento, neppure quello di attendersi una risposta del giudice sull'istanza formulata; sulla vittima poteva essere disposta la perizia psicologica, vietata invece sulla persona dell'imputato dall'art. 314 comma 2 c.p.p. ed inoltre era ammessa la deposizione, in sede testimoniale, sulle qualità morali dell'offeso, al fine di individuare comportamenti che avessero potuto provocare il reato; l'art. 349 comma 5 c.p.p. dava legittimo ingresso nel processo a testimonianze finalizzate esclusivamente ad intaccare la credibilità e la moralità della vittima, *“fatto particolarmente frustrante nelle ipotesi di reati sessuali, e in generale, in tutti i casi in cui l'accusa si fondi sulle sole dichiarazioni della parte lesa.”*<sup>43</sup>

Ci si deve, dunque, chiedere se la tutela della vittima vada annoverata fra le funzioni dell'attuale processo penale: la centralità attribuita dalle fonti internazionali alla vittima non può che far propendere per la risposta affermativa; allo stesso modo, si deve rispondere se si guarda alla situazione nazionale, in cui il legislatore, in ottemperanza agli orientamenti prevalsi in ambito internazionale, ha dimostrato la volontà di restituire alla vittima dignità all'interno del processo attraverso il progressivo inserimento, nel codice di rito, di una serie di istituti volti tanto ad estendere i suoi poteri processuali quanto a proteggerla dagli effetti dannosi che possono derivarle dal processo, come si cercherà di dimostrare nei paragrafi che seguono.

## **2.1. La tutela della vittima nel processo: accusa privata, accusa adesiva e nuove fonti nazionali e internazionali.**

Non si può negare l'aspirazione di colui il cui bene giuridico è stato leso, a veder punito chi gli ha arrecato offesa.<sup>44</sup> Il diritto della vittima, prima umano che giuridico, alla persecuzione e repressione del reo è stato riconosciuto dal legislatore del 1989, attraverso la predisposizione di strumenti che le consentono non solo di affiancare la pubblica accusa, attraverso poteri di impulso e sollecitazione dell'attività del pubblico ministero, ma anche di partecipare attivamente al procedimento, in qualità di accusa

---

<sup>43</sup> CORRERA M.- RIPONTI D., *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, Padova, 1990, p. 48; sul tema della testimonianza dell'offeso nel sistema processuale previgente anche GIARDA A., *La vittima del reato nel sistema del processo penale italiano: lineamenti in Dalla parte della vittima* ( a cura di) GULOTTA G., VAGAGGINI M. pp. 339 e ss.

<sup>44</sup> AMODIO E., *La persona offesa dal reato in Studi in memoria di P. Nuvolone*, Milano, 1991, p. 9.



privata, attraverso il conferimento di una serie di poteri “autonomi”, che prescindono dall’azione del p.m. e dal suo consenso.<sup>45</sup>

Si rinvencono segnali del maggior orientamento alla vittima tanto nel processo ordinario, quanto in quello davanti al giudice di pace.

Il potere della vittima di partecipare al rito ordinario è previsto dall’art. 335 comma 3 c.p.p. che le consente, al pari dell’indagato, di accedere al registro delle notizie di reato attraverso una richiesta al p.m. e dall’art. 369 c.p.p. che, imponendo l’obbligo della notifica dell’informazione di garanzia anche alla persona offesa<sup>46</sup>, rende effettiva la sua partecipazione al procedimento, già dalla fase delle indagini preliminari, attribuendole il diritto di nominare un difensore indipendentemente dalla costituzione di parte civile.

Le viene inoltre notificata, al fine di valutare l’opportunità di avanzare le pretese risarcitorie in sede penale, la data e il luogo in cui si terrà l’udienza preliminare (art. 419 comma 1 c.p.p.) e il decreto che dispone il giudizio (art. 429 comma 4 c.p.p.).

Nel processo ordinario la persona offesa svolge il ruolo di “accusa adesiva” attraverso i poteri di sollecitazione probatoria attribuiti dall’art. 90 c.p.p.;<sup>47</sup> partecipando agli accertamenti tecnici non ripetibili (art. 360 c.p.p.) con facoltà di nominare un consulente tecnico di parte; chiedendo al p.m. di promuovere l’incidente probatorio (art. 394 c.p.p.) e, in caso di accoglimento della richiesta da parte del giudice, potendo assistere all’assunzione della prova personalmente o a mezzo del suo difensore (art. 401 c.p.p.); si badi che, ai sensi dell’art. 404 c.p.p., *“la sentenza pronunciata sulla base di una prova assunta con incidente probatorio, a cui il danneggiato dal reato non è stato posto in grado di partecipare, non produce gli effetti previsti dall’art. 652, salvo che il danneggiato stesso ne abbia fatta accettazione anche tacita.”*

Con riferimento al diritto alla prova attribuito alla vittima, non si può mancare di sottolineare l’innovazione introdotta dalla legge n. 397/2000, che consente anche all’offeso, a mezzo del suo difensore, di svolgere non solo le investigazioni difensive, ai sensi dell’art. 327 bis comma 1 c.p.p., ma anche attività investigativa preventiva ai sensi

---

<sup>45</sup> DEL TUFO V., Voce *Vittima del reato* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1001.

<sup>46</sup> TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, p. 144 fa però notare che, in assenza di un atto garantito da compiere nei confronti dell’indagato l’informazione di garanzia non deve essere notificata alla persona offesa, che in tal caso, non riceverà alcuna notizia dell’esistenza del procedimento e, conseguentemente, non verrà messa nella condizione di esercitare il proprio diritto di difesa.

<sup>47</sup> Secondo l’art. 90 comma 1 c.p.p. *“La persona offesa dal reato, oltre ad esercitare i diritti e le facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge, in ogni stato e grado del procedimento può presentare memorie e, con esclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova.”*

dell'art. 391 – nonies c.p.p. La recente disciplina estende i poteri probatori della persona offesa anche alle fasi del processo diverse dalle indagini preliminari, con esclusione del solo giudizio di legittimità davanti alla Corte di Cassazione.<sup>48</sup>

Più incisivi sono i poteri attribuiti all'offeso in ordine all'esercizio dell'azione penale e al controllo sull'attività del pubblico ministero, che gli permettono di svolgere il ruolo di "accusa privata" nella vicenda processuale. La persona offesa può richiedere di essere avvisata dell'eventuale richiesta di archiviazione (art. 408 comma 2 c.p.p.), può proporvi opposizione e chiedere la prosecuzione delle indagini preliminari, indicando l'oggetto dell'investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova (art. 410 comma 1 c.p.p.), può partecipare all'udienza in camera di consiglio, che decide sulla richiesta (art. 410 comma 3 c.p.p.).<sup>49</sup>

Con riguardo ai poteri dell'offeso nei giudizi speciali che si instaurano nella fase delle indagini preliminari, se ne ha fatto esplicita menzione nell'atto di querela, può opporsi alla definizione del giudizio mediante il procedimento per decreto ai sensi dell'art. 459 comma 1 c.p.p., deve ricevere almeno trenta giorni prima della data fissata per il dibattimento la notifica del decreto che dispone il giudizio immediato (art. 456 comma 3 c.p.p.) e ha diritto di essere citato, anche oralmente, da un ufficiale giudiziario o da un agente di polizia giudiziaria, nel giudizio direttissimo (art. 451 comma 2 c.p.p.). La violazione degli obblighi previsti a favore della persona offesa nell'ambito dei riti speciali non premiali comporta una nullità di carattere intermedio ai sensi dell'art. 178 lett. c) c.p.p.<sup>50</sup>

In tema di poteri di controllo sull'eventuale inattività del pubblico ministero, l'offeso ha il diritto di richiedere al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di disporre l'avocazione nel caso in cui siano scaduti i termini delle indagini preliminari senza che il p.m. si sia determinato in ordine all'azione penale (artt. 412 e 413 c.p.p.); di essere informata, se ne fa richiesta, dell'istanza di proroga (art. 406 comma 3 c.p.p.) con diritto di intervento alla conseguente udienza (art. 406 comma 5 c.p.p.), di invitare il p.m. a

---

<sup>48</sup> APRILE E., *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale* in *Cassazione Penale* n. 5/2003, p.1724

<sup>49</sup> BALDELLI A., BOUCHARD M., *Le vittime del reato nel processo penale*, Torino, 2003, pp. 34 e ss.

<sup>50</sup> Così TESSA S., *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Torino, 2003, p. 85, che accoglie la posizione della dottrina prevalente.

proporre impugnazione ad ogni effetto penale (art. 572 c.p.p.) con obbligo per quest'ultimo, nel caso in cui rigetti la richiesta, di provvedere con decreto motivato.<sup>51</sup>

Con l'avvio della fase processuale, i diritti della persona offesa rilevano quale parte civile del processo; attraverso la costituzione di parte civile, infatti, la vittima può avanzare le proprie pretese civilistiche in ordine alle restituzioni e al risarcimento del danno nell'instauratosi processo penale.

La posizione della parte civile è stata rafforzata dal codice del 1989, che l'ha parificata al reo per quanto riguarda l'accesso al gratuito patrocinio e alle altre parti private per la sottoposizione ad esame solo con il suo consenso, tranne nel caso in cui essa sia anche testimone (art. 208 c.p.p.) e che ha inserito tra le nullità di ordine generale l'inosservanza delle norme riguardanti intervento, rappresentanza ed assistenza della parte civile: quest'ultima gode di poteri di impugnazione (art. 576 c.p.p.) e può richiedere l'immediata esecutività della condanna sia al pagamento della provvisoria, sia alla restituzione e al risarcimento del danno (art. 540 c.p.p.). Con riferimento ai giudizi speciali, la parte civile può decidere se aderire o meno al rito abbreviato, con la conseguenza che se non vi aderisce la sentenza di assoluzione non fa stato nei suoi confronti (art. 652 comma 2 c.p.p.); per quanto riguarda, invece, il patteggiamento il fatto che la vittima non vi possa partecipare, non pregiudica il suo diritto a far valere le pretese risarcitorie in sede civile.<sup>52</sup>

Emblematico della tendenza legislativa al rafforzamento della posizione processuale della vittima è il sistema di giustizia innanzi al giudice di pace, introdotto dal d.lgs. n. 274/2000.

Come è stato sostenuto da autorevole dottrina, nel procedimento davanti al giudice di pace, la persona offesa *“viene elevata al rango di attore principale della persecuzione*

---

<sup>51</sup> Per quanto riguarda, invece, la partecipazione dell'offeso ai procedimenti di impugnazione concernenti le misure cautelari occorre distinguere fra misure cautelari personali e misure cautelari reali. Nel primo caso la persona offesa non ha alcun diritto di partecipare al procedimento, ma il suo difensore può, ai sensi dell'art. 391-octies comma 2 c.p.p., presentare direttamente al Tribunale della Libertà i risultati delle investigazioni difensive; nel secondo caso, invece, la persona offesa può essere legittimata a partecipare direttamente al procedimento, nel caso in cui le cose sequestrate siano di sua proprietà oppure goda del diritto alla restituzione (artt. 257, 322, 322-bis, 325 c.p.p.) oppure ancora, se si tratta di sequestro conservativo, sia interessata al dissequestro del bene e possa proporre, ai sensi dell'art. 318 c.p.p., riesame avverso l'ordinanza applicativa della misura.

<sup>52</sup> DE SIMONE G., *Le forme di tutela della vittima in Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, p. 59.

giudiziaria”<sup>53</sup> attraverso istituti quali il ricorso immediato al giudice previsto dall’art. 21 comma 1 d.lgs. n. 274/2000, l’esclusione della punibilità nei casi di particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n.274/2000) e l’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (art. 35 d.lgs. n.274/2000).<sup>54</sup>

Non è questa la sede per dilungarsi sulle caratteristiche di tali istituti, soprattutto perché essi ampliano i poteri dell’offeso in contesti di microconflittualità, per reati bagatellari di competenza del giudice di pace, fra cui i delitti sessuali non sono certamente ricompresi.<sup>55</sup>

Per capire, però, l’importanza del ruolo assegnato all’offeso, basti considerare che il ricorso previsto dall’art. 21 d.lgs. n. 274/2000, concepito dal legislatore quale ipotesi alternativa rispetto all’esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero, rappresenti una nuova forma di azione penale privata,<sup>56</sup> tale da aver suscitato qualche dubbio di legittimità costituzionale, con riferimento al parametro di cui all’art. 112 Cost. e che gli istituti previsti dagli artt. 34 e 35 d.lgs. n.274/2000 danno diritto alla persona offesa, non ancora parte del procedimento, di interloquire con il giudice sulle modalità di definizione del procedimento e di incidere sulle medesime.

Il giudice di pace, infatti, può ai sensi dell’art. 34 d.lgs. n. 274/2000, dichiarare il non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, con decreto di archiviazione o con sentenza, se è già stata esercitata l’azione penale da parte del p.m. Nel primo caso il giudice di pace emette decreto di archiviazione *“solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento.”* Nel secondo caso, invece, l’offeso può opporsi all’emissione della sentenza declaratoria di tale causa di non procedibilità. L’art. 35 comma 1 d.lgs. n. 274/2000 dispone, invece, che il giudice, prima di emettere la sentenza dichiarativa dell’estinzione del reato, deve sentire le parti e l’eventuale persona offesa, riconoscendo ad essa una posizione paritaria alle altre parti, indipendentemente dalla sua costituzione di parte civile.

---

<sup>53</sup> PADOVANI T., *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace in Il giudice di pace nella giurisdizione penale* ( a cura di) GIOSTRA G. – ILLUMINATI G., Torino, 2001, p. XV.

<sup>54</sup> Così DE SIMONE G., *Le forme di tutela della vittima in Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, p. 60; APRILE E., *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale in Cassazione Penale* n. 5/2003, p.1728.

<sup>55</sup> La competenza per materia del giudice di pace è disciplinata dall’art. 4 d.lgs. n. 274/2000 e riguarda i reati di minor gravità.

<sup>56</sup> Sulla natura del ricorso ex art. 21 D.lgs. n. 274/2000 quale forma alternativa di esercizio dell’azione penale Cass. pen. sez. II sentenza 17 novembre 2005, n. 2578 in *Cassazione Penale* n. 2/2007, pp. 677 e ss.

A livello internazionale, il legislatore è stato più volte esortato ad una maggior attenzione per la vittima coinvolta nella vicenda processuale.

Un primo importante segnale, seppur non vincolante, è costituito dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (85) 11 del 28/06/1985 concernente la posizione delle vittime nell'ambito del diritto penale e della procedura penale che raccomanda agli Stati di prevedere, a livello legislativo ed operativo, una serie di misure a tutela delle vittime, in tutte le fasi del procedimento. In particolare, suggerisce di prendere atto dei vantaggi che possono presentare i sistemi di mediazione e di conciliazione e di promuovere ed incoraggiare le ricerche sull'efficacia delle disposizioni concernenti le vittime.

Successivamente, la Decisione Quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, ha obbligato gli Stati Membri a prevedere una legislazione processuale che tuteli il diritto della vittima ad essere sentita nel processo (art. 3); ad essere adeguatamente informata (art. 4); a partecipare effettivamente e agevolmente al procedimento, attraverso l'assistenza di un interprete, nel caso in cui la lingua non le sia comprensibile (art. 5), per mezzo del gratuito patrocinio, sussistendo le condizioni reddituali richieste (art. 6); ad essere risarcita dei danni subiti (art. 9).

La considerazione della persona offesa nel diritto processuale penale si è, dunque, accresciuta anche grazie alle fonti internazionali, che hanno inteso il processo penale quale importante occasione per restituire alla vittima la dignità che il reato ha ferito.<sup>57</sup>

## **2.2. La tutela della vittima dal processo: i rimedi processuali contro la c.d. vittimizzazione secondaria.**

La vittima del reato può subire, in seguito alla commissione dello stesso, un duplice danno. Il danno c.d. primario *“è conseguenza immediata del reato ed include, oltre alla*

---

<sup>57</sup> Ai sensi dell'art. 2 della Decisione Quadro “ciascuno Stato membro prevede nel proprio sistema giudiziario penale un ruolo effettivo e appropriato delle vittime. Ciascuno Stato membro si adopererà affinché alla vittima sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale durante il procedimento e ne riconosce i diritti e gli interessi giuridicamente protetti con particolare riferimento al procedimento penale. 2. Ciascuno Stato membro assicura che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione.

*perdita economica in senso stretto, anche altre conseguenze rilevanti in capo alla persona offesa: sentimenti di insicurezza, di collera o di paura, ma anche patologie croniche su base psicosomatica.*”<sup>58</sup>

Il danno c.d. secondario, invece, è quello che deriva alla vittima dal contatto con le agenzie del controllo formale (polizia giudiziaria, autorità giudiziaria, servizi sociali, ecc.): l’effetto di alienazione sulla vittima viene provocato *“da un sistema progettato nelle sue strutture e nei suoi contenuti, per un destinatario completamente diverso”*, ovvero l’autore del reato.<sup>59</sup>

Il processo può rappresentare per la persona offesa, anziché la sede naturale in cui far valere i suoi diritti e da cui ottenere ristoro, una seconda esperienza di vittimizzazione, che si somma a quella derivante dal reato e che può costituire, per la stessa, un vero e proprio calvario.<sup>60</sup>

Il contributo che viene richiesto all’offeso, ai fini della determinazione della responsabilità dell’imputato in ordine al reato ascrittogli, implica spesso la ripetizione di narrazioni scabrose, il trauma di emotivo di veder messa in dubbio la propria credibilità, la necessità *“di sottostare al discredito legato alla pubblicità della vicenda e, non raramente, a minacce ed intimidazioni (nei confronti delle quali si sente indifeso), di vedere offuscati i propri diritti dagli interessi di natura pubblica che dominano il processo.*”<sup>61</sup>

Oltre alla mancanza di un adeguato supporto psicologico, non previsto da un legislatore che ha pensato e ideato il processo con esclusivo riguardo alla posizione dell’imputato,<sup>62</sup> vi sono elementi connaturati alla vicenda processuale in cui si annidano le insidie della vittimizzazione. Si pensi all’eccessiva durata del processo, all’assunzione di sommarie informazioni durante le indagini da parte degli inquirenti,

---

<sup>58</sup> MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, p. 53. Nello stesso senso BANDINI T., voce *Vittimologia* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1011.

<sup>59</sup> MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, p. 55; sul danno c.d. secondario anche BANDINI T., voce *Vittimologia* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1012.

<sup>60</sup> CORRERA M.- RIPONTI D., *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, Padova, 1990, pp. 62-63

<sup>61</sup> PORTIGLIATTI BARBOS M., voce *Vittimologia* in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XV, Torino, 1999, p. 331.

<sup>62</sup> Come si vedrà nel capitolo 2 § 1.2.1, l’unica norma processuale, inserita nel codice di rito dalla legge n. 66/1996, che afferma esplicitamente la necessità che all’offeso sia offerta durante la vicenda processuale “assistenza affettiva e psicologica” è l’art. 609-decies c.p., che però trova applicazione solo limitatamente alla persona offesa da un delitto sessuale minorenne.

alla pubblicità delle udienze, allo scontro dibattimentale determinato dall'esame condotto con le modalità della *cross-examination*.

Si rinvencono nella legislazione processuale attuale alcune norme, che tentano di porre rimedio alla c.d. vittimizzazione secondaria e che trovano applicazione generalizzata, indipendentemente dall'età dell'offeso e dalla fattispecie di reato che si intende accertare.

Significativi in tal senso sono l'art. 194 comma 2 c.p.p.<sup>63</sup> e l'art. 499 comma 4 c.p.p.<sup>64</sup> che cercano di evitare che l'esperienza della testimonianza si riveli traumatica e lesiva della dignità della persona esaminata e l'art. 472 comma 3 c.p.p. che consente di derogare al principio della pubblicità dibattimentale "*quando è necessario salvaguardare la sicurezza dei testimoni e degli imputati.*"

Ma le norme più incisive volte ad evitare il rischio della vittimizzazione secondaria sono state previste nel caso in cui oggetto del processo sia un reato di natura sessuale: la delicatezza dell'accertamento e la fragilità delle vittime di questo genere di crimini giustifica la tutela rafforzata che il legislatore processuale ha inteso garantire.

Come, infatti, ha sostenuto la dottrina "*in generale, non si può negare che per alcune vittime il coinvolgimento nel sistema della giustizia penale costituisce un'esperienza traumatica, ciò accade soprattutto nei riguardi delle vittime forse più vulnerabili, ovvero i bambini e le vittime di reati sessuali.*"<sup>65</sup>

Gli istituti finalizzati alla tutela dell'offeso dall'abuso sessuale troveranno l'adeguato approfondimento nelle pagine che seguono.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Così il secondo periodo dell'art. 194 comma 2 c.p.p. "*La deposizione sui fatti che servono a definire la personalità della persona offesa dal reato è ammessa solo quando il fatto dell'imputato deve essere valutato in relazione al comportamento di quella persona.*"

<sup>64</sup> Secondo il disposto di cui all'art. 499 comma 4 c.p.p. "*Il presidente cura che l'esame del testimone sia condotto senza ledere il rispetto della persona.*"

<sup>65</sup> Così CORRERA M.- RIPONTI D., *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, Padova, 1990, pp. 63 e ss.; ma anche BANDINI T., voce *Vittimologia* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1011; PORTIGLIATTI BARBOS M., voce *Vittimologia* in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XV, Torino, 1999, p. 324 che inserisce le vittime dei reati sessuali fra le categorie a rischio.

<sup>66</sup> Si veda il capitolo 2 § 1.2

### 2.3 La tutela della vittima oltre il processo: l'insufficienza della repressione penale.

Nonostante la politica criminale volta alla difesa sociale, quale “*organizzazione della reazione anticriminale*” non possa prescindere dal binomio “prevenzione - repressione”,<sup>67</sup> le istanze di difesa sociale, stimulate dall'aumento delle più gravi forme di criminalità che attentano ai diritti fondamentali della persona, possono essere adeguatamente soddisfatte solo se alla prevenzione del reato e alla repressione del reo si accompagni un effettivo ristoro della vittima del reato *post delictum*.

Il sistema retributivo del diritto penale classico, che vedeva la punizione del colpevole come compensazione legale del crimine e come restaurazione dell'ordine giuridico violato, si è dimostrato insufficiente a soddisfare la vittima, poiché la “*restaurazione del diritto, non opera che nell'astratto, mentre niente è più concreto del danno subito dalla vittima.*”<sup>68</sup>

L'insufficienza della prospettiva adottata e la crisi di fiducia nel valore della pena detentiva e nella risocializzazione del reo hanno condotto ad approfondire il rapporto autore/vittima, non solo nella genesi del crimine,<sup>69</sup> ma anche nella fase successiva ad esso, nella prospettiva della riparazione dovuta all'offeso.<sup>70</sup>

Secondo autorevole dottrina “*attenuate le possibilità applicative e l'afflittività della pena, attraverso la riparazione del danno da reato, la collettività dimostra la sua coesione come aggregato sociale assistendo la vittima del reato, così da manifestare*

---

<sup>67</sup> ANCEL M., *Il problema della vittima nel quadro della difesa sociale*, in *Dalla parte della vittima*, (a cura di) GULOTTA G., VAGAGGINI M., Milano, 1980, p. 32. DI MARTINO A., *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)* in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, pp. 198-199 cita i diari di Jan Philipp Reemtsma, professore universitario di letteratura tedesca e vittima di sequestro a scopo di estorsione, liberato dietro il pagamento del riscatto più alto nella storia della Germania, in cui quest'ultimo aveva addirittura sostenuto “*l'esistenza di un vero e proprio diritto della vittima alla punizione del colpevole.*”

<sup>68</sup> ANCEL M., *Il problema della vittima nel quadro della difesa sociale*, in *Dalla parte della vittima*, (a cura di) GULOTTA G., VAGAGGINI M., Milano, 1980, p. 34.

<sup>69</sup> La branca della scienza che studia il crimine attraverso lo studio della relazione fra vittima e aggressore è la c.d. vittimologia, che si è sviluppata a partire dal 1940, quando vennero pubblicati i primi studi sulla vittima del reato. Il libro *The Criminal and his victim* di von Hentig edito nel 1948, è considerato il fondamento della vittimologia come scienza empirica, che con sempre maggior rigore scientifico, ha cercato di risolvere importanti questioni riguardanti il ruolo della vittima nel favorire la commissione del reato, le condizioni che determinano la vittimizzazione e le sue conseguenze, l'individuazione delle categorie di vittime particolarmente vulnerabili e i possibili rimedi per attenuare i danni economici, psicologici, sociali derivanti dall'illecito. Più approfonditamente si veda BANDINI T., voce *Vittimologia* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, pp. 1008 e ss.

<sup>70</sup> DEL TUFO V., *Voce Vittima del reato* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1006.



*una tangibile reazione di fronte ad una condotta che si vuol sottolineare come lesiva di interessi non soltanto individuali.*”<sup>71</sup>

La moderna concezione della difesa sociale, pur ammettendo che nel risarcimento del danno prevale la difesa degli interessi essenziali della collettività sulla solidarietà per la vittima, prende le distanze dalla più risalente concezione positivista, che tramutava il ristoro della vittima in un ulteriore strumento di repressione del reo<sup>72</sup> e sostiene che debba essere lo Stato a farsi carico del ristoro delle vittime attraverso la creazione di fondi a ciò destinati.<sup>73</sup>

Non sembrano, infatti, sufficienti le norme volte a sollecitare il reo a risarcire il danno, ai sensi dell’art. 185 c.p.,<sup>74</sup> in cambio di sconti di pena o di altri benefici di tipo premiale,<sup>75</sup> poiché un sistema che davvero intenda garantire alla vittima un effettivo ristoro non può ignorare il caso, non certo di scuola, in cui l’imputato non abbia le

---

<sup>71</sup> AMODIO E., *Solidarietà e difesa sociale nella riparazione alle vittime del delitto* in AA.VV. *Vittime del delitto e solidarietà sociale. Una proposta di politica legislativa.*, Milano, 1975, p. 49.

<sup>72</sup> La scuola positiva, mossa da ideologie repressive, non si era distaccata da una concezione punitiva della riparazione che andava inevitabilmente ad incidere sulla persona del reo. Estrinsecazione di questo pensiero era l’inscindibile legame fra ristoro della vittima e lavoro carcerario coatto del condannato, non visto come possibilità di rieducazione dello stesso, ma come mezzo per risarcire economicamente il danneggiato dal reato. Così fra i tanti VENAFRO E., *Brevi cenni introduttivi sull’evoluzione della tutela penale vittima nel nostro sistema penale* in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, pp. 13 e ss..Più approfonditamente GREVI V., *Sui rapporti fra lavoro penitenziario e risarcimento dei danni alle vittime del reato* in AA.VV. *Vittime del delitto e solidarietà sociale. Una proposta di politica legislativa*, Milano, 1975, p. 119 e ss.

<sup>73</sup> AMODIO E., *Solidarietà e difesa sociale nella riparazione alle vittime del delitto* in AA.VV. *Vittime del delitto e solidarietà sociale. Una proposta di politica legislativa*, Milano, 1975, p. 74 e ss che descrive i sistemi di *compensation* dei paesi di *common law*, in particolare l’inglese *Criminal Injuries Compensation Scheme*, quali eccellenti esempi di giustizia riparativa. Sulla necessità che sia lo Stato a provvedere al risarcimento delle vittime, laddove non è stato in grado di prevenire il compimento del reato; PISANI M., *Giustizia e solidarietà per le vittime dei delitti di violenza* in AA.VV. *Vittime del delitto e solidarietà sociale. Una proposta di politica legislativa.*, Milano, 1975, pp. 79 e ss

<sup>74</sup> All’interno dell’ordinamento italiano, la riparazione dei danni da reato è prevista dall’art. 185 c.p., in base al quale ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, devono rispondere per il fatto di lui.

<sup>75</sup> Si pensi ad esempio all’art. 176 c.p., che subordina la concessione della liberazione condizionale all’avvenuto adempimento delle obbligazioni civili da reato, salvo che non dimostri di trovarsi nell’impossibilità di adempierle o l’art. 179 c.p. che nel caso di inadempienza del condannato, impedisce la concessione della riabilitazione, oppure ancora il valore che il risarcimento del danno assume, ai fini degli sconti di pena, per accedere ai riti premiali previsti dal codice di rito. In questo quadro si collocano anche gli artt. 163 comma 4 c.p. e 165 c.p.che, modificati dalla legge n. 145/2004, subordinano la concessione della sospensione condizionale della pena all’adempimento dell’obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno. Una norma di tal tenore vige anche per i procedimenti davanti al giudice di pace: l’art. 35 d. lgs. n. 274/2000 prevede che il giudice possa procedere alla declaratoria di estinzione del reato se l’imputato dimostra di aver effettuato, prima dell’udienza di comparizione, la riparazione del danno derivante dall’illecito, le restituzioni o il risarcimento oppure se dimostra di essersi adoperato per eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il giudice può anche decidere di sospendere il processo per un periodo non superiore a tre mesi, se l’imputato chiede, all’udienza di comparizione, di poter provvedere a risarcire il danno e di non essere stato in grado di farlo entro la data dell’udienza.

risorse per adempiere, a causa di una situazione economica magari già precaria, in molti casi aggravata dalla permanenza in carcere.<sup>76</sup>

In Italia, l'istituzione di fondi finalizzati al risarcimento delle vittime di reato è avvenuta attraverso una disciplina occasionale e frammentata.<sup>77</sup> I fondi fino ad oggi previsti sono, infatti, stati destinati solo ad alcune categorie di offesi, stabilite in base al delitto subito.<sup>78</sup> Nonostante le numerose proposte di legge,<sup>79</sup> lo Stato non si è ancora dimostrato capace di predisporre un sistema solidaristico finalizzato al risarcimento del danno derivante dal reato, che trovi applicazione generalizzata e sistematica, di fronte al compimento dei più gravi crimini. Se, infatti, si ritiene comprensibile una selezione degli illeciti, imposta dalla carenza delle risorse disponibili, meno ragionevole è l'esclusione dal sistema di risarcimento del danno attraverso fondi statali, di alcune fattispecie di elevato allarme sociale, come ad esempio, i delitti sessuali.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> Il problema viene messo bene in evidenza dalla senatrice Bonfietti nella comunicazione alla presidenza del Senato del 12 ottobre 1998, in occasione della presentazione del disegno di legge n. 3584 "Assistenza psicologica e legale urgente in favore delle vittime di gravi reati di violenza e dei loro familiari". Nella relazione fa notare come "in concreto, sono note le difficoltà operative di tali disposizioni, che spesso non consentono alle vittime di recuperare le somme liquidate dal giudice a titolo di risarcimento, attesa anche la frequente situazione di indigenza dei colpevoli materiali del delitto. Inoltre, il sistema sopra descritto presuppone che il colpevole del reato sia noto. Ciò espone sovente la vittima, da un lato, alla necessità di attendere tempi lunghi prima di ottenere la liquidazione del danno, con sostanziale vanificazione degli effetti della stessa; dall'altro, al rischio che rimanga ignoto il colpevole del reato e, dunque, il soggetto tenuto al risarcimento." Per un approfondimento della problematica alla luce della novella del 2009, si veda capitolo 3 § 2.2.

<sup>77</sup> DE SIMONE G., *Le forme di tutela della vittima in Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, p. 65. Sembra confermare questa tendenza il DM 222/2008 "Regolamento ai sensi dell'articolo 7 del D.lgs. 9 novembre 2007, n. 204, recante attuazione della direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato." L'obiettivo della direttiva era finalizzato alla creazione di un fondo per l'equo indennizzo per le vittime di delitti violenti che, risiedendo in un altro Stato dell'UE, facessero fatica a far valere i propri diritti. Secondo i primi commentatori "nulla e men che meno di organico è stato fatto per dare attuazione a questo preciso disposto della direttiva 2004/80/CE, sicché essa, almeno sul versante dei danni riportati in Italia da cittadini stabilmente residenti in un altro Stato dell'UE, sembra poter trovare scarsissima applicazione concreta." Così SACCHETTINI E., *Una riforma attuata solo a metà a cui manca "l'autorità di decisione"* in *Guida al Diritto* n. 24/2009, pp. 40 e ss.

<sup>78</sup> Sono stati istituiti, fino ad oggi, fondi per le vittime della strada (l. n. 990/1969), per le vittime di richieste estorsive e dell'usura (l. 23 febbraio 1999, n. 44), per le vittime del terrorismo e della criminalità organizzata (l. 20 ottobre 1990, n. 302), per le vittime dei reati di tipo mafioso (l. 22 dicembre 1999, n. 512), per le vittime della tratta di persone (l. 11 agosto 2003, n. 228).

<sup>79</sup> Fra le tante, si notino le proposte di modifica dell'art. 111 Cost. (29 giugno 2006 C1242 BOATO; 4 luglio 2006 S 742 COSSIGA ed altri) che miravano a dare tutela costituzionale alla vittima inserendo, dopo il comma V dell'art. 111 Cost., il seguente comma "La vittima del reato e la persona danneggiata dal reato sono tutelate dallo Stato nei modi e nelle forme previsti dalla legge".

<sup>80</sup> Non sembra, infatti, assolvere a questo scopo il fondo previsto dall'art. 17 comma 2 l. n. 269/1998. La norma prevede l'istituzione di un fondo statale costituito dalle multe irrogate, dalle somme di denaro confiscate e derivanti dalla vendita dei beni confiscati a seguito della commissione dei delitti sessuali previsti dalla medesima legge. I proventi non sono però destinati al risarcimento delle vittime dei reati sessuali generalmente intesi ma, nella misura di due terzi, sono destinate a "finanziare specifici programmi di prevenzione, assistenza e recupero psicoterapeutico dei minori degli anni diciotto vittime

Tutela della vittima non significa ridimensionamento delle garanzie del reo; anzi, la ricerca di una *“sintesi fra la posizione della vittima e dell’autore del reato è imposta dalla stessa Costituzione, la cui funzione garantista si esplica nei confronti non solo di chi ha violato la legge, ma anche e innanzitutto delle vittime potenziali del reato cioè dei cittadini in genere.”*<sup>81</sup>

La dottrina ha considerato la c.d. giustizia riparativa quale “ultima frontiera” delle forme di tutela della vittima ed esempio, per antonomasia, della possibilità di riavvicinamento di posizioni antitetiche, quali quelle rappresentate dalla vittima e dal suo carnefice;<sup>82</sup> anche le fonti internazionali sembrano muoversi in questa direzione, dando impulso allo sviluppo di questa nuova via di risoluzione dei conflitti, da attuarsi attraverso la mediazione di una persona competente, appositamente formata e terza rispetto alle parti.<sup>83</sup>

La c.d. mediazione penale, che può concludersi con un accordo sul risarcimento, sulla restituzione o sulla riparazione delle conseguenze del reato, ha conosciuto nel nostro ordinamento una timida cristallizzazione legislativa nel processo minorile<sup>84</sup> e nel procedimento davanti al giudice di pace.<sup>85</sup> In ambito penitenziario, la ricomposizione

---

*dei delitti di cui agli articoli 600 bis, 600 ter, 600 quater e 600 quinquies c.p.”*, mentre la parte residua è destinata al recupero dei condannati per i delitti previsti dagli artt. 600 bis comma 2, 600 ter comma 3 e 600 quater c.p., anche se relativi al materiale pornografico di cui all’art. 600 quater I c.p., solo se ne facciano richiesta.

<sup>81</sup> VENAFRO E., *Brevi cenni introduttivi sull’evoluzione della tutela penale vittima nel nostro sistema penale in Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, p. 19. Così anche MANTOVANI F., *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova 2001, p. 240 secondo cui *“una politica criminale coerente deve tendere alla costante sintesi delle posizioni della vittima e del reo: alla costante ricerca del punto di equilibrio tra libertà individuale e difesa sociale.”*

<sup>82</sup> Più ampiamente sul tema della mediazione penale MANNOZZI G., *La giustizia senza spada – Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, pp. 4 e ss..

<sup>83</sup> Trattano della giustizia riparativa la Dichiarazione delle Nazioni Unite di Vienna (aprile 2000) che definisce la giustizia riparativa quale modello di giustizia nel quale *“... la vittima, il reo e, laddove risulti appropriato, chiunque, individuo o comunità, leso dal reato, partecipano insieme e attivamente alla risoluzione delle questioni sorte dal reato, generalmente con l’aiuto di un facilitatore.”* Le più importanti direttive comunitarie sul tema sono la Raccomandazione del Consiglio d’Europa in tema di mediazione penale n. (99)/19 e la Decisione Quadro del Consiglio dell’Unione Europea relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI del 15 marzo 2001).

<sup>84</sup> L’art. 28 d.p.r. 22 settembre 1988 n. 448 introduce una sorta di *probation* processuale che, in caso di esito positivo, può evitare la prosecuzione del processo e conseguentemente la condanna dell’imputato minorenni. L’istituto della messa alla prova del minore consiste, infatti, nella sospensione del processo per un certo periodo di tempo, nel quale il minore viene affidato ai servizi minorili per lo svolgimento di attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con l’ordinanza di sospensione il giudice può *“impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato.”*

<sup>85</sup> Il D. Lgs. n. 274/2000 riconosce esplicitamente per la prima volta nel nostro ordinamento, la riconciliazione delle parti quale via per la risoluzione del conflitto. L’art. 29 comma 4 d.lgs. n. 274/2000 dispone, per i reati perseguibili a querela, che *“il giudice (...) promuove la conciliazione fra le parti. In*

del conflitto reo/offeso è stata prevista quale tappa fondamentale nel percorso di rieducazione del condannato (art. 27 Cost.), in ottemperanza del principio solidaristico previsto dall'art. 2 Cost.<sup>86</sup>

Occorre chiedersi se questa forma di giustizia possa trovare attuazione anche di fronte al compimento di gravi crimini, in grado di destare allarme sociale.<sup>87</sup>

Ai nostri fini, il quesito, di non facile soluzione, non può che porsi con riferimento ai reati sessuali. In tali casi, il riavvicinamento fra vittima e reo potrebbe favorire la ricostituzione dei rapporti familiari sconvolti dalla violenza, restituendo così ad offeso ed aggressore un riferimento per superare il trauma e tornare ad una normale vita di relazione.<sup>88</sup>

Il legislatore ha previsto, nel caso di processi per reati sessuali, una serie di deroghe a protezione della vittima, che operano solo durante la vicenda processuale e che con essa terminano; scarsa sensibilità è stata, invece, mostrata per il destino della vittima successivamente alla condanna del suo carnefice. Ciò è ancor più vero se si considerano le novità apportate alla disciplina processuale dalla riforma del 2009; ne sono la prova,

---

*tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio."*

<sup>86</sup> L'art. 47 comma 7 l. n. 354/1975 prevede che, nel disporre la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, il giudice stabilisca che *"l'affidato si adoperi quanto più possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare"*; l'art. 27 D.P.R. n. 230 del 30 giugno 2000 contempla *"la riflessione sulle condotte anti giuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa"* quale tappa fondamentale del percorso rieducativo, che mira a dare la possibilità al condannato di instaurare una normale vita di relazione.

<sup>87</sup> Secondo DE SIMONE G., *Le forme di tutela della vittima in Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, p. 70 *"Per i reati più gravi e che suscitano più elevato allarme sociale, per i quali non è praticabile la via d'uscita della remissione della querela, la mediazione potrebbe assumere una qualche rilevanza nella fase della commisurazione della pena. Si potrebbe stabilire che il giudice debba tener conto di una mediazione positivamente conclusasi ai fini della determinazione dell'entità e del tipo di sanzione concretamente applicabile."*

<sup>88</sup> E' pacifico nella letteratura specializzata che *"il trauma emotivo derivante dalla violenza sessuale è tanto più grande quanto maggiore è il legame affettivo tra l'autore e la vittima. Infatti, le conseguenze di una violenza sessuale messa in atto da uno sconosciuto sono inferiori a quelle derivanti dalla violenza di un conoscente o peggio, di un familiare."* Così BANDINI T., voce *Vittimologia* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1013. L'utilizzo della mediazione penale nel caso di reati a sfondo sessuale è affiancato da perplessità di vario genere sia in ordine alla natura del reato sia all'età dei soggetti coinvolti. Il problema è stato affrontato non solo con riferimento alla persona offesa, ma anche all'autore del reato; si pensi al caso in cui il reo sia un minore: l'istituto della messa alla prova apre spazi per la mediazione *"che potrebbe rivelarsi particolarmente utile proprio qualora il minore neghi o minimizzi quanto successo o non comprenda la sofferenza arrecata alla vittima: la sua vista ed il suo ascolto possono aiutare a cogliere gli effetti di un'azione il più delle volte rappresentata come disincarnata."* Così FORRESI B., *Minorenni autori di reati a sfondo sessuale: spazi per una messa alla prova* in *Sessualità, diritto e processo* ( a cura di) GULOTTA G., PEZZATI S., Milano, 2002, pp. 540 ss.

la mancata previsione di un fondo specificamente destinato al risarcimento delle vittime di delitti sessuali, la permanenza del divieto di accesso a riti premiali che sollecitino l'imputato ad adempiere alle obbligazioni civili derivanti dal reato<sup>89</sup> e l'irrigidimento della disciplina penitenziaria, che si pone in antitesi con qualsiasi forma di giustizia riparativa, che miri alla ricomposizione dei rapporti fra vittima e *sexual offender*.<sup>90</sup>

Nonostante la scarsa fiducia dimostrata dalla legge n. 38/2009 nell'attuazione di forme di giustizia riparativa in materia di delitti sessuali, la riconciliazione delle parti, che attribuisce all'offeso un ruolo attivo nella ricomposizione del conflitto e rappresenta per il reo una possibilità di reinserimento, è obiettivo, certamente ambizioso, che il legislatore, sollecitato anche dal dettato costituzionale, deve perseguire con tenacia.<sup>91</sup>

Nell'accidentato percorso che mira alla predisposizione di strumenti efficaci di ristoro della vittima, dunque, non solo la punizione del reo non è elemento di per sé bastevole, ma occorre che al risarcimento del danno, che mira alla soddisfazione dell'interesse individuale dell'offeso, si affianchino forme di giustizia riparativa e alternative alla detenzione, ai fini dell'effettiva e duratura reintegrazione dell'ordine violato e *“della pacificazione sociale, che consegue alla creazione di un rapporto positivo tra l'autore e la vittima.”*<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Sul punto si veda il capitolo 2 § 2.2.1. e il capitolo 3 § 1.2.

<sup>90</sup> Sul punto si veda il capitolo 2 § 2.2.2. e il capitolo 3 § 2.2.

<sup>91</sup> Secondo GIULINI P., *Principi ispiratori e premesse teoriche del progetto di trattamento per autori di reati sessuali “unità di trattamento intensificato presso la casa di reclusione di Bollate*, in AA VV *Aggressori sessuali – Dal carcere alla società*, Milano, 2006, pp. 453 ss *“si ritiene indispensabile anche nel nostro paese prospettare delle ipotesi di intervento tratta mentale che non solo corrispondano al dettato costituzionale della funzione rieducativa della pena, ma si prendano carico delle anomalie degli aggressori sessuali nella prospettiva di un loro ritorno alla vita sociale. (...) Altrimenti (...) tale soggetto, ibernato in prigione, torna libero da ibernato sociale, spesso con un tessuto familiare lacerato, su cui non si è intervenuti, e viene scongelato con i suoi disfunzionamenti intatti e con in più una buona dose di rabbia e carica aggressiva, anche conseguenti a condizioni detentive umilianti.”*

<sup>92</sup> DEL TUFO V., *Voce Vittima del reato* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1006.

## **Capitolo 2**

### **Il processo per reati sessuali prima dell'entrata in vigore della legge n. 38/2009: il difficile bilanciamento fra tutela del minore, esigenze di accertamento e garanzie dell'imputato.**

#### **1. Il minore, vittima e testimone, fra necessità di accertamento e tutela della personalità fragile: le valide ragioni della disciplina derogatoria alle norme sull'assunzione della testimonianza nel processo penale.**

Vi sono diversi fattori che depongono per un'alta probabilità che i processi di abuso sessuale sui minori siano molto combattuti, senza esclusione di colpi.

Si pensi al fatto che, in molti di questi casi, mancano le prove fisiche e mediche e pertanto i difensori, credendo di avere buone possibilità di arrivare ad un proscioglimento decidono di dare battaglia, senza esclusione di colpi; inoltre, molti individui accusati di abuso sessuale ai danni di un minore non appartengono a classi sociali disagiate, potendo quindi permettersi di affrontare le spese di un processo lungo e costoso; infine, la condanna per abuso sessuale nei confronti di un bambino porta con sé non solo una sentenza potenzialmente severa, ma anche un segno d'infamia a livello sociale, non presente in altri crimini, il che induce ad insistere per essere pienamente scagionati.

Gli elementi che caratterizzano i processi di abuso sessuale sui minori non riguardano solamente gli aspetti più strettamente giudiziari e investigativi, ma sconfinano anche nell'ambito psicologico di valutazione della personalità e del comportamento, specie della presunta vittima. Un problema ricorrente in questi casi è costituito dal fatto che quest'ultima è, spesso, l'unica fonte di elementi di prova e,

conseguentemente, la miglior strategia di difesa per l'imputato consiste nel minare la credibilità della testimonianza della vittima. Essa sarà ascoltata nelle diverse fasi processuali: dal primo momento della raccolta di informazioni da parte del pubblico ministero e/o dalla polizia giudiziaria incaricata delle indagini, alle fasi successive delle indagini preliminari o nell'istruttoria dibattimentale. L'esame del minore potrà avvenire nell'ambito dell'incidente probatorio oppure si procederà al suo ascolto nell'ambito di una consulenza tecnica di parte, qualora sia il pubblico ministero a definire tale procedura, o ad una perizia, che può essere disposta dal giudice delle indagini preliminari o dal giudice dibattimentale.<sup>1</sup>

Il processo penale non può, quindi, trascurare di considerare le peculiarità della testimonianza quando a renderla sia un soggetto c.d. debole, a causa della personalità ancora in via di formazione, quale è il minore.

Il problema si acuisce se il minore non solo è testimone di fatti aberranti quali sono quelli di abuso sessuale, ma è anche offeso dal reato e, pertanto, protagonista assoluto della vicenda giudiziale insieme al suo carnefice.

Le ragioni che rendono il minore degno di tutela, al punto da legittimare una disciplina processuale derogatoria nelle fasi più traumatiche in cui egli è coinvolto in prima persona sono oggettive e si cercheranno di spiegare nelle pagine che seguono.

La convinzione è che le cautele introdotte dal legislatore con la legge n. 66/1996 e implementate con la successiva legge n. 269/1998, che hanno contribuito a creare un sottosistema processuale esclusivamente riservato ai reati sessuali, siano state doverose e opportune, per evitare che il contatto con il processo diventasse per il minore una seconda esperienza di vittimizzazione, dopo il delitto.

---

<sup>1</sup> SCALI, *L'ascolto giudiziario del minore vittima di abuso sessuale in Il diritto di essere bambino: proposte e strategie di intervento* (a cura di Telefono Azzurro), p. 78

## **1.1 Ricordo e ascolto del minore: aspetti problematici**

### **1.1.1. I fattori che incidono sulla capacità di ricordare del minore: cause emotive e limiti fisiologici**

Un tema fra i più dibattuti è quello della capacità dei bambini di ricordare e di riferire correttamente fatti di abuso di cui, il più delle volte, sono gli unici testimoni.<sup>2</sup>

Questa problematica attraversa trasversalmente ambiti molto diversi fra loro, necessariamente in interazione: quello della psicologia e psicoterapia, quello giuridico e giudiziario, “*comportando molte difficoltà nel coniugare le metodologie e gli intenti*”.<sup>3</sup>

In questa sede si approfondirà la problematica del ricordo del minore, con particolare attenzione alle tecniche elaborate nell’ambito della psicologia giuridica ed utilizzate nelle audizioni di bambini, presunte vittime di abusi sessuali.

Le tecniche dell’ascolto giudiziale hanno una loro particolarità che le differenzia da quelle della testimonianza; nella testimonianza ci sono gli interroganti (il giudice, il pubblico ministero, il poliziotto, il difensore) che domandano all’interrogato (il minore), che risponde. La testimonianza del minore abusato pone problemi, a monte, sulle modalità e sulle procedure di intervista che consentano di ottenere le risposte più attendibili ed esaurienti, nonché i contenuti ed i significati più rilevanti ai fini giudiziari e, a valle, sulla valutazione dei risultati dell’intervista attraverso un’analisi delle capacità cognitive dei soggetti minorenni. Nell’ascolto, invece, occorre usare delle tecniche di intervista diverse, affinché il minore sia messo nella condizione migliore per esprimere realmente la sua opinione sull’oggetto del processo che lo riguarda e l’operatore giudiziario o di polizia possa adeguatamente comprendere il suo pensiero.<sup>4</sup>

Molteplici sono gli ostacoli che incontra il minore nell’esprimere fatti tanto delicati quanto intimi, in un contesto a lui estraneo quale è quello giudiziario, ma altrettanti

---

<sup>2</sup> MAZZONI, *La psicologia della testimonianza nei casi di presunto abuso sessuale su soggetti minori: il problema del ricordo e delle tecniche di intervista* in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Milano, 2000, p. 83

<sup>3</sup> MALACREA- LORENZINI, *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale*, Torino 2002, p. 176. Sulla tematica dell’interdisciplinarietà della materia trattata e, quindi, sulla necessità di un coordinamento delle competenze dei vari settori coinvolti anche RECCHIONE S., *Le indagini nei casi di sospetti abusi su minori. La prova dichiarativa debole e la fruibilità degli atti di indagine* in *Cassazione Penale* n. 1/2009, pp. 246 e ss.

<sup>4</sup> PAZE’, *L’ascolto del minore*, p. 20 in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it)



sono gli errori in cui può cadere chi è deputato a raccogliere le sue dichiarazioni e a decodificare il messaggio in esse contenuto.<sup>5</sup>

Il minore che si trova coinvolto, per la prima volta, nell'apparato giudiziario come testimone prova una profonda ansia, poiché si trova di fronte ad una situazione sconosciuta, oltre che paura, per il fatto di essere stato coinvolto in un meccanismo per lui strano e incomprensibile come quello processuale.

Pesante è, inoltre, la percezione dell'incapacità tanto di esprimersi quanto di essere creduti sui fatti raccontati; questa percezione, unita al senso di colpa, di vergogna e di imbarazzo, può aumentare a tal punto lo stato di stress della vittima da renderla davvero incapace di testimoniare.<sup>6</sup>

Tali sentimenti contribuiscono a rafforzare la naturale dipendenza del minore nei confronti degli "adulti significativi"<sup>7</sup> e lo spingono a cercare un sostegno che, però, non sempre questi ultimi sono in grado di fornire. Costoro potrebbero mettere in crisi la testimonianza del minore o trasmettergli "un atteggiamento di drammatizzazione dell'evento" o il timore che loro stessi hanno per l'intervento dell'autorità giudiziaria.

La vittima subisce, poi, la paura di poter alterare gli equilibri relazionali della propria famiglia e di perderne l'appoggio, specie se non si attiene a ciò che essa desidera che dichiari,<sup>8</sup> essendo costretta ad affrontare emozioni e sentimenti complessi, aggravati dal fatto di rappresentarsi come unico responsabile delle conseguenze delle sue dichiarazioni.<sup>9</sup>

Se, infatti, l'abuso sconvolge la vita del minore, costui sa che una rivelazione incauta, per quanto unica via di uscita potenziale dall'esperienza traumatica, potrebbe addirittura peggiorare la sua situazione.<sup>10</sup>

Al di là delle componenti emotive personali, che accompagnano l'esperienza di abuso, esistono altri elementi che ostacolano il ricordo del minore e possono contribuire ad alterarne la veridicità. Va, innanzitutto, considerato che il trauma subito può, di per sé,

---

<sup>5</sup> ROTRIQUENZ, *I casi di abuso sessuale su minori: aspetti giuridici*, in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori: la memoria, l'intervista e la validità della deposizione*, Milano 2000, p. 26

<sup>6</sup> MALACREA, LORENZINI *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale*, Torino 2002, p. 197

<sup>7</sup> ROTRIQUENZ, in op. cit. p. 28

<sup>8</sup> Il maggior pericolo di inquinamento delle prove deriva proprio dalla pressione psicologica attuata sul minore dalla famiglia, affinché egli ritratti o taccia su quanto accaduto.

<sup>9</sup> ROTRIQUENZ, in op. cit. p. 29. Il minore può alimentare sensi di colpa per l'arresto o l'incarcerazione del familiare e per le conseguenze, anche di tipo economico, che ciò può comportare per l'intero nucleo familiare, nonostante i rimedi introdotti con la legge 154/2001.

<sup>10</sup> MALACREA, LORENZINI in *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale*. p. 205

distorcere il ricordo in diversi modi.<sup>11</sup> Nonostante gli studiosi siano combattuti fra la necessità di ammettere l'esistenza di un meccanismo particolare che spieghi l'amnesia dei ricordi traumatici e quella di ritenerli soggetti ai normali processi di oblio, su un punto c'è consenso unanime: ogni attività sessuale tra adulto e bambino è negativa, in quanto determina nel bambino un trauma da cui originano danni gravi e permanenti.<sup>12</sup>

Mentre, dunque, appare poco discutibile il fatto che il trauma modifichi il naturale processo della memoria, è invece scarsamente prevedibile il suo effetto, che dipende dalla combinazione di molti fattori. L'intensità e la qualità della traccia mnestica possono essere inversamente proporzionali e l'effetto della ripetitività delle esperienze può funzionare sia come "attivatore" che come "desensibilizzatore" dei ricordi.<sup>13</sup> In questa complessità si ravvisa almeno un punto fermo: la persistenza o recuperabilità delle parti centrali del ricordo della vicenda traumatica, che può avvenire quando il soggetto si trovi in una condizione simile a quella in cui è avvenuto l'abuso oppure sperimenti "*l'intrusione di percezioni vivide ed improvvise*" oppure ancora quando si creano stati d'animo ed emozioni collegati al momento in cui si è formato il ricordo oppure, infine, attraverso la psicoterapia.<sup>14</sup>

Un altro ostacolo, di tipo fisiologico, al ricordo dell'esperienza traumatica, quale può essere quella di aver subito un abuso sessuale da un familiare, è rappresentato dai meccanismi di difesa del trauma: si innescano, infatti, numerose dinamiche psicologiche volte a mantenere l'equilibrio personale, almeno temporaneamente, in presenza dell'esperienza traumatica. Da ciò deriva una potente interferenza con i processi puramente cognitivi "*di immagazzinamento e rievocazione della traccia mnestica*", già in sé intaccata dal trauma.<sup>15</sup> Tali meccanismi sono:

---

<sup>11</sup> MALACREA, LORENZINI in *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale*. p. 181

<sup>12</sup> GALLO, *Il bambino come prova: limiti e caratteristiche della testimonianza infantile*, in *Abuso di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p.189.

<sup>13</sup> Gli autori distinguono i modi in cui il trauma può colpire le funzioni mnemoniche in quattro categorie principali: *l'amnesia traumatica*, che consiste nella perdita o nell'assenza di ricordi riguardanti le esperienze traumatiche; il *danno globale alla memoria*, che si manifesta attraverso la combinazione della mancanza di ricordi autobiografici, della continua dissociazione e degli schemi di pensiero che includono la vittimizzazione, l'impotenza e il tradimento; la *dissociazione*, a causa della quale i ricordi non sono immagazzinati nella memoria come frammenti isolati consistenti in percezioni sensoriali o stati affettivi; *l'organizzazione senso-motoria delle esperienze traumatiche*, che indica il fenomeno secondo cui i ricordi del trauma hanno la tendenza ad essere sperimentati principalmente come frammenti delle componenti sensoriali dell'evento.

<sup>14</sup> MALACREA, LORENZINI in *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale*. p. 186-187

<sup>15</sup> MALACREA, LORENZINI in *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale*. p. 188-189

- la rimozione, attraverso cui il soggetto abusato giunge a dimenticare in modo temporaneo o permanente ciò che accaduto, come se il doloroso evento venisse spinto in qualche angolo inaccessibile dell'inconscio;
- la repressione, definita come “un atto cosciente e temporaneo il cui obbiettivo è quello di allontanare momentaneamente un contenuto spiacevole dalla coscienza”;
- la dissociazione, cioè “*la perdita o l'alterazione della capacità di integrare la coscienza e l'identità*”;<sup>16</sup>
- la negazione, che consiste nella cancellazione, nel rifiuto o nel diniego della realtà spiacevole, che non viene memorizzata perché ad essa “*non è correttamente attribuito valore emotivo*”, quindi il ricordo viene arrestato ancor prima che si formi.<sup>17</sup>

Nessuno di questi meccanismi in se stesso impedisce di ricordare, ma può diventare la strategia funzionale attraverso cui il bambino obbedisce all'imperativo di rispettare il segreto, che percepisce fortemente anche senza ingiunzioni esterne: “*se la violenza sessuale è qualcosa su cui è interdetta la comunicazione, tentare di dimenticare può sembrare una buona scelta intorno a cui mobilitare attivamente energie mentali*”.<sup>18</sup>

Il problema relativo al ricordo del minore e alla veridicità del suo racconto si acuisce se le vittime del sospetto di abuso sono bambini in età prescolare. Nonostante gli studi in laboratorio e sul campo di bambini di età inferiore ai sei anni siano rari, a causa delle difficoltà di ottenere un'adeguata collaborazione da bambini così piccoli, sembra trovare unanime consenso la tesi secondo cui questi ultimi dimostrino una certa difficoltà mnestica nel distinguere i fatti realmente accaduti da quelli soltanto fantasticati.<sup>19</sup> Essi, infatti, sono inclini a sopravvalutare le loro fantasie e tendono a confondere i ricordi delle fantasie con quelli dei fatti reali, non essendo in grado di

---

<sup>16</sup> Gli autori precisano che il termine “dissociazione” viene utilizzato per riferirsi ad alcuni fenomeni distinti, ma correlati: la frammentarietà sensoriale ed emozionale delle esperienze, la depersonalizzazione al momento del trauma e in seguito, che si manifesta con il “sognare ad occhi aperti” nella vita quotidiana, la repressione di ricordi traumatici entro stati dell'io distinti.

<sup>17</sup> MALACREA, LORENZINI, in *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale*. pp. 189-190

<sup>18</sup> MALACREA, LORENZINI in *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale*. p. 191

<sup>19</sup> GALLO, in *Il bambino come prova: limiti e caratteristiche della testimonianza infantile*, in *Abuso di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*. p. 189

effettuare un corretto esame della realtà:<sup>20</sup> sono, dunque, poco attendibili nei ricordi, in quanto incapaci di separare gli aspetti soggettivi da quelli oggettivi delle loro esperienze e, difficilmente, forniscono verbalizzazioni affidabili, pur risultando, nella maggior parte dei casi, gli unici testimoni degli avvenimenti da appurare.<sup>21</sup> Uno dei modi per ottenere, da bambini così piccoli, dei ricordi accurati è quello di sottoporli alla procedura del “ricordo libero”, che consiste nel racconto spontaneo, non guidato da domande specifiche da parte dell’intervistatore. Va, però, detto che il ricordo libero nel bambino in tenera età è sempre molto povero, nettamente inferiore a quello dell’adulto, per cui un bambino riporterà pochissimi momenti dell’episodio che ha vissuto.<sup>22</sup>

La ricerca ha, poi, messo in luce che la memoria di un evento in un bambino sembra sia migliore se egli è stato personalmente coinvolto e non sia rimasto mero spettatore di esso. Tuttavia una memoria migliore non necessariamente comporta una maggiore resistenza ad un’informazione suggestiva:<sup>23</sup> i bambini di età inferiore ai 10 – 11 anni sono, infatti, altamente suggestionabili.<sup>24</sup>

La suggestione può essere definita come “*il grado in cui gli individui arrivano ad accettare e, conseguentemente, incorporare una informazione post-evento nei loro ricordi*”: vengono incluse, in tale nozione, le influenze di una vasta gamma di fattori interni ed esterni al soggetto sui “*processi di significazione, immagazzinamento, recupero e racconto di eventi*”. Questa definizione comporta che sia possibile accettare un’informazione senza che il ricordo reale sia alterato, come accade quando il bambino cede a pressioni relazionali o è consciamente spinto da fattori personali a modificare il

---

<sup>20</sup> Uno dei precursori di tale tesi fu FREUD, che sosteneva che la vita mentale dei bambini piccoli fosse influenzata dalle fantasie, anche di tipo sessuale e che essi, nel ricordare, confondessero le fantasie con le loro esperienze vissute.

<sup>21</sup> GALLO in op. cit. pp. 193-194-195

<sup>22</sup> MAZZONI *La psicologia della testimonianza nei casi di presunto abuso sessuale su soggetti minori: il problema del ricordo e delle tecniche di intervista* in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Milano, 2000p. 95

<sup>23</sup> MAZZONI *La psicologia della testimonianza nei casi di presunto abuso sessuale su soggetti minori: il problema del ricordo e delle tecniche di intervista* in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Milano, 2000, p. 98. L’autrice fa riferimento ai risultati delle ricerche condotte da Rudy e Goodman nel 1991.

<sup>24</sup> GALLO in *Il bambino come prova: limiti e caratteristiche della testimonianza infantile*, in *Abuso di minore e processo penale: ruoli e responsabilità* p. 195 e MAZZONI *La psicologia della testimonianza nei casi di presunto abuso sessuale su soggetti minori: il problema del ricordo e delle tecniche di intervista* in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori* p. 99 fa riferimento alle ricerche condotte sul tema da Bruck e Ceci nel 1995. Secondo DE CATALDO NEUBURGER L., *L’esame del minore* in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997, p. 129 i professionisti, incaricati di intervistare il minore- vittima di un presunto abuso sessuale, devono imparare a temere ed evitare i pericoli che si celano dietro la suggestione, dato che il fattore “suggestione” figura al primo posto fra gli elementi che possono inquinare il risultato di un’intervista.

racconto dei fatti.<sup>25</sup> La suggestione indotta al minore può essere “positiva” o “negativa”. Si ha una suggestione “positiva” quando le influenze esterne conducano il bambino a credersi abusato quando non lo è stato o ad amplificare, in termini negativi, il significato delle proprie esperienze: essa sovrappone “al reale corpo dei ricordi prodotti che, pur non appartenendo loro, vengono in essi incorporati confusivamente e, forse, definitivamente”; la suggestione “negativa”, invece, tende a contrastare “il racconto della vittimizzazione” e funge da rinforzo alla tendenza, tanto diffusa in tale ambito, a mantenere il segreto. Questo tipo di suggestione viene attuata, per esempio, quando gli adulti impongano al minore di non raccontare i fatti di violenza o ne minimizzino la gravità.<sup>26</sup> Vi sono dei fattori a cui la suggestionabilità è positivamente correlata: i bambini, se piccoli, cedono con grande facilità alla suggestione, se sono interrogati a distanza di tempo, se si sentono intimoriti dall’adulto, se sono suggestionati da domande mal poste o volutamente viziate, se la suggestione viene esercitata da persone affettivamente importanti o, comunque, da soggetti che per il bambino rappresentano un esempio da seguire.<sup>27</sup>

### **1.1.2. Gli errori nell’intervista del minore abusato...**

Risulta, quindi, evidente l’importanza che riveste, ai fini di ottenere da parte del minore un racconto veritiero dell’episodio oggetto di indagine, il modo in cui quest’ultimo viene interrogato.

Le modalità dell’esame sono, infatti, determinanti quando il testimone è bambino, poichè egli, data la tenera età, non ha ancora appreso “*lo schema convenzionale che presiede alla rievocazione di eventi passati*” e, perciò, tutto dipende dalle domande con cui gli adulti guidano i suoi ricordi.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> MALACREA, LORENZINI in *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale* pp. 212-213. La definizione riportata dagli autori è di Gudjonsson, il quale ha anche sviluppato una serie di scale di suggestionabilità di grande utilità pratica, come riporta DE CATALDO - *L’esame del minore in Abuso sessuale di minore e processo penale*, Padova p. 129 – che vengono usate nelle interviste finalizzate alla valutazione giudiziaria.

<sup>26</sup> MALACREA, LORENZINI in *Bambini abusati: linee-guida nel dibattito internazionale* p. 211

<sup>27</sup> DE CATALDO NEUBURGER L.L’*esame del minore in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997p. 129

<sup>28</sup> DE CATALDO NEUBURGER L’*esame del minore in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997, p. 136

Diversi sono, infatti, gli errori in cui possono incorrere i professionisti nell'intervistare un minore, sospettato di essere stato vittima di un abuso sessuale. Nel corso dell'intervista essi potrebbero porre, ad esempio, delle domande suggestive, ossia *“domande che affermano più di quanto non chiedano”*<sup>29</sup> oppure potrebbero incalzare il bambino con domande pressanti o aggredirlo, intervenendo di autorità quando mette in atto *“manovre diversive per evitare temi per lui carichi di sofferenza”*; oppure ancora, un altro errore potrebbe essere quello di interrogarlo attraverso un *“fuoco incrociato di domande”* da parte di più di un interlocutore.<sup>30</sup>

Le fonti di tali errori sono di diverso tipo: essi possono derivare sia dalla formazione professionale dell'esperto che intervista il minore, sia dalla mancanza di una preparazione specifica dell'operatore giudiziario in tale ambito.

E' noto che gli interventi delle varie agenzie coinvolte in casi di abuso su un minore siano dominate da preoccupazioni differenti: le istituzioni a carattere giuridico (p.m. presso il Tribunale ordinario, Tribunale per i minorenni, polizia giudiziaria, il difensore<sup>31</sup>) vorranno capire se e quale fattispecie di reato si può configurare e dovranno perseguirne l'autore o elaborare una strategia difensiva, i servizi sanitari (pronto soccorso pediatrico, consultori, neuropsichiatria infantile, servizio di emergenza sanitaria 118) saranno impegnati a valutare se si possono rilevare evidenze cliniche che contribuiscono a diagnosticare e a certificare l'abuso, infine, i servizi socio-assistenziali (servizi sociali, comunità di accoglienza, strutture di volontariato) vedranno come prioritari gli interventi di accoglienza ed assistenza del minore.<sup>32</sup>

Nonostante questi interventi siano tutti accomunati dall'obiettivo di provvedere alla miglior cura e tutela del minore in situazione di crisi, la considerazione delle diverse competenze dei settori coinvolti aiuta a comprendere meglio i motivi degli errori in cui i vari operatori possono incorrere nell'ascolto del bambino.

---

<sup>29</sup> GULOTTA, *Le fonti di errore nelle valutazioni di abuso sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 167

<sup>30</sup> DE CATALDO NEUBURGER, *L'esame del minore in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997, pp. 133-134

<sup>31</sup> Il minore potrà, infatti, essere ascoltato anche in sede di indagini difensive ai sensi dell'art. 327 bis c.p.p. Fa notare FIORILLO V., *Il minore vittima di abusi. L'ascolto del minore nella fase delle indagini preliminari e del processo* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 6/2009, p. 689, che pur potendosi evitare che il minore deponga in questa sede grazie alle disposizioni di cui agli artt. 391 quinquies e 391 bis comma 3 c.p.p. *“è comunque del tutto sconsigliabile che si proceda in tal senso, anche per evitare che l'assommarsi di plurime audizioni danneggi psicologicamente il minore.”*

<sup>32</sup> LOPEZ, *Intervento al Convegno organizzato da Telefono Azzurro dal titolo “Il diritto di essere bambino: proposte e strategie di intervento.”*, Milano, 2002, pp. 140-141.

Per quanto concerne l'ascolto del minore da parte degli "addetti alla giustizia" esso può venir pregiudicato, per esempio, dal fatto che esso venga praticato come una formalità, banalizzandolo e svuotandolo di significato a causa della convinzione dell'interrogante che sia già tutto chiaro e deludendo così il bisogno del ragazzo di essere attentamente ascoltato.<sup>33</sup> Può, inoltre, accadere che il p.m. o un ufficiale di polizia giudiziaria intervenga in una situazione di presunto abuso, valutando l'opportunità di raccogliere immediatamente la testimonianza del minore per ottenere elementi che aiutino lo svolgimento delle indagini prima che il presunto abusante possa "inquinare la scena". In questo frangente l'operatore giudiziario, pur privo di una specifica formazione, procede nel sentire il bambino presso un ufficio non attrezzato (solitamente la questura o la caserma) attraverso la tecnica dell'a. d. r. (a domanda rispondi).<sup>34</sup>

Per una deformazione professionale di colui che è deputato all'ascolto, l'incontro con il bambino potrebbe esser trasformato in un'occasione di contestazione, magari di fatti e atteggiamenti delle persone adulte di riferimento per il bambino oppure potrebbe venir ridotto ad un monologo dell'interrogante per cui è il minore che ascolta e non viceversa. L'errore può, inoltre, riguardare il tempo da dedicare all'ascolto: affinché il minore si esprima compiutamente su fatti tanto intimi e dolorosi è assolutamente necessario che il suo interlocutore non abbia fretta e lasci tutto lo spazio di cui ha bisogno. La sede giudiziaria non è la sede adeguata per un ascolto clinico: l'ascolto deve essere "*quello del bambino che parla e non dei segni verbali che manifesta*", i quali sono difficilmente decifrabili da un giudice, un avvocato o un poliziotto e per la cui valutazione occorre spesso la consulenza tecnica.

Il problema della testimonianza dei bambini "*non dipende tanto dalla loro capacità di raccontare, quanto dalla possibilità di individuare i fraintendimenti alla base delle loro affermazioni*", i quali possono emergere solo attraverso la specifica competenza dell'esperto.<sup>35</sup> E' proprio questa consapevolezza che, spesso, porta gli operatori giudiziari a preferire l'ascolto indiretto, cioè "filtrato" da un perito, all'ascolto diretto

---

<sup>33</sup> PAZE' in op. cit. p. 21

<sup>34</sup> LOPEZ in op. cit. p. 142

<sup>35</sup> DE CATALDO NEUBURGER in *L'esame del minore in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997, p. 120

della vittima.<sup>36</sup> Ciò non deve, però, indurre a pensare che la preparazione dell'esperto lo renda immune da errori.<sup>37</sup>

Una prima possibilità di errore deriva dal fatto che gli esperti non sanno liberarsi da preconcetti e deformazioni professionali che ostacolano la corretta valutazione dei fatti raccolti. I guasti maggiori derivano dalla prevalenza della tendenza verificazionista su quella falsificazionista.<sup>38</sup> Ciò accade quando, partendo da un'ipotesi, anziché cercare di falsificarla, ci si limiti a verificarla, ossia a cercare la prova che confermi l'ipotesi formulata: dai dati così cercati e trovati è *“ben difficile che emergano delle disconferme”*.<sup>39</sup> In questa prospettiva l'errore porta a considerare come abusata una persona che, invece, non lo è stata per il semplice e falso motivo che è più pericoloso ignorare un abuso quando è presente, piuttosto che rilevarlo quando non c'è.<sup>40</sup>

Vi sono, poi, una serie di altri errori riconducibili alla “deformazione professionale” dell'esperto e che possono originare da tre fenomeni distinti: la c.d. “euristica della disponibilità”, “la perseveranza nella credenza” e la “sopravvalutazione del significato simbolico”.

L'euristica della disponibilità fa sì che quanto più si è specializzati in un dato argomento, tanto più si è portati a percepirlo in modo diverso dai non specializzati: non sempre, però, tale differenza è a favore della correttezza di analisi dell'evento stesso.<sup>41</sup>

L'euristica della disponibilità può essere definita come *“la tendenza della mente umana ad utilizzare le informazioni e le esperienze che più sono rimaste vive nella memoria.”*<sup>42</sup>

Il significato dell'euristica è che si tende a valutare le probabilità di un evento

---

<sup>36</sup> La distinzione fra ascolto diretto e ascolto indiretto è fatta da PAZE' in op. cit. p. 22. L'autore però precisa, discostandosi dalla tesi dominante che auspica che l'ascolto del minore sia sempre posto in essere da un tecnico (psicologo, psichiatra, psico-terapeuta) con una preparazione specifica in tal senso, che è un errore stabilire un'equivalenza fra ascolto indiretto e diretto, in quanto quest'ultimo, se il minore è capace di discernimento, è senza dubbio da preferirsi. E esso, infatti, “assicura un livello di comprensione molto più ampio, mentre l'ascolto indiretto è più povero perché nel giungere nel processo subisce il filtro della soggettività di un altro operatore.”

<sup>37</sup> GULOTTA *Le fonti di errore nelle valutazioni di abuso sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997pp. 157 e ss.

<sup>38</sup> DE CATALDO NEUBURGER *L'esame del minore in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997, p. 119

<sup>39</sup> GULOTTA *Le fonti di errore nelle valutazioni di abuso sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997. p. 167

<sup>40</sup> ROTRIQUENZ in op. cit. p. 47

<sup>41</sup> GULOTTA *Le fonti di errore nelle valutazioni di abuso sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 159

<sup>42</sup> La definizione è di Tversky e Kahneman (1974) così riportata da GULOTTA in op. cit. p. 159. Tale fenomeno è anche indicato da Nisbett e Ross (1980) come *codificazione dei dati viziata dalla teoria*, in ROTRIQUENZ op. cit. p. 46.



giudicando la facilità con cui vengono in mente degli esempi concreti. Ciò spiega il fenomeno per cui talvolta i periti o le associazioni specializzati in violenze sui minori, occupandosi solo di questo e quindi vedendolo in continuazione, tendono ad iperstimarne la frequenza, scorgendo ovunque abusi.<sup>43</sup>

La perseveranza nella credenza sta, invece, ad indicare il fenomeno per cui attorno ad una teoria si erigono delle “cinture protettive” che la difendono da quei dati dell’esperienza da essa discordanti, che potrebbero facilmente intaccarla o sconfessarla. La psicologia, in particolare, è una scienza fatta di concetti che tendono a stratificarsi nella mente delle persone che li utilizzano. Ciò rende estremamente difficile considerare i dati non conformi alla teoria come elementi in grado di mettere in discussione la teoria stessa.<sup>44</sup> Accade, per esempio, che i clinici ritengano che le denunce di abuso sessuale connesse a cause di affidamento siano per definizione meno fondate delle altre, mentre anche queste meritano la stessa rigorosa risposta professionale delle denunce proposte in altre circostanze.<sup>45</sup>

La sopravvalutazione del significato simbolico è un altro errore comune agli psicologi e consiste nella tendenza a dare un’interpretazione di tipo clinico della realtà, attribuendo un significato simbolico anche a elementi che andrebbero considerati per quello che sono, piuttosto che per ciò che sembrano rappresentare.<sup>46</sup> Quando un perito interpreta simbolicamente un fatto senza che vi siano gli elementi che giustifichino tale interpretazione commette un grande errore, reso ancora più grave se si considera che ciò accade in un contesto in cui i giudici credono ai loro consulenti ed, in base anche alle loro deposizioni, decidono di condannare un individuo.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> DETTORE, *I problemi metodologici relativi alla validation di casi di sospetto abuso sessuale sui minori*, in *Il diritto di essere bambino: proposte e strategie di intervento*, Edizioni Litorama 2002, p. 70.

<sup>44</sup> GULOTTA *Le fonti di errore nelle valutazioni di abuso sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 164. L’autore, a conferma di tale tendenza, riporta i risultati di un interessante ricerca condotta a Milano nel 1991 e ripetuta a Cagliari nel 1995 in cui è stato chiesto agli operatori quali siano le caratteristiche che rendono più probabile il maltrattamento intrafamiliare. Tali opinioni sono poi state confrontate con i dati reali tratti dalle schede relative ai casi specifici con cui quegli stessi operatori erano venuti a contatto. Ne è risultato che la teoria degli operatori su cosa fosse fattore di rischio nel maltrattamento era coerente con quanto afferma la letteratura scientifica sull’argomento, ma veniva confermata dalle cartelle cliniche in loro possesso.

<sup>45</sup> DETTORE in op. cit. p. 71. L’autore fa riferimento ad una ricerca condotta da Thoennes e Tjaden nel 1990 da cui è risultato che le denunce di abuso sessuale sui minori connesse a controversie sull’affidamento dei minori hanno la stessa probabilità di essere fondate rispetto a quelle effettuate nella generalità dei casi.

<sup>46</sup> ROTRIQUENZ in op. cit. p. 47 e GULOTTA in op. cit. p. 172

<sup>47</sup> GULOTTA *Le fonti di errore nelle valutazioni di abuso sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 173

Ad aggravare quel fenomeno di *autoreferenzialità*, secondo cui l'esperto, di fronte a qualsiasi fatto empiricamente riscontrabile nel caso denunciato, dia per scontato o per lo meno per altamente probabile, che l'abuso si sia verificato, trovando nel fatto stesso una sua conferma<sup>48</sup>, vi è l'eventualità che il perito faccia confusione tra compito processuale e compito terapeutico.

Essendo lo psicologo abituato a trattare col paziente accogliendo tutto il materiale che questi gli porta, qualsiasi cosa il paziente affermi, verrà comunque considerata come vera, in quanto contenuto del rapporto psicologico.<sup>49</sup>In realtà, in ambito processuale, è necessario trovare riscontri fattuali di quanto affermato. Tutto ciò per significare che, spesso, i periti non seguono le due regole fondamentali per l'accertamento dei fatti e cioè, la verifica delle prove e la controverifica per capire se non sia vera l'ipotesi opposta.

Gli errori nelle valutazioni di abuso sessuale costituiscono un grave problema per le ricadute negative che essi possono avere sia sul minore sia sull'efficacia del "lavoro di rete". Il bambino, non solo rischia di subire un trauma legato al contesto e alle modalità con cui è stato intervistato, ma il modo scorretto con cui è condotto il colloquio con il minore può provocare un inquinamento dei suoi ricordi ed inficiare il lavoro giudiziario, le cui conseguenze possono essere devastanti per famiglie intere (si pensi alla revoca della patria potestà ed alle misure di restrizione della libertà per le persone indagate).<sup>50</sup>

### **1.1.3. Segue: ... e le tecniche per evitarli.**

Come è possibile, dunque, evitare tali errori?

La psicologia giuridica, in particolare la psicologia della testimonianza, ci viene in aiuto. L'indagine scientifica in ambito psicologico ha, infatti, prodotto una migliore conoscenza delle caratteristiche della testimonianza infantile e nuove tecniche di raccolta e di valutazione delle deposizioni, individuando le condizioni che possono rendere più accurato e completo il resoconto dei fatti da parte del minore.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> GULOTTA *Le fonti di errore nelle valutazioni di abuso sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 175

<sup>49</sup> ROTRIQUENZ in op. cit. p. 48

<sup>50</sup> LOPEZ in op. cit. p. 141

<sup>51</sup> VALVO, *Audizione protetta del minore vittima di abuso sessuale* in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 266.

Uno degli strumenti più diffusi nelle perizie in caso di abuso è costituito dallo *Statement Validity Analysis* (Sva). Esso nasce dall'elaborazione di un gruppo di psicologi tedeschi come metodo costruito per stabilire la credibilità di una deposizione e risponde all'esigenza di approntare una tecnica capace di far luce sui complessi casi di abuso sessuale sui minori, spesso caratterizzati da testimonianze discrepanti tra vittima ed imputato.<sup>52</sup> Per differenziare l'analisi di contenuto della deposizione dal giudizio completo sulla credibilità di quanto dichiarato, sono stati introdotti i termini *Criteria-Based Content Analysis* (CBCA, in italiano l'analisi del contenuto basata su criteri) e *Statement Validity Assessment* (SVA, in italiano l'esame della validità della deposizione). Il CBCA si riferisce all'analisi della deposizione del minore e fa uso di una serie di criteri predefiniti, mentre la SVA indica la completa procedura diagnostica, che include anche i risultati del CBCA. Tale procedura comprende:

- un attento esame dell'informazione relativa al caso. I fatti riguardanti il caso vengono ricavati da ogni possibile fonte di informazione (verbali di polizia, schedari dei servizi per la protezione all'infanzia, documenti del tribunale, informazioni della scuola, anamnesi psicosociali delle persone coinvolte ecc. ecc.) e consentono all'esaminatore di formulare ipotesi alternative circa le presunte vicende sessuali;
- l'intervista semistrutturata del minore, il cui formato è stato progettato per ottenere più informazioni possibili tramite la narrazione libera da parte del bambino. Il rapporto con quest'ultimo viene stabilito partendo da argomenti "neutri" come gli hobbies, i migliori amici o la musica preferita. Tale colloquio consente di saggiare le capacità verbali del minore. Successivamente, le domande vengono poste secondo una modalità "ad imbuto", cioè cominciando con quelle domande generali pensate allo scopo di ottenere un racconto libero dell'evento per arrivare a quelle che richiedono risposte più specifiche;
- il CBCA dell'intervista trascritta;
- l'esame della validità di ulteriori informazioni sul caso;
- un compendio articolato dell'analisi di contenuto e dell'esame della validità.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> *Strumenti di indagine in caso di abuso in 4° Rapporto Nazionale sulla Condizione dell' Infanzia e dell'Adolescenza*, 2003, a cura di Eurispes e Telefono Azzurro, p. 9.

<sup>53</sup> STELLER, BOYCHUK, *I bambini come testimoni nei casi di abuso sessuale: l'intervista investigativa e le tecniche di validazione*, in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Milano, 2000, pp. 179 e ss.

Va sottolineato che tale modo di procedere non solo consente di raccogliere i dati in modo corretto, ma permette anche di sottoporre il racconto del bambino ad un ulteriore strumento di controllo di veridicità: il CBCA.<sup>54</sup> Tale valutazione viene effettuata sulla soddisfazione, in termini di presenza o assenza, di diciannove criteri di contenuto suddivisi in cinque categorie:

- le caratteristiche generali del racconto legate alla coerenza interna, alla sua produzione non strutturata e alla quantità di dettagli. Si ha, così, una prima valutazione della deposizione considerata nella sua globalità;
- i contenuti specifici come il particolare contesto spazio-temporale o le eventuali riproduzioni di conversazioni;
- la peculiarità di contenuto rappresentata, ad esempio, da alcuni dettagli insoliti, dalla descrizione dello stato mentale soggettivo e di quello attribuito all'accusato;
- i contenuti relativi alla motivazione (correzioni spontanee, ammissioni di vuoti di memoria, perdono del colpevole ecc. ecc.). Essi permettono di trarre qualche conclusione circa la motivazione del bambino a deporre o a dichiarare il falso;<sup>55</sup>
- gli elementi specifici relativi all'offesa, da cui si possono dedurre dettagli sul tipo di reato subito.<sup>56</sup>

La CBCA da sola, però, non è sufficiente nella valutazione della credibilità di un resoconto. E' prevista una lista di elementi che indicano la validità della deposizione (Validity Checklist) da utilizzare nella fase della procedura dedicata all'esame della validità.<sup>57</sup> Per prima cosa devono essere prese in considerazione alcune caratteristiche psicologiche del minore come la suscettibilità alla suggestione, la proprietà del linguaggio e delle conoscenze e la presenza di una condizione emotiva (di cui deve essere valutata l'adeguatezza rispetto al contenuto di quanto raccontato). In seguito, bisogna considerare le caratteristiche dell'intervista. Esse vengono esaminate in due fasi: nella prima fase va segnalato se il testimone sia stato interrogato con tecniche

---

<sup>54</sup> DA CATALDO NEUBURGER *L'esame del minore in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997, p. 143

<sup>55</sup> GHETTI, AGNOLI, *Raccogliere e valutare la testimonianza infantile in casi di sospetto abuso sessuale con la Statement Validity Analysis*, in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Milano, 2000, p. 214.

<sup>56</sup> VALVO, *Audizione protetta del minore vittima di abuso sessuale in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997. p. 269

<sup>57</sup> Scheda 4: *Strumenti di indagine in caso di abuso in 4° Rapporto Nazionale sulla Condizione dell'Infanzia e dell'Adolescenza*, 2003, a cura di Eurispes e Telefono Azzurro, p. 9

inadeguate nel caso su cui si indaga, poiché errori nelle precedenti interviste possono influenzare la deposizione attuale, nonostante quest'ultima sia condotta correttamente; nella seconda fase, invece, va valutata separatamente la tecnica di intervista usata per la valutazione del CBCA.<sup>58</sup> Occorre, poi, prendere in considerazione il contesto nell'ambito del quale è avvenuto il primo resoconto, se il minore ha motivazioni discutibili per sporgere denuncia e se questa è originata da pressioni che l'abbiano spinto a dichiarare il falso.

L'ultima sezione della *validity checklist* ha a che fare con le domande investigative in cui si esaminano le risposte date dal minore, in particolare se esse sono contrastanti con quanto dichiarato, in altre occasioni, dallo stesso testimone o da un altro testimone oppure se siano presenti nella deposizione più elementi rilevanti contraddetti da solide prove fisiche o concrete. Inoltre, se le descrizioni sono contrarie alle leggi della natura solleveranno dubbi circa la validità dell'accusa a dispetto della presunta buona qualità di contenuto della deposizione. Va precisato che questa lista per l'esame della validità non è di natura psicologica, ma criminologica.<sup>59</sup>

Nonostante questo strumento abbia avuto origine nella prassi e nella ricerca psicologica, la sua applicazione non è limitata agli psicologi, ma può essere utilizzato anche da altri professionisti provenienti da vari ambienti come le forze dell'ordine, gli assistenti sociali ecc.; inoltre, pur non essendo stato esente da critiche<sup>60</sup> ed essendo prematuro sostenere che questo metodo possa con certezza affermare la veridicità o meno di una deposizione, esso ha fornito e continua a fornire, in ambito giudiziario, utilissimi elementi di valutazione.<sup>61</sup> Si avverte da parte di tutta la letteratura scientifica, quindi, la necessità di ulteriori ricerche approfondite per comprenderne le potenzialità e i limiti.<sup>62</sup>

Un altro strumento, molto utilizzato nel caso in cui gli abusi sessuali si presentino in forma "diretta"<sup>63</sup>, è la *validation*. Il termine indica quella prassi che si propone di

---

<sup>58</sup> MALACREA, LORENZINI in op. cit. p. 345

<sup>59</sup> STELLER, BOYCHUK in op. cit. pp. 186, 187, 188, 189.

<sup>60</sup> Negli U.S.A. la SVA ha generato controversie in quanto tacciata di poter essere utilizzata per screditare i bambini che hanno realmente avuto esperienze di abuso- STELLER e BOYCHUK in op. cit. p. 203.

<sup>61</sup> VALVO *Audizione protetta del minore vittima di abuso sessuale in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 269

<sup>62</sup> MALACREA, LORENZINI, in op. cit. p. 356

<sup>63</sup> MALACREA, *Dalla rilevazione all'accertamento: il percorso clinico*, in *Segreti di famiglia*, Cortina editore 1990, p. 107. L'autrice afferma, infatti, che l'abuso sessuale possa presentarsi all'operatore in "forma diretta" o in "forma mascherata". Si considera "presentazione diretta" quella che consiste nella rivelazione esplicita dell'avvenuto abuso, da parte della vittima o di suoi familiari, oppure nella richiesta di accertamenti medici a seguito di episodi di violenza sessuale o mirata a confermare o ad escludere

accertare la credibilità della denuncia di abuso sessuale attraverso un particolare “intervento di diagnosi psicologica della vittima”.<sup>64</sup> Lo schema in cui si struttura la procedura di *validation* include:

- la storia dei sintomi;
- il racconto orale del bambino;
- la fenomenologia dell’esperienza di abuso;
- lo stile di esposizione;
- le prove corroboranti.

Si tratta di un intervento molto complesso, in quanto si articola su vari piani: esso, infatti, consente di valutare *in primis* la personalità della vittima e il suo sviluppo cognitivo, al fine di determinare se il bambino abbia o meno problemi di tipo psicologico o intellettuale tali da impedirgli di riferire realisticamente fatti od esperienze vissute; successivamente vengono prese in considerazione le caratteristiche della denuncia (linguaggio usato, spontaneità, presenza di dettagli elaborati incongruenti con le conoscenze sessuali compatibili con l’età) e le eventuali ragioni che potrebbero condurre il bambino a mentire; infine, si confronta l’insieme dei fatti denunciati con quanto già si conosce sull’abuso sessuale in genere, per rilevare se il racconto del bambino “ne rispecchia le caratteristiche di progressione ed espressione in relazione all’età della vittima, alla durata ed alle modalità prevalenti”.<sup>65</sup> L’aspetto più interessante di tale procedura è che non riguarda solo l’accertamento della veridicità delle rivelazioni del minore, ma anche la sua presa di contatto con la realtà dell’abuso.<sup>66</sup> Essa può avere un effetto terapeutico, dal momento che fornisce un ottimo contesto per “*l’elaborazione precoce dell’esperienza traumatica da parte del bambino*”, con effetti decisamente utili dal punto di vista del suo benessere psichico;<sup>67</sup> inoltre, il percorso clinico della

---

fondati sospetti di abuso sessuale. La “presentazione mascherata” si ha, invece, quando non esiste una denuncia esplicita del fatto, ma si producono fenomeni, anche a carattere sintomatico, collegati all’abuso sessuale, i quali provocano interventi sanitari, sociali, psicologici attraverso cui emergono informazioni e dati che inducono a sospettare l’abuso. L’autrice tiene a sottolineare che, nel caso di “presentazione diretta” l’accertamento è, solo in apparenza, più semplice, in quanto si pone in tutta la sua complessità, il problema della credibilità di chi rivela l’abuso.

<sup>64</sup> VALVO *Audizione protetta del minore vittima di abuso sessuale in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 265

<sup>65</sup> ROTRIQUENZ, *La realtà dell’abuso: elementi descrittivi in La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Giuffrè editore 2000, p. 69

<sup>66</sup> VALVO *Audizione protetta del minore vittima di abuso sessuale in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 265

<sup>67</sup> ROTRIQUENZ in op. cit. p. 70

*validation* offre delle importanti indicazioni sul grado di rischio psicologico che la procedura giudiziaria può comportare per il minore, ma anche l'adeguato “*setting*” per la sua preparazione all'audizione.<sup>68</sup>

Vi sono, oltre alla procedura di *validation* ed allo strumento della SVA, altre due modalità di intervista strutturate e codificate dalla letteratura internazionale: l'*Intervista Cognitiva* e la *Step-Wise Interview*.<sup>69</sup> Entrambi i protocolli di intervista hanno diversi vantaggi fra cui il fatto che consentono di procedere per fasi, permettono di non contaminare i ricordi del bambino e, qualora ci si trovi nell'ambito di una perizia, danno la possibilità di applicare strumenti di analisi del contenuto (per esempio la CBCA di cui si è in precedenza trattato) che contribuiscono alla determinazione della veridicità di una dichiarazione di abuso sessuale.<sup>70</sup>

L'*Intervista cognitiva* è una procedura, di origine statunitense<sup>71</sup>, sviluppata per aiutare ufficiali di polizia o altri professionisti ad ottenere resoconti più completi ed accurati da un testimone, basandosi sui noti principi psicologici riguardanti il ricordo ed il recupero delle informazioni dalla memoria. Tale tecnica si concentra sui modi in cui un testimone può accedere all'informazione in memoria e si basa sui seguenti principi teorici:

- ci sono numerose strade per recuperare dalla memoria un evento per cui informazioni non accessibili con una tecnica possono diventarlo con un'altra;
- ci sono molteplici parti che entrano a comporre una “traccia di memoria”, però un suggerimento o un aggancio per il recupero è effettivo a patto che ci sia una sovrapposizione tra l'informazione codificata ed il recupero stesso.<sup>72</sup>

Dato che lo scopo primario dell'*Intervista cognitiva* è di aumentare la quantità di informazioni recuperate, essa è apparsa di grande utilità ed efficacia nel caso in cui i testimoni da sentire fossero bambini piccoli.<sup>73</sup> Come già detto, infatti, le ricerche hanno messo in luce che i bambini piccoli ricordano meno di quelli grandi; inoltre, essa

---

<sup>68</sup> VALVO *Audizione protetta del minore vittima di abuso sessuale in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997. p. 266

<sup>69</sup> CAMERINI, *Criteri di ascolto giudiziario del minore presunta vittima di abuso*, in *Il diritto di essere bambino: proposte e strategie di intervento* a cura di Telefono Azzurro, Edizioni Litorama 2002, p. 43.

<sup>70</sup> SCALI, *L'ascolto giudiziario del minore vittima di abuso*, in *Il diritto di essere bambino: proposte e strategie di intervento* a cura di Telefono Azzurro, Edizioni Litorama 2002, p. 81.

<sup>71</sup> Per la precisione essa fu elaborata a partire dal 1988 da GEISELMAN, FISHER e collaboratori.

<sup>72</sup> MEMON, *Un'introduzione all'intervista cognitiva come procedura per interrogare i bambini*, in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Milano, pp. 135, 136.

<sup>73</sup> Come precisano MALACREA e LORENZINI in op. cit. p. 271 l'Intervista Cognitiva è stata strutturata originariamente per condurre l'intervista con persone adulte e solo dopo è stata modificata per adattarla ai bambini.

sembra rispondere all'esigenza di diminuire gli effetti della cosiddetta "suggestionabilità interrogativa", connotandosi per la presenza di una parte preliminare all'intervista avente per obiettivo la spiegazione di che cosa si voglia dal piccolo testimone, l'informazione dei suoi diritti e la sua rassicurazione.<sup>74</sup> L'Intervista cognitiva, nella sua versione più recente<sup>75</sup>, prevede che nella prima fase venga costruito un rapporto tra chi interroga ed il testimone, facendo in modo di conoscere quest'ultimo e le sue aspettative.<sup>76</sup> Innanzitutto l'interrogante farà cenno al minore dell'eventualità che egli potrà non essere in grado di rispondere e che questo non costituirà un problema; gli sarà riferito che non deve necessariamente rispondere, poichè ciò che si vuole da lui è solo sapere cosa si ricorda; gli verrà detto, poi, che se non capisce le domande dell'intervistatore dovrà segnalarlo in modo che verranno da esso riformulate in altro modo. E' evidente che questa tecnica implichi delle indicazioni, a cui l'interrogante deve attenersi, sull'atteggiamento di massima disponibilità e di incoraggiamento, da tenere durante il racconto del bambino, e sul modo di condurre il colloquio attraverso un linguaggio adatto all'età del minore, senza porre domande incalzanti: al minore deve essere dato tutto il tempo necessario di cui ha bisogno per rispondere.<sup>77</sup> Segue, poi, la fase dell'intervista vera e propria che si avvale, come per gli adulti, di alcune mnemotecniche capaci di favorire il riaffiorare del ricordo. Questa fase ha inizio con il racconto libero del minore, che viene stimolato suggerendogli di rivivere mentalmente il contesto ambientale nel quale è accaduto l'evento e il suo stato d'animo; ad esso succede l'indagine vera e propria, in cui l'intervistatore guida il testimone a dar fondo ai contenuti della memoria per ottenere il maggior numero possibile di elementi.<sup>78</sup> Nonostante tale tecnica abbia sollevato grandi dubbi sulla sua efficacia<sup>79</sup> e sulla sua applicabilità<sup>80</sup>, ad essa va riconosciuto il merito di aver elaborato delle condizioni e delle modalità di raccolta della deposizione infantile più adeguate al giovane testimone.

---

<sup>74</sup> VALVO *Audizione protetta del minore vittima di abuso sessuale in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 267

<sup>75</sup> Va precisato, infatti, che, come si deduce nel saggio di MEMON, gli ideatori hanno parzialmente modificato tale procedura nel 1992, proponendo una seconda versione migliorata sul piano dell'efficacia.

<sup>76</sup> MEMON in op. cit. p. 139

<sup>77</sup> VALVO *Audizione protetta del minore vittima di abuso sessuale in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 269

<sup>78</sup> MALACREA, LORENZINI in op. cit. p. 271

<sup>79</sup> Come riportano VALVO in op. cit. p. 269 e MEMON in op. cit. p. 147, alcuni ricercatori ritengono che l'Intervista cognitiva non sia in grado di aumentare la completezza del racconto del minore testimone, che accresca il numero delle confabulazioni e che determini un aumento nelle caratteristiche delle richieste



La *Step -Wise Interview*, invece, fu messa a punto dal Prof. Yuille, notissimo esperto canadese di testimonianza infantile, verso la fine degli anni '80, in collaborazione con psicologi, operatori sociali, polizia e pubblici ministeri. Questa procedura combina la conoscenza più aggiornata in tema di psicologia evolutiva con le tecniche di memoria che possono aiutare il minore a ricordare e riferire gli eventi collegati ad un episodio di abuso sessuale.<sup>81</sup> Il suo scopo principale è quello di trarre, attraverso una serie di graduali passaggi, “il massimo delle informazioni con la minima contaminazione del ricordo”,<sup>82</sup> riducendo il più possibile il numero delle interviste e il trauma dell'investigazione per il bambino e permettendo di dimostrare l'integrità e la correttezza del processo investigativo, al fine di poter operare un “controllo di qualità” della valutazione conclusiva. I passaggi principali di tale procedura possono essere così sintetizzati:

- creare un buon rapporto con il minore;
- chiedere la rievocazione di due eventi specifici nella vita del bambino;
- spiegare la necessità di dire la verità;
- introdurre il tema che interessa, incoraggiando la narrazione libera;
- porre domande di carattere generale;
- passare, se necessario, a domande di carattere specifico;
- utilizzare eventualmente strumenti di supporto all'intervista;
- conclusione.<sup>83</sup>

Sebbene questa modalità sia simile, per molti aspetti, agli altri protocolli di intervista, essa enfatizza la distinzione fra le diverse fasi (maggiormente caratterizzate dal tipo di domande da porre), rendendo così più facile la preparazione degli intervistatori, che gioca un ruolo fondamentale nella buona riuscita dell'intervista stessa. Solo raramente,

---

poste ai bambini, al punto che essi tendono ad aumentare il numero delle risposte date solo per compiacere l'intervistatore.

<sup>80</sup> I dubbi riguardano principalmente l'esatta individuazione dell'età del bambino cui sottoporre questa tecnica con successo, in quanto è stato rilevato che i bambini più piccoli hanno maggiori difficoltà nel comprendere le tecniche di ricordo proposte nella forma dell'Intervista Cognitiva sviluppata per soggetti adulti e se il successo di tale tecnica dipenda essenzialmente dall'abilità dell'intervistatore nell'instaurare un' interazione positiva con il bambino oppure dall'impiego delle mnemotecniche. In VALVO, op. cit. p. 266 e MEMON, op. cit. p. 148.

<sup>81</sup> DE CATALDO NEUBURGER, in op. cit. p. 138

<sup>82</sup> Scheda 4: *Strumenti di indagine in caso di abuso* in *4° Rapporto Nazionale sulla Condizione dell'Infanzia e dell'Adolescenza*, 2003, a cura di Eurispes e Telefono Azzurro, p. 10

<sup>83</sup> DE CATALDO NEUBURGER in op. cit. p. 139

però, è stata esaminata la struttura e il rendimento di tale tecnica, sicchè sono poco conosciuti i suoi punti di forza e le sue debolezze.<sup>84</sup>

Gli accertamenti psicodiagnostici sul minore, fino ad ora trattati, consentono di individuare, con gli strumenti tipici dello psicologo (colloquio clinico, somministrazione di test proiettivi ecc.) una serie di “indicatori di abuso”, secondo le rivelazioni statistiche ed empiriche, e permettono di formulare “giudizi di compatibilità” rispetto al racconto del minore ed agli altri dati acquisiti sul piano storico.<sup>85</sup> Va ricordato, ancora una volta, che esiste uno stretto legame tra le modalità utilizzate nell’assunzione della prova e la valutazione della stessa: vi è, infatti, una relazione di diretta proporzionalità fra l’idoneità delle tecniche di assunzione della prova e la correttezza della valutazione di attendibilità delle dichiarazioni del testimone minore. Se, nella fase di assunzione della prova, sono stati utilizzati metodi con capacità invasiva della personalità del bambino alla presenza di domande suggestive o di condizionamenti esterni sul minore, le sue affermazioni non potranno essere considerate attendibili. Il giudice, quindi, dovrà attentamente esaminare le modalità con cui si svolsero le audizioni del minore.<sup>86</sup>

E’ chiaro come in casi complessi come quelli di abuso su bambini, il cui racconto si presenta spesso incompleto se non assente, sia maggiormente avvertita da parte del giudice penale, l’esigenza di utilizzare i risultati degli accertamenti psicodiagnostici. Si spiega, così, la legittimazione accordata dal legislatore all’ingresso nel processo penale dell’indagine psicologica, sia di quella disposta *ad hoc* in questa sede, sia di quella effettuata per finalità diverse, come per esempio quelle disposte dal Tribunale per i minorenni. L’art. 236 c.p.p. individua, infatti, la categoria dei “documenti relativi al giudizio sulla personalità” fra cui viene menzionata la “*documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici [...] ai fini del giudizio sulla personalità dell’imputato e della persona offesa dal reato, se il fatto per il quale si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questa*”.

---

<sup>84</sup> MALACREA, LORENZINI in op. cit. p. 273

<sup>85</sup> FORNO, *Tutela del minore nel processo penale e accertamenti psicodiagnostici*, in *L’abuso sessuale sui minori* (a cura di Roccia e Foti), Ed. Unicopli, Milano, 1994, p. 281

<sup>86</sup> CAMALDO L., *Uno statuto speciale per il testimone minore. Riflessioni in occasione di un recente convegno*, in *Cassazione Penale* vol. XLV, n. 4/2004, Milano, p. 1436.

Tale norma riveste grande importanza sotto un duplice profilo: essa sembra essere ritagliata sui casi di abuso intrafamiliare di minore, riconosce l'importanza che l'accertamento sulla personalità riveste, con riguardo sia all'imputato sia alla parte lesa e consente, addirittura, l'acquisizione al fascicolo del dibattimento (a differenza di quanto accade per le consulenze tecniche del pubblico ministero) della relativa documentazione. Inoltre non va dimenticato che il divieto di accertamento peritale sulla personalità (art. 220, comma II c.p.p.)<sup>87</sup> si limita a quello concernente il solo imputato, mentre è consentito per la parte lesa e per i testimoni, in merito ai quali è esplicitamente prevista la possibilità di effettuare accertamenti circa "l'idoneità fisica e mentale a rendere testimonianza" (art. 196 c.p.p.).<sup>88</sup> E' la stessa Cassazione ad affermare che "*la valutazione del contenuto della dichiarazione del minore - parte offesa in materia di reati sessuali, in considerazione delle complesse implicazioni che la materia stessa comporta, deve contenere un esame: dell'attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo utile ed esatto; della sua posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne. Proficuo è l'uso dell'indagine psicologica, che concerne due aspetti fondamentali: l'attitudine del bambino a testimoniare, sotto il profilo intellettuale ed affettivo, e la sua credibilità.*"<sup>89</sup>

Le difficoltà che si presentano nell'intervista del minore abusato e la necessità di superarle al fine di trarre dalle dichiarazioni utile materiale probatorio che conduca all'accertamento della verità, ha indotto gli operatori sociali (psicologi, criminologi, avvocati, magistrati, psichiatri e medici) a raccogliere le proprie esperienze sul campo e a redigere delle linee guida destinate "*a chiunque si trovi a dover cristallizzare un dato probatorio di difficilissima individuazione come può essere la deposizione di una persona minore di età o affetta da patologie che la rendono debole*".<sup>90</sup>

Tali indicazioni sono state raccolte nella Carta di Noto il 9 giugno 1996, successivamente aggiornate il 7 luglio 2002, e riguardano il ruolo del perito e del

---

<sup>87</sup> L'art. 220, rubricato "Oggetto della perizia", al II comma c.p.p. dispone: "Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato ed, in genere, le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche".

<sup>88</sup> FORNO in op. cit. pp. 280, 281.

<sup>89</sup> ROSSI, in op. cit. p. 74, si riferisce alla sentenza n. 8962 della Sez. III del 3/10/1997 della Corte di Cassazione Penale, la medesima sentenza è citata anche da CAMALDO, *La valutazione della testimonianza dei minori nella giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Cassazione Penale* n. 6/2003, p. 2090.

<sup>90</sup> ANGELETTI R. *La prova nella violenza sessuale*, Torino, 2009, p. 234

consulente tecnico, la video e audio registrazione delle deposizioni del minore, le modalità di svolgimento del colloquio e le metodologie da seguire nella sua valutazione. Nonostante l'importanza del documento per l'agire quotidiano degli operatori che si trovano ad affrontare vicende di violenza sessuale, le linee guida contenute nella Carta non sono state considerate tassative dalla giurisprudenza di legittimità, che non ha inteso sanzionare con l'inutilizzabilità gli atti procedurali svolti in loro violazione.<sup>91</sup>

## **1.2. Il processo “al servizio” del minore abusato: centralità legislativa dei diritti del minore e marginalizzazione giurisprudenziale delle garanzie dell'imputato.**

Come si è visto le problematiche legate al coinvolgimento del minore nel processo penale sono tali da aver reso opportuna la predisposizione di una serie di tutele per impedire che la vicenda giudiziaria cagioni al testimone “debole” ulteriori sofferenze.

Il legislatore ha perciò previsto, nella disciplina processuale dei reati sessuali precedente al 2009, una serie di strumenti normativi volti a rendere effettiva la protezione del minore testimone e vittima di abuso, sforzandosi di rendere le disposizioni derogatorie compatibili con i diritti dell'imputato.

La giurisprudenza di legittimità formatasi sulla disciplina processuale precedente alla legge n. 38/2009 non si è, però, sempre rivelata attenta a questo aspetto, facendo prevalere, nel delicato bilanciamento con le garanzie dell'imputato, le esigenze connesse all'accertamento.

### **1.2.1. L'assistenza affettiva e psicologica ex art. 609-decies c.p.**

Un primo riferimento normativo in questa direzione è l'art. 609-decies c.p., introdotto dalla legge n. 66/1996. Questa legge, invero, ha perseguito l'obiettivo di tutela del minore con un'operazione articolata su più piani: con altre disposizioni sono stati

---

<sup>91</sup> “Per quel che attiene alla generica doglianza del ricorrente circa la violazione dei criteri suggeriti dalla Carta di Noto, rileva il Collegio che le prescrizioni contenute in tale atto, pur se di autorevole rilevanza nell'interpretazione delle norme che disciplinano l'audizione dei minori, parti offese nei reati di natura sessuale, contengono delle indicazioni metodologiche non tassative.” Cass. sez. III 14.12.2007 n. 6464; conforme Cass. sez. III 5.7.2006 n. 33479 ; Cass. sez. III 15.2.2008, n. 14221; Cass. sez. III 10.4.2008 n. 20568.

realizzati interventi modificativi delle fattispecie incriminatrici e della relativa risposta sanzionatoria e, del pari, sono state inserite previsioni specifiche di carattere squisitamente processuale; ma ciò che preme sottolineare è che, mediante l'art. 609-decies c.p., si è inteso proteggere il minore sul delicato versante familiare, affettivo e psicologico ed è per questo motivo che tale disposizione, distinguendosi nettamente dalle altre, merita di essere approfondita all'inizio dell'ampio discorso sugli strumenti a tutela del minore abusato.<sup>92</sup>

La norma trova applicazione solo nel caso in cui il minore sia coinvolto in qualità di persona offesa nei procedimenti relativi all'accertamento dei delitti richiamati al primo comma.<sup>93</sup> Si tratta dei delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile<sup>94</sup>, violenza sessuale (compresi i casi che presentano circostanze aggravanti), corruzione di minorenni, violenza sessuale di gruppo e atti sessuali con minorenni.

Il suo contenuto può essere sinteticamente riassunto in tre regole: la prima di esse dice che in ogni momento del processo penale, il minore ha diritto all'assistenza affettiva e psicologica di una persona di fiducia.<sup>95</sup> Il criterio in base a cui i giudici ancorano l'ammissione di persone di fiducia del minore alla celebrazione di atti processuali fa leva esclusivamente sulla libera scelta del soggetto ed esclude quegli individui che possano costituire "*elemento perturbativo della genuinità della testimonianza del minore*".<sup>96</sup>

La finalità generale di assistenza psicologica è raggiunta attraverso la presenza di persone che, per il legame affettivo e/o per il rapporto di fiducia che hanno stabilito con

---

<sup>92</sup> BONINI, L. 15/02/1996 *Norme contro la violenza sessuale- art. 11*, in *La legislazione penale* n. 3-4 1996, p. 486.

<sup>93</sup> Il primo comma dell'art. 609-decies così dispone: "Quando si procede per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quinquies e 609-octies commessi in danno di minorenni, ovvero per il delitto previsto dall'articolo 609-quater, il procuratore della Repubblica ne dà notizia al tribunale per i minorenni." Al di là dell'indicazione dell'ambito di applicazione della norma, l'aspetto più interessante disciplinato da tale comma è la comunicazione al Tribunale dei minorenni cui il p.m. è tenuto quando accerti che vittima di un abuso sessuale sia un minore.

<sup>94</sup> Queste tre fattispecie di reato sono state inserite nel testo dell'art. 609-decies c.p. dalla legge n. 269 del 1998 (Norme contro la pedofilia).

<sup>95</sup> L'art. 609-decies c.p. dispone, infatti, al secondo comma: "Nei casi previsti dal primo comma l'assistenza affettiva e psicologica della persona offesa minorenni è assicurata, in ogni stato e grado del procedimento, dalla presenza dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minorenni e ammesse dall'autorità giudiziaria che procede."

<sup>96</sup> CLAUDIANI, Intervento al Convegno dal titolo "*Il diritto di essere bambino: proposte e strategie di intervento*" (a cura di Telefono Azzurro), Edizioni Litorama, 2002, p. 48.

il minore, infondono a questo un equilibrio ed una serenità psichica<sup>97</sup> che gli altri soggetti processuali non sarebbero certo in grado di dare, in quanto estranei al minore.<sup>98</sup>

In questo quadro si iscrive la seconda regola dettata dall'art. 609-decies c.p. che afferma che, oltre alla presenza fisica di persona di fiducia nella celebrazione del processo, durante l'intero l'iter processuale deve essere assicurata al minore anche l'assistenza dei servizi istituiti sul territorio.<sup>99</sup>

Le previsioni, pur essendo accomunate dalla medesima finalità, divergono parzialmente sotto il profilo funzionale: mentre la presenza dei genitori o di altre persone di fiducia del minore trova la sua ragione d'essere in sede esclusivamente procedurale, l'assistenza dei servizi sociali minorili ha una maggiore estensione. La loro assistenza non è, infatti, solo di tipo endoprocessuale, ma si esplica anche attraverso le competenze amministrative tipiche del servizio sociale, che vanno oltre l'evento del processo, al fine di aiutare il minore a superare il danno psichico sofferto.<sup>100</sup>

L'art. 609-decies c.p. attribuisce ai servizi sociali del territorio, quale "*cordone di protezione che si erge intorno al minore, allorché questi debba svolgervi la funzione di testimone/parte offesa*", un duplice ruolo: da una parte pongono in essere una sorta di mediazione tra l'apparato del processo penale e la persona del minore (ad esempio, incidendo nell'organizzazione degli atti, nei tempi, nei modi, assistendolo durante le varie audizioni, affinché tutte queste attività possano essere il meno possibile invasive e traumatiche per il minore), dall'altro stimolano il minore a recuperare il disvalore dell'esperienza vissuta, fornendogli le motivazioni per testimoniare e "*lo spazio di autonomia esistenziale per esserne capace*".<sup>101</sup>

E' intuitivo, dunque, che, date le finalità che il legislatore ha attribuito all'intervento di tali soggetti a fianco del minore, si renda opportuna una coincidenza fra l'addetto del servizio minorile che presenzia agli atti processuali e quello che lo ha seguito nel percorso di sostegno, poiché la consistenza dell'assistenza offerta al minore durante il

---

<sup>97</sup> Bisogna però precisare, come riportano MALACREA e LORENZINI in op. cit. p. 289, che alcune ricerche hanno messo in luce come la presenza di un adulto familiare possa anche frenare il bambino nel racconto o rendergli più difficile l'utilizzo di un linguaggio sessualmente esplicito.

<sup>98</sup> BONINI in op. cit. p. 491.

<sup>99</sup> L'art. 609-decies c.p. dispone, infatti, al terzo comma: " In ogni caso al minore è assicurata l'assistenza dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e dei servizi istituiti dagli enti locali."

<sup>100</sup> SERGIO, *Protezione ed assistenza in giudizio del minore vittima di violenza sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997, p. 247.

<sup>101</sup> CLAUDIANI, in op. cit. p. 49.

processo sarà strettamente legata al tipo di rapporto che gli addetti del servizio sociale sono riusciti ad instaurare con quest'ultimo.<sup>102</sup>

La terza regola che si deduce dalla norma in esame è quella secondo cui l'autorità giudiziaria deve avvalersi, in ogni stato e grado del giudizio, dei servizi istituiti nel territorio.<sup>103</sup> I servizi istituiti dagli enti locali, dunque, non compaiono sulla scena solo in veste di accompagnatori e terapeuti del bambino offeso, ma anche come partner dell'autorità giudiziaria.<sup>104</sup>

Essi, sulla scorta dell'attività posta in essere ai sensi dell'art. 609-decies comma 3 c.p., acquisiscono una serie di conoscenze inerenti la persona del minore e la situazione familiare in cui vive, che possono risultare utili per l'adozione di determinati provvedimenti.

L'autorità giudiziaria sarà, quindi, interessata ad assumere informazioni da questi ultimi ai fini, ad esempio, delle determinazioni in materia di emissione dei provvedimenti cautelari ai sensi dell'art. 288 c.p.p. e dell'allontanamento dalla casa familiare<sup>105</sup> o al fine di decidere le modalità con le quali condurre l'esame testimoniale; oppure può acquistare rilievo una valutazione delle conseguenze prodotte sulla psiche del minore dell'abuso sessuale, utilizzabile ai fini della liquidazione del danno, ai sensi dell'art. 538 comma 2 c.p.p.<sup>106</sup>

L'ampiezza dei compiti attribuiti agli organismi locali e statali dei servizi minorili dall'art. 609-decies c.p. consente una loro partecipazione al giudizio aperta a molteplici sviluppi: tale disciplina si caratterizza, infatti, per una "particolare polifunzionalità", poiché opera simultaneamente sul piano degli interventi di matrice civilistica, sul versante amministrativo e su quello processual-penalistico.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> BONINI in op. cit. pp. 489-490.

<sup>103</sup> Il quarto comma dell'art. 609-decies, infatti, afferma che: "Dei servizi indicati nel terzo comma si avvale altresì l'autorità giudiziaria in ogni stato e grado del procedimento".

<sup>104</sup> MALACREA, LORENZINI in op. cit. p. 266.

<sup>105</sup> L'art. 288 c.p.p. disciplina la misura cautelare interdittiva della sospensione dell'esercizio della potestà dei genitori.

<sup>106</sup> BONINI in op. cit. pp. 492-493.

<sup>107</sup> BONINI in op. cit. p. 486.

### 1.2.2. Segue: ... e l'assistenza tecnica.

Oltre all'assistenza di tipo affettivo e psicologico, il minore, persona offesa, godrà, all'interno del processo, anche di un'assistenza di tipo "tecnico"? Chi rappresenterà il minore all'interno dei processi che lo riguardano?

Il problema è complesso. La difesa in giudizio della persona offesa è disciplinata, in via generale, dall'art. 101 c.p.p. che al comma 1 afferma: "*La persona offesa dal reato, per l'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa attribuiti, può nominare un difensore [...]*". All'offeso è consentito stare nel procedimento pur senza difensore, la cui assistenza è, quindi, meramente facoltativa.<sup>108</sup>

Il minore, però, privo della capacità di agire, non potrà partecipare al procedimento senza colui che ha il potere di rappresentarlo.

Nella generalità dei casi la rappresentanza del minore spetta ad un genitore, che però, nel caso di abuso sessuale intrafamiliare, potrebbe trovarsi in conflitto di interessi con il minore stesso. Risolve parzialmente tale problema il disposto dell'art. 77 c.p.p. che prevede, su richiesta del p.m., la nomina da parte del giudice per le indagini preliminari di un curatore speciale, che eserciti i diritti che spettano al minore in giudizio in quanto persona offesa (e successivamente, se opportuno, come parte civile), qualora vi sia, appunto, conflitto di interessi con i genitori.<sup>109</sup>

La maggior parte delle volte viene nominato come curatore il servizio sociale, che può essere un servizio degli enti locali ovvero l' ASL, altre volte viene nominato un avvocato.<sup>110</sup>

Quali sono i ruoli dell'ASL e del servizio sociale nella rappresentanza del minore? Di norma l'ASL ha in carico completamente il minore, è l'ente che si occupa della sua tutela e che viene incaricato, come curatore, di gestirne i diritti, difendendoli anche in sede processuale. Ciò accade, soprattutto, nei casi di abuso intrafamiliare nei quali

---

<sup>108</sup> TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, Milano, 2004, p. 215. L'autore precisa, inoltre, che il difensore della persona offesa potrà svolgere solo funzioni di assistenza tecnica, da momento che la legge non gli attribuisce, in via generale, poteri di rappresentanza.

<sup>109</sup> MALACREA, LORENZINI in op. cit. pp. 263, 264. Si ricorda che anche la Convenzione Internazionale di Strasburgo all' art. 4 contiene delle indicazioni in tal senso e, addirittura, all'art. 9 consente agli Stati di nominare un rappresentante speciale del minore pur in assenza di un conflitto di interessi. Per un maggior approfondimento sul tema si rimanda al Paragrafo 1 del Capitolo I.

<sup>110</sup> SCARPATI, Intervento al Convegno *Il diritto di essere bambino: proposte e strategie di intervento*, Edizioni Litorama 2002, p. 45. Bisogna però precisare che MALACREA e LORENZINI in op. cit. p. 264 sottolineano come normalmente il G.I.P. nomini un legale.



nessun altro, oltre il bambino, può disporre dei propri diritti: di qui la necessità di affiancargli una persona che li tuteli anche in sede processuale.

Il Presidente dell'ASL, che è dunque curatore del minore, nominerà a tal fine un avvocato.<sup>111</sup>

Ma allora, la rappresentanza del minore all'interno del processo deve avvenire per mezzo di un curatore speciale, come previsto da numerose norme codicistiche fra cui l'art. 77 c.p.p. e l'art. 78 c.p.c.,<sup>112</sup> oppure unificando le figure di rappresentanza ed assistenza nella persona dell'avvocato del minore, come previsto dalla nuova legge sull'adozione l. 149/2001, ovvero attraverso entrambe le figure?

La legge 149 del 2001 ha fissato, riferendosi esclusivamente alla figura dell'avvocato del minore, che si sostituisce al tradizionale curatore del minore nel procedimento di adozione, alcuni importanti principi fra cui:

- la necessaria presenza dell'avvocato del minore in ogni procedimento relativo a questioni di potestà, a prescindere dalla sussistenza di una situazione di conflitto di interessi. Tale principio è da applicarsi a qualsiasi procedimento avente ad oggetto condotte pregiudizievoli dei genitori nei confronti dei figli.
- il principio di obbligatorietà della difesa tecnica del minore;
- la nomina di un avvocato a prescindere dalla capacità di discernimento del minore.<sup>113</sup>

La figura del curatore speciale non è stata, però, abbandonata al punto da essere considerata necessaria nei procedimenti di separazione e divorzio, solitamente caratterizzati da grave conflittualità fra i genitori, precisando che il curatore è scelto fra gli avvocati con il preciso obiettivo di *“attribuire al minore la qualità di parte, a cui*

---

<sup>111</sup> SCARPATI in op. cit. p. 46. In realtà l'autore sottolinea, evidenziando una prospettiva già trattata al paragrafo 4 di questo Capitolo a cui si rimanda, che spesso e volentieri all'ASL viene dato anche un ruolo “processualmente attivo” di perito, in quanto le carte da essa predisposte vengono valutate come veridiche rispetto ai fatti. Ciò crea sicuramente un conflitto che complica ulteriormente il “gioco penale”, poiché l'avvocato, nominato appunto dall'ASL, ha come proprio cliente quello che è testimone all'interno del processo della veridicità dei fatti avvenuti.

<sup>112</sup> L'art. 78 c.p.c. rubricato “Curatore speciale” così dispone: “Se manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza e vi sono ragioni di urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta un curatore speciale che lo rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza. Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi con il rappresentante.”

<sup>113</sup> CESARO, *L'ascolto, l'assistenza e la rappresentanza del minore*, in WWW.MINORIEFAMIGLIA.IT, p. 5

*conseguie l'individuazione per la sua tutela, di un tecnico che possa rappresentarne gli interessi in ogni sede*".<sup>114</sup>

Non si può, dunque, non sottolineare come la confusione sulla differenza terminologica tra avvocato e curatore di fatto sollevi molte perplessità, già affrontate oltreoceano.<sup>115</sup>

Quale sia il modello che ha in mente il nostro legislatore quando detta la normativa sull'avvocato e/o curatore del minore non è chiaro.<sup>116</sup> Ciò che, però, ai fini di questo lavoro importa, è che colui che difende il minore vittima di abuso sessuale abbia ricevuto un tipo di formazione che lo predisponga :

- alla comprensione dei fenomeni personali ed interpersonali, soprattutto con riferimento alle problematiche minorili;
- alla collaborazione con soggetti di differente professionalità;
- ad avere capacità introspettive nei rapporti interpersonali tali da valutare le risposte appropriate sia in senso interpersonale che in senso giuridico;
- ad aumentare la consapevolezza del significato etico della propria professione.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Il riferimento è al Disegno di legge 2649 dell'11 dicembre 2003 dei Senatori Bucciero e Caruso "Norme quadro per la istituzione dei difensori dei minori e altre norme a tutela degli stessi". In CESARO, op. cit. p. 6. L'autrice precisa che tale disegno di legge sembra istituzionalizzare la figura del curatore avvocato creando non poche perplessità soprattutto fra coloro che preferiscono il "curatore puro", individuandolo in persona con rapporti affettivamente significativi con il minore o istituzionalmente preposta alla sua tutela, come, ad esempio, l'assistente sociale."

<sup>115</sup> Negli Stati Uniti, le associazioni nazionali maggiormente rappresentative degli avvocati specializzati nel diritto di famiglia e minorile (National Association of counsel for Children e l'American Bar Association) da tempo dibattono sul diverso ruolo dell'avvocato minorile distinguendo fra il modello dell'avvocato - curatore speciale (the attorney/GAL), noto anche come modello ibrido, ed il modello dell'avvocato in senso tradizionale (the traditional attorney). Nel primo caso l'avvocato ha completa autonomia e libertà nello scegliere l'interesse del minore, nel secondo caso è vincolato alle direttive del cliente che potrà essere il minore o il suo curatore in MARCUCCI, *Il dilemma dell'avvocato del minore nell'esperienza americana*, Aiaf Osservatorio, 2002/2003.

<sup>116</sup> Per esigenze di completezza va segnalata un'importante pronuncia della Corte d'appello di Milano che, con sentenza emessa in data 12 luglio 2001, – ICHINO, *Audizione della persona offesa minorenni e indagini difensive*, in *Cassazione Penale* n. 12/ 2004, pp. 4294, 4295- a fronte del reclamo del difensore di una minore handicappata contro il provvedimento emesso dal Tribunale per i minorenni che si era dichiarato incompetente ad autorizzare costui ad interrogare la minore alla presenza di un consulente tecnico, ma in assenza di estranei e che aveva affermato la competenza esclusiva del curatore della bambina ad autorizzare l'intervista difensiva, ha confermato il contenuto del provvedimento del giudice minorile, in quanto spetta solo al curatore o all'esercente la potestà "assistere il minore nell'esercizio della facoltà di non rispondere e di non rendere dichiarazioni". Nel caso di specie il curatore della bambina si era dichiarato favorevole all'audizione della minore davanti al G.I.P. in sede di incidente probatorio. Si deduce, quindi, che nel caso in cui manchi il consenso dell'esercente la potestà, la difesa non può far altro che chiedere l'incidente probatorio. A parere di chi scrive va segnalato che, dato tale precedente, risulta estremamente difficile immaginare che curatore del minore offeso e legale dello stesso possano essere la medesima persona, tanto più che la Corte, in questa decisione, si è spinta oltre ritenendo non assimilabili le indagini difensive che coinvolgono il minore a quelle svolte sugli adulti, per l'inapplicabilità al minore, pur affiancato da un esperto, degli avvertimenti indicati nell'art. 391-bis c.p.p. comma 3.

<sup>117</sup> CESARO in op. cit. p. 9.

L'avvocato del minore deve avere un nuovo concetto di "vittoria": è, infatti, vincente l'avvocato che "sa fare il gioco di squadra" e che sa unire la competenza legale con quelle proprie delle scienze sociali. Visti i "*compiti estremamente complessi, che non possono essere lasciati all'intuito dell'improvvisazione o del momento.*" l'avvocato del minore abbisogna, dunque, di una particolare formazione.<sup>118</sup>

### **1.2.3 Le deroghe al regime ordinario della testimonianza previste per il minore.**

Per le ragioni di cui si è ampiamente trattato, la testimonianza costituisce "*il punto più a rischio di incroci traumatici tra il bambino ed il sistema legale*":<sup>119</sup> tale considerazione ha indotto il legislatore ad adattare alle esigenze del minore gli istituti processuali che riguardano la sua delicata posizione di parte lesa chiamata a testimoniare contro l'imputato.<sup>120</sup>

Occorre chiarire quale sia il quadro normativo che, in generale, si applica al testimone, in quanto ciò consente di comprendere meglio quali sono gli elementi che hanno condotto a definire la testimonianza del minore come "*species del più ampio genus della testimonianza*" ed in che termini possa parlarsi di "*uno statuto speciale per il testimone minorenni*".<sup>121</sup>

Sul testimone gravano determinati obblighi: egli deve, innanzitutto, presentarsi al giudice (art. 198 c.p.p.), nel caso in cui non si presenti senza un legittimo impedimento, il giudice può ordinare il suo accompagnamento coattivo per mezzo della polizia giudiziaria e può condannarlo al pagamento di una somma a favore della cassa delle ammende (art. 133 comma 1 c.p.p.); il testimone ha, poi, l'obbligo di attenersi alle prescrizioni date dal giudice per le esigenze processuali e deve "rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte" (art. 198 c.p.p.); se tace ciò che sa o afferma il

---

<sup>118</sup> CESARO in op. cit. p. 10. Il passaggio è tratto da GULOTTA, *La formazione dei magistrati e degli avvocati nella giustizia minorile*, in *Elementi di psicologia giuridica e diritto psicologico*, Milano, 2003.

<sup>119</sup> MALACREA, LORENZINI in op. cit. p. 264.

<sup>120</sup> SERGIO, *Protezione ed assistenza in giudizio del minorenni vittima di violenza sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997, p. 245.

<sup>121</sup> CAMALDO, *Uno statuto speciale per il testimone minorenni*, in *Cassazione Penale* n. 4, 2004, Milano, pp. 1435, 1438.

falso o nega il vero commette il delitto di falsa testimonianza in base a quanto disposto dall'art. 372 c.p.<sup>122</sup>

Egli non può, quindi, rendere dichiarazioni contraddittorie, incomplete o contrastanti con le prove già acquisite e non può rifiutarsi di deporre fuori dai casi previsti dalla legge (art. 207 c.p.p.).

In dibattimento, la deposizione è resa con le forme dell'esame incrociato attraverso "domande rivolte direttamente dal p.m. o dal difensore che ha chiesto l'esame del testimone" (art. 498 comma 1 c.p.p.); possono, poi, essere fatte ulteriori domande dalle parti che non hanno chiesto l'esame, ma solo successivamente a quelle poste da tali soggetti processuali (art. 498 comma 2 c.p.p.).

Il testimone è esaminato sui "fatti che costituiscono oggetto di prova": ciò significa che le domande potranno riguardare tanto i fatti principali che si riferiscono all'imputazione, quanto i fatti secondari idonei a qualificare la personalità dell'imputato e della persona offesa, con il limite, però, sancito al comma 2 dell'art. 194, dell'ammissibilità dell'esame su fatti secondari solo se il fatto dell'imputato deve essere valutato in relazione al comportamento di quella persona. Le domande rivolte al testimone dovranno essere "pertinenti" e vertere su "fatti specifici" (art. 499 comma 1 c.p.p.). L'art. 194 comma 3 afferma, infatti, che "il testimone è esaminato su fatti determinati". Di conseguenza egli, in via di principio, non potrà esprimere valutazioni né apprezzamenti personali "salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti" (art. 194 comma 3) e non può deporre su "voci correnti del pubblico" (art. 194 comma 3). Infine, le deposizioni sulla moralità dell'imputato sono ammesse ai soli fini di qualificare la personalità dello stesso in relazione al reato ed alla pericolosità e sempre che si tratti di fatti determinati.

I processi che concernono delitti di violenza sessuale, per i fatti oggetto dell'accertamento, inevitabilmente consentono domande sulla personalità dell'imputato (ad. es. sul modo di vita, sulle tendenze sessuali ecc.). Non si dimentichi, però, che proprio in tali processi si avverte ancora di più la necessità di tutelare le due esigenze contrapposte: da un lato, occorre evitare che il difensore dell'imputato discrediti la

---

<sup>122</sup> ROTRIQUENZ, *I casi di abuso sessuale su minori: aspetti giuridici*, in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori* (a cura di Mazzoni), Milano, 2000, p. 3.

persona offesa, abusando dei suoi poteri;<sup>123</sup> dall'altro, è necessario assicurare all'imputato, che deve essere considerato innocente fino alla condanna, il diritto alla controprova.<sup>124</sup>

Va, inoltre, ricordato che uno dei principi cardine del processo penale, così come disciplinato dal Codice del 1989, pone il dibattimento, quale sede naturale della formazione della prova; conseguentemente le audizioni che vengono effettuate durante l'indagine preliminare sia dalla polizia giudiziaria che dal p.m. non possono, di regola, essere conosciute ed utilizzate dal giudice del dibattimento, se non previa contestazione, nei casi di difformità, rispetto alle nuove dichiarazioni. E' richiesta dal legislatore, in via generale, un'audizione approfondita del testimone, durante il dibattimento, anche se già sentito in precedenza, indipendentemente dalla sua età e maturità psichica.<sup>125</sup>

Chiarita sinteticamente la disciplina generale applicabile al testimone nel processo penale, esaminiamo quali sono i riferimenti normativi di cui si compone il regime, derogatorio, nel caso in cui il testimone sia un minore.

Per quanto riguarda la deposizione del minore in sede dibattimentale, la norma di riferimento è rappresentata dall'art. 498 commi 4 e 4-bis c.p.p., che trova generale applicazione in tutti i casi in cui la persona chiamata a testimoniare sia un minore, indipendentemente dal tipo di reato che ha condotto all'instaurazione del procedimento.<sup>126</sup> L'art. 498 comma 4 c.p.p.<sup>127</sup> stabilisce un'importante deroga alla *cross*

---

<sup>123</sup> ROTRIQUENZ, *I casi di abuso sessuale su minori: aspetti giuridici*, in *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori* (a cura di Mazzoni), Milano, 2000, p. 4.

<sup>124</sup> A conferma di tale posizione vi è una pronuncia del Tribunale di Milano (Sez. I, 28 dicembre 1995, n. 2216) – CAMALDO, *La valutazione della testimonianza dei minori nella giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Cassazione Penale* n. 6/2003, p. 2088 – che ha affermato che “*se non si nega l'indiscutibile esigenza di tutelare i minori che abbiano subito gravi reati come quelli contestati [reati di violenza sessuale], d'altro canto è necessario che l'eventuale giudizio di colpevolezza dell'imputato sia ancorato a principi di certezza probatoria: ecco allora che assume primaria importanza il metodo utilizzato, già in sede investigativa, per la raccolta ed il vaglio di tali dichiarazioni, alla luce delle suddette dichiarazioni*”. *A parere di chi scrive è interessante notare come, nel caso di reati sessuali commessi in danno di minore, che è spesso l'unico testimone dei fatti accaduti, il principio di non colpevolezza dell'imputato sia tutelato anche attraverso un attento esame delle dichiarazioni a suo carico, attenzione che deve essere massima proprio per le varie difficoltà connesse alla testimonianza di un soggetto non adulto.*”

<sup>125</sup> FORNO, RIZZI, *Processo penale e vittima d'incesto: l'audizione protetta*, in *L'abuso sessuale sui minori*, Milano, 1994, p. 285.

<sup>126</sup> DI PAOLO, *L'acquisizione nel processo penale delle “dichiarazioni a contenuto testimoniale” del minore*, in *Cassazione penale* n. 5/2003, p. 1672.

<sup>127</sup> Tale comma è stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 283 del 1997 per contrasto con l'art. 3 Cost. laddove non prevedeva le medesime modalità di svolgimento dell'esame testimoniale per il testimone maggiorenne infermo di mente. Afferma SCOMPARIN, *Art. 498 - Esame diretto e controesame dei testimoni* in *Commento al Codice di procedura penale* (a cura di CHIAVARIO), Vol. IV, Torino, p. 102 – “Nello specifico campo dell'infermità mentale, che rende più facilmente

*examination* disponendo che “l’esame testimoniale del minore è condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti. Nell’esame il presidente può avvalersi dell’ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile.”

E’ chiaro come tale regime sia manifestamente ispirato dalle esigenze di tutela del teste minore, richiamate in modo espresso nell’ambito dell’art. 2 n. 73 della legge-delega, secondo cui “l’esame dei testimoni minorenni può essere effettuato in ogni momento dal giudice, tenute presenti le esigenze di tutela della personalità”.<sup>128</sup>

La deroga alla disciplina ordinaria trova la propria *ratio* nella duplice necessità di tutelare la personalità del minore, così da scongiurare il pericolo di traumi a carico di una personalità ancora fragile, in quanto in via di formazione, e di garantire la serenità del teste e, quindi, anche la sua attendibilità.<sup>129</sup>

Il presidente, che potrà servirsi anche dell’ausilio di un esperto, dovrà porre particolare cura e cautela nella conduzione dell’esame in modo che le domande poste possano favorire risposte veritiere, evitando facili suggestioni.

Il legislatore, attribuendo al giudice un ruolo da protagonista nell’esame del minore, mira a bloccare la concreta lesione della serenità del teste, togliendo alle parti l’esercizio del diritto di porre direttamente le domande; sarà lo stesso giudice a decidere, una volta iniziata l’escussione, se l’esame può proseguire nelle forme tradizionali, salvo il potere

---

pregiudizievole il coinvolgimento nel processo del testimone, il silenzio normativo non sembrava in realtà consentire un’adeguata garanzia del rispetto della personalità”. Dopo la pronuncia della Corte Costituzionale la deroga alla *cross examination* è prevista anche nel caso di teste maggiorenne infermo di mente, se l’esame diretto possa nuocere alla sua personalità. In ossequio a tale pronuncia il legislatore, con la legge n. 38/2009, ha esplicitamente esteso le modalità dell’esame testimoniale previste dall’art. 498 comma 4 ter c.p.p. anche al “*maggiorenne infermo di mente vittima di reato.*”

<sup>128</sup> FRIGO, *Art. 498 – Esame diretto e controesame dei testimoni*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale* (a cura di CHIAVARIO), Vol. V, Torino, p. 251.

<sup>129</sup> Va, però, precisato come un simile regime derogatorio ponga dei problemi in termini di bilanciamento tra l’interesse della difesa dell’imputato e quello delle vittime del reato. A tal proposito è opportuno segnalare la condanna dell’Olanda da parte della Corte Europea dei diritti dell’uomo (sentenza del 10 Novembre 2005, ric. n. 54789/00) per violazione dell’art. 6 §§ 1 e 3 lett. d della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, in relazione ad un procedimento penale nell’ambito del quale non sarebbe stato consentito al ricorrente, imputato di violenze sessuali su quattro bambini, di controesaminare le piccole vittime o, almeno, di verificare le modalità con cui la polizia aveva assunto le loro dichiarazioni. La Corte concludeva, infatti, che, con riguardo allo specifico settore dei reati sessuali il bilanciamento degli interessi di imputato e vittime del reato non può sempre risolversi in favore di queste ultime, essendo onere degli ordinamenti interni il loro temperamento, attraverso la predisposizione di misure necessarie a tutela delle vittime, onde evitare che il confronto con l’imputato si trasformi in un tormento ulteriore. In questo senso - secondo BELTRANI, *Violenza sui minori e giusto processo. L’imputato deve interrogare le vittime*, in *Diritto e Giustizia* n. 5/2006 - l’Italia è senz’altro all’avanguardia.

di tornare alla modalità iniziale, se reputa che la tranquillità del minore venga compromessa.<sup>130</sup>

Il “sacrificio della dialettica” viene, però, compensato dal fatto che imputato e difensore partecipano all’esame, suggerendo al giudice le domande da porre al minore ed avendo la possibilità di osservare il comportamento di quest’ultimo.<sup>131</sup>

Un’ulteriore tutela prevista dall’art. 498 comma 4-ter è quella dell’esame c.d. “schermato” “*mediante l’uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico.*”<sup>132</sup>

Ciò consente all’imputato e al suo difensore di seguire l’esame del minore senza essere visti dal minore stesso, il che, da un lato, contribuisce a diminuire il peso della tensione emotiva che la vista dell’imputato (magari un familiare del minore) inevitabilmente porta con sé, incidendo negativamente sui meccanismi della memoria e, quindi, sulla veridicità delle deposizioni, dall’altro tutela il diritto dell’imputato che, assistendo alla dichiarazione del minore potrà strutturare meglio la propria difesa.<sup>133</sup>

\*\*\*

---

<sup>130</sup> Il comma 4 dell’art. 498, infatti, prosegue disponendo che: “Il presidente, sentite le parti, se ritiene che l’esame diretto del minore non possa nuocere alla serenità del teste, dispone con ordinanza che la deposizione prosegua nelle forme previste dai commi precedenti. L’ordinanza può essere revocata nel corso dell’esame.”

<sup>131</sup> CAMALDO, *Uno statuto speciale per il testimone minorenni* in *Cassazione Penale*, n. 4/2004, p. 1435. L’autore pone a sostegno della tesi della compensazione del “sacrificio dialettico” operato attraverso il comma 4 dell’art. 498 c.p.p. anche il dettato dell’art. 190-bis c.p.p. così come riformulato per effetto della legge n. 269/1998, che introducendo il comma 1 –bis ha “restituito alle parti il diritto di chiedere la riassunzione delle dichiarazioni del minore in dibattimento, anche se questo abbia già deposto in incidente probatorio.” E’ opinione di chi scrive che il comma 1 –bis dell’art. 190-bis non vada letto tanto nell’ottica proposta dall’autore, quanto come ulteriore norma a tutela del minore offeso da un reato sessuale. Il giudice, infatti, ammette la nuova assunzione in dibattimento dell’esame della parte lesa minorenni infrasedicenne, già sentita in incidente probatorio, solo se lo ritiene assolutamente necessario oppure se “l’esame riguarda fatti o circostanze diversi da quelle oggetto delle precedenti dichiarazioni”. Ciò al chiaro fine di ridurre al minimo il numero delle occasioni in cui il minore viene sentito all’interno del procedimento, evitando così che la ripetizione degli interrogatori condizionino la veridicità della deposizione.

<sup>132</sup> Il comma 4-ter è stato aggiunto dalla legge 269/1998 che ne ha stabilito l’applicabilità ai casi in cui si proceda per i reati di cui agli artt. 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale.

<sup>133</sup> SERGIO, *Protezione del minorenni vittima di violenza sessuale*, in *Abuso di sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 248.

L'art. 472 comma 3-bis c.p.p.<sup>134</sup> aggiunge alle tutele previste per il minore abusato<sup>135</sup> nella fase dibattimentale che il giudizio venga celebrato “sempre a porte chiuse”. Ciò comporta che, in base a quanto disposto dall'art. 473 comma 2 c.p.p., non potranno “per alcun motivo essere ammesse nell'aula di udienza, persone diverse da quelle che hanno il diritto o il dovere di intervenire”. Va notata l'ampiezza della previsione dell'art. 472 comma 3-bis c.p.p. che, a differenza del comma 2 della medesima norma, si riferisce all'intero dibattimento senza indicare “situazioni-presupposto”.<sup>136</sup>

L'ultimo periodo di tale comma detta una regola relativa all'ammissibilità o meno di domande “sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa”, prescrivendo che nei procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter e 609-octies c.p., tali domande non sono ammesse se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto ovvero alla verifica del *thema probandum*.

La *ratio legis* risponde all'esigenza di tutelare la riservatezza e la dignità della persona offesa mirando ad evitare il riprodursi di una prassi giudiziaria in cui i processi per abuso sessuale si traducono in processi contro le vittime e non contro gli autori del reato. Tuttavia, pur essendo tali domande finalizzate alla ricostruzione del fatto e non all'indagine sulle caratteristiche o sulle abitudini sessuali, nei procedimenti per tali tipi di reati la linea di confine appare incerta: si pensi, ad esempio, al caso di vicende maturate nell'ambiente familiare o in ambienti legati al mondo della prostituzione.<sup>137</sup>

Quali conseguenze sono ricollegabili all'ipotesi in cui le domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa non siano necessarie alla ricostruzione del fatto?

La soluzione a tale quesito potrebbe nascere dal ricondurre tali domande nel gruppo di quelle non pertinenti, in quanto estranee all'oggetto della prova, a norma dell'art. 187

---

<sup>134</sup> Il comma è stato aggiunto dalla legge di riforma dei reati sessuali n. 66/1996 ed è stato successivamente integrato dalla legge 269/1998 e dalla legge 228/2003.

<sup>135</sup> I reati a sfondo sessuale richiamati dalla norma sono quelli previsti dagli artt. 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter e 609-octies. Va però sottolineato che la regola vale anche e a maggior ragione per i delitti di cui agli artt. 609-quater e 609-quinquies dove la persona offesa è sempre minorenni. Per ragioni di completezza va detto, inoltre, che la norma dà la possibilità anche alla persona maggiorenne, offesa da uno i questi delitti, di chiedere che il dibattimento si svolga, anche solo parzialmente, a porte chiuse. La ratio della disposizione va ricercata nella generale tutela alla riservatezza, resa ancor più doverosa, dal fatto che tali tipi di reato invadono la sfera più intima delle persone.

<sup>136</sup> BARGIS, *Art. 472 c.p.p. - Casi in cui si procede a porte chiuse*, in *Commento al Codice di procedura penale* (a cura di CHIAVARIO), III Aggiornamento, Torino, 1997, p. 514. L'art. 472 comma 2 c.p.p. limita lo svolgimento a porte chiuse “all'assunzione di prove che possono causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni ovvero delle parti private in ordine a fatti che non costituiscono oggetto dell'imputazione.”

<sup>137</sup> ROTRIQUENZ, in op. cit. p. 15.



c.p.p. In realtà tale previsione, che si fonda su un compromesso fra tutela della riservatezza della vittima ed esigenze di accertamento del reato, non risolve il problema del bilanciamento di tali interessi, più di quanto già non facessero l'art. 187 c.p.p. e l'art. 194 comma 2 c.p.p.<sup>138</sup>

E' opportuno, inoltre, rilevare un'incongruenza di non poco conto: l'art. 147 comma 4 disp. att. c.p.p. afferma che in nessun caso possono essere autorizzate le riprese o le trasmissioni dei dibattimenti che si svolgono a porte chiuse ai sensi dell'art. 472 commi 1, 2 e 4 c.p.p.

Poichè, a tutt'oggi, l'art. 147 comma 4 disp. att. c.p.p. non è stato modificato, rimangono esclusi dall'ambito di operatività di tale norma i casi in cui si procede a porte chiuse di cui al comma 3-bis dell'art. 472 c.p.p. E' contraddittorio, quindi, che "l'eccezione alla pubblicità immediata non vada di pari passo con il divieto della pubblicità mediata", dato che la *ratio* dello svolgimento a porte chiuse di cui al comma 3-bis "riposa sulla tutela alla riservatezza".<sup>139</sup>

L'esigenza di tutela dei minori "*per i quali la pubblicità dei fatti di causa*"<sup>140</sup> può apportare conseguenze veramente gravi, sia in relazione allo sviluppo spirituale sia in relazione alla loro vita materiale",<sup>141</sup> è ulteriormente rafforzata dall'art. 472 comma 4 c.p.p. che, indipendentemente da quale sia il tipo di reato per cui si procede ed a prescindere dalla veste nella quale i soggetti da tutelare vengano sentiti, dispone che il giudice può procedere a porte chiuse all'esame del minore. Intuitiva è la *ratio* della disposizione che sta, ovviamente, nella tutela della particolare personalità del minorenne, cui si cerca d'arrecare il minimo danno psicologico possibile.<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> BARGIS in op. cit. p. 521.

<sup>139</sup> BARGIS in op. cit. p. 516. Sulla differenza fra pubblicità mediate e immediata si veda GIOSTRA G., *Processo Penale e informazione*, Milano, 1989.

<sup>140</sup> Va segnalata, nel quadro della tutela della riservatezza al minore, l'art. 734 -bis c.p. introdotto dalla legge n. 66 del 1996 e successivamente integrato dalle leggi n. 269/1998 e n. 38/2006, che prevede un'ipotesi di contravvenzione in relazione ai delitti di violenza sessuale e prostituzione minorile, punendo con l'arresto da 3 a sei mesi chiunque divulghi, anche attraverso mezzi di comunicazione di massa, le generalità o l'immagine della persona offesa senza il suo consenso. Come afferma BARGIS in op. cit. p. 516, la norma concorre con la contravvenzione disciplinata dall'art. 684 c.p., che opera se viene violato il divieto di pubblicazione delle generalità e dell'immagine dei minori testimoni, persone offese o danneggiati dal reato, fino a quando non sono divenuti maggiorenni.

<sup>141</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale in MANZIONE, Art. 472 – Casi in cui si procede a porte chiuse, *Commento al nuovo Codice di procedura penale* (a cura di) CHIAVARIO M., Torino, n. V, p. 69.

<sup>142</sup> MANZIONE in op. cit. p. 71

\*\*\*

Certamente la deroga alla forma dell'interrogatorio incrociato e la celebrazione del dibattimento a porte chiuse, attenuano l'impatto del minore con l'apparato giudiziario; ma si tratta di forme in sé insufficienti se si considera il numero delle persone adulte che, sia pure a porte chiuse, assistono in dibattimento all'esame della parte lesa minore (almeno quattro magistrati, il cancelliere e l'usciera, un familiare del minore e l'ausiliare del presidente).<sup>143</sup>

Ecco perché è di fondamentale importanza l'introduzione, nell'ambito del processo penale, della c.d. audizione protetta del minore, inizialmente prevista dall'art. 398 comma 5-bis c.p.p.<sup>144</sup> per l'assunzione della prova in sede di incidente probatorio e di cui, successivamente, ne è stata estesa l'applicabilità anche al dibattimento, ad opera dell'art. 498 comma 4-bis c.p.p.<sup>145</sup>

Prima di trattare nel dettaglio le peculiarità dell'audizione protetta, va precisato che, a differenza di quanto previsto per l'incidente probatorio, le modalità di cui all'art. 398 comma 5-bis c.p.p. applicabili all'esame dibattimentale, grazie al disposto del comma 4-bis dell'art. 498 c.p.p., hanno una portata maggiore: dal punto di vista oggettivo, infatti, l'operatività della norma non è circoscritta a determinate ipotesi delittuose<sup>146</sup>, ma vale

---

<sup>143</sup> SERGIO in op. cit. p. 249.

<sup>144</sup> Il comma 5-bis dell'art. 398 c.p.p. è, infatti, stato introdotto dalla legge n. 66/1996 ed è poi stato integrato dalle leggi n. 269/98, n. 228/2003 e n. 38/2006. La norma è stata recentemente modificata dalla legge n. 38/2009, che ha consentito che l'incidente probatorio si svolga nelle forme dell'audizione protetta se, ad essere escusso, sia non più un minore di anni sedici, ma un infradiciottenne. Inoltre la scelta dell'audizione protetta, che dal 2009 può svolgersi anche presso l'abitazione "della persona interessata all'assunzione della prova" e non più solo del minore, non è più subordinata alle esigenze del minore, ma genericamente "*alle esigenze di tutela delle persone*", ivi compresi quindi anche i maggiorenni. Per osservazioni critiche sulla novella si veda il capitolo 3 § 2.1.

<sup>145</sup> Il comma 4-bis dell'art. 498 c.p.p., introdotto dalla legge n. 269/98, così dispone: "Si applicano, se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario, le modalità di cui all'articolo 398, comma 5-bis".

<sup>146</sup> Il primo periodo del comma 5-bis dell'art. 398 c.p.p. limita, invece, l'applicazione delle modalità protette solo se l'assunzione della prova coinvolga di minore degli anni sedici e solo nel caso di indagini per delitti previsti dagli artt. 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 609- quater e 609-octies del codice penale. E' evidente come i reati richiamati si riferiscano, nella maggior parte dei casi, a fattispecie di abuso sessuale, di pedofilia e di pedo-pornografia. Va, inoltre, segnalata a tal proposito la sentenza della Corte Costituzionale n. 262/1998 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di questo comma laddove non prevede l'ipotesi di reato di cui all'art. 609-quinquies c.p. (corruzione di minore) fra quelle in presenza delle quali, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minori di anni sedici, il giudice stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio quando le esigenze del minore lo rendano necessario od opportuno.

per tutti i reati e, dal punto di vista soggettivo, il comma 4 bis dell'art. 498 c.p.p. non abbraccia solamente i minori di anni sedici, ma tutti i soggetti minorenni.<sup>147</sup>

Quale premessa alle caratteristiche dell'audizione protetta è interessante notare che alcuni Tribunali (fra cui Milano, Roma e Torino),<sup>148</sup> utilizzando come base normativa il combinato disposto dagli artt. 498 e 502 c.p.p.<sup>149</sup> hanno effettuato, ancor prima della promulgazione della legge 66 del 1996, l'esame della parte lesa minorenne presso centri specializzati con le seguenti modalità:

- utilizzazione di locale munito di vetro a specchio unidirezionale dotato di impianto di videoregistrazione e di citofono interno, tale da consentire un intervento in tempo reale sullo svolgimento dell'atto;
- dislocazione nella prima stanza del minore affiancato da un esperto in ausilio del presidente e con la presenza di uno dei giudici del collegio, al fine di rendere chiaro al minore il significato processuale dell'atto;
- compresenza nella seconda stanza, posta dietro lo specchio, di tutti gli altri soggetti legittimati, incluso l'imputato che ne abbia fatto richiesta;
- formulazione delle domande mediante citofono interno da parte del presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti, da porsi al minore per il tramite dell'esperto che provvederà a trasmetterle in linguaggio comprensibile ed adeguato all'età ed alle condizioni del teste.<sup>150</sup>

Si rileva che le caratteristiche dell'audizione protetta, attuata in via sperimentale, sono pressoché le stesse di quella attualmente disciplinata dalla legge e deducibili dal combinato disposto dell'art. 398 comma 5 bis e dell'art. 498 comma 4-ter c.p.p.<sup>151</sup>

L'obiettivo è quello di ridimensionare il rischio che l'audizione del minore risulti un'esperienza insoddisfacente a fini processuali e scioccante per la vittima, rischio che è

---

<sup>147</sup> SPANGHER, *Le norme di diritto processuale penale*, in *Diritto penale e processo n. 10/1998*, p. 1233.

<sup>148</sup> Il dato è ricavabile dalla relazione che introduceva l'emendamento per circoscrivere l'operatività del comma 5-bis dell'art. 398 c.p.p. presentato al Senato in prima lettura, in Commissione giustizia (seduta del 13/12/1995) e in Assemblea (seduta del 14/12/1995), in BARGIS, op. cit. p. 510 e dall'articolo di CAMALDO, op. cit. p. 1435.

<sup>149</sup> L'art. 502 c.p.p. legittima lo svolgimento dell'esame testimoniale in luogo diverso dal Tribunale, a causa di un legittimo impedimento del testimone, di un perito o di un consulente tecnico.

<sup>150</sup> SERGIO in op. cit. p. 249.

<sup>151</sup> Il cui contenuto è già stato riportato in questo paragrafo nelle pagine precedenti.

elevato potendo, il contesto giudiziario, costituire un “potenziale riattivatore del trauma”.<sup>152</sup>

Il comma 5-bis persegue tale obiettivo sotto due profili: da una parte affermando che il giudice con l’ordinanza di accoglimento dell’incidente probatorio stabilisce “il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all’incidente” e, dall’altro, imponendo una specifica forma di documentazione per le dichiarazioni testimoniali rese in tale sede dal minore.<sup>153</sup>

Per quanto riguarda il primo profilo va segnalata l’opportunità, ricollegabile alle ragioni precedentemente esposte, di procedere all’ascolto in un luogo “neutro”, altro rispetto al procedimento giudiziario, affinché al minore venga risparmiato lo stress di comparire nell’aula di tribunale: si pensi, ad esempio, ai servizi minorili dell’amministrazione della giustizia, ai servizi istituiti dagli enti locali o, in mancanza, all’abitazione del minore.

Nella previsione di “modalità particolari” per lo svolgimento dell’incidente probatorio rientrano anche gli accorgimenti finalizzati ad impedire al minore di entrare in contatto con le parti processuali diverse dal giudice e dall’esperto. Il contatto diretto con l’imputato, presunto autore delle violenze, avrebbe, infatti, pesanti ripercussioni sul delicato equilibrio del minore stesso, sia esso semplice testimone o persona offesa.<sup>154</sup>

\*\*\*

Il comma 5-bis dell’art. 398 c.p.p. estende l’ambito di applicazione del suo disposto a tutti i casi in cui “*fra le persone interessate all’assunzione della prova vi siano minorenni*”: con tale disposizione il legislatore sembra aver voluto tutelare, non solo il minore offeso chiamato a rendere testimonianza, ma, più genericamente, l’interesse del minore, sia come “protagonista” dell’incidente probatorio, sia come “spettatore”: in proposito, si pensi al caso di chi rivesta la qualità di persona offesa ed abbia diritto ad assistere all’assunzione della prova o vi sia stata autorizzata dal giudice (art. 401 comma 3 c.p.p.).<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> CURTO, DI BARI, FORNO, MALACREA, MIOLA, RIZZI, *Processo penale e vittima d’incesto: l’audizione protetta*, in *L’abuso sessuale*, Milano, 1994, p. 290.

<sup>153</sup> BARGIS in op. cit. p. 508

<sup>154</sup> BARGIS in op. cit. p. 511.

<sup>155</sup> BARGIS in op. cit. p. 512.

L'ampia interpretazione di tale norma, la quale sembrerebbe consentire il ricorso a vetri o specchi unidirezionali, nonché ad impianti citofonici, per la deposizione del minore, si scontra con la lettera dell'art. 498 comma 4-ter c.p.p., che prevede espressamente la possibilità di adottare le modalità di audizione protetta del minore quando si procede per i reati di cui agli artt. 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies c.p. Se una tale eventualità fosse ricompresa nella generica locuzione dell'art. 398 comma 5-bis c.p.p., sarebbe stata superflua la previsione di cui al comma 4-ter dell'art. 498 c.p.p., dato il richiamo contenuto nel comma 4 -bis dell'art. 498 c.p.p. alle forme dell'incidente probatorio, di cui all'art. 398 comma 5 bis c.p.p.<sup>156</sup> Per quanto concerne le "alternative" alle forme di documentazione tradizionali previste per l'incidente probatorio, citate dal comma 5-bis dell'art. 398 c.p.p., è opportuno soffermarsi sulla registrazione (video e audio), in quanto tecnica che risulta maggiormente coerente alla *ratio* di tale disposizione.

Essa consente la percezione anche del linguaggio non verbale, molto importante, soprattutto nei soggetti minorenni di più tenera età, al fine di acquisire elementi di valutazione della credibilità delle dichiarazioni ed una maggior spontaneità e naturalezza di espressione di chi è chiamato a deporre su esperienze drammatiche e coinvolgenti ed è, perciò, più soggetto a suggestioni e timori.<sup>157</sup> Un altro innegabile vantaggio di tale sistema di documentazione è che esso consente di ridurre al minimo le interviste necessarie.<sup>158</sup> ciò ha un duplice effetto positivo, da un lato, infatti, riduce il disagio del bambino e dall'altro permette di non alterarne "l'originaria traccia mnestica", che è in quest'ultimo meno forte e completa e tende a disperdersi più rapidamente. Le ricerche condotte in questo campo hanno, infatti, mostrato che i bambini che hanno ripetuto per due volte il racconto di un evento incorrono in più errori di quelli che lo hanno raccontato una sola volta: in certe condizioni, dunque, la ripetizione di informazioni può interferire anziché migliorare il ricordo.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> PIATTOLI, *Incidente probatorio*, in *Digesto delle discipline penali*, aggiornamento 2000, Torino, p. 410.

<sup>157</sup> SERGIO, in op. cit. p. 251

<sup>158</sup> E' lo stesso legislatore che all'art. 190-bis c.p.p. I comma, così come modificato dalla legge n. 269/1998, stabilisce che l'esame del minore di anni sedici, già escusso in incidente probatorio, è ammesso solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario.

<sup>159</sup> DE CATALDO NEUBURGER, *L'esame del minore*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 145. Le ricerche sono state condotte da Warren e Lane nel 1995.

La videoregistrazione non va solo a vantaggio del minore, ma anche dell'imputato, dandogli la possibilità di esercitare appieno il proprio diritto di difesa. Essa, infatti, permette di controllare la correttezza dei metodi impiegati e delle domande poste, ma anche le lacune e le eventuali contraddizioni delle risposte date.

Tale tecnica, dunque, introdotta dal comma 5-bis dell'art. 398 c.p.p., riproducendo pressoché fedelmente l'art. 141 bis c.p.p. sulle forme di documentazione dell'interrogatorio reso da persona in stato di detenzione, ha lo scopo di attenuare "gli effetti della deroga al principio di immediatezza", derivante dall'assunzione della prova da parte di un giudice diverso da quello del dibattimento.<sup>160</sup>

In realtà, i vantaggi della videoregistrazione suggeriscono di applicarla anche in sedi differenti dall'incidente probatorio. La sua utilizzazione anche in dibattimento, già prevista dal legislatore attraverso il comma 4-bis dell'art. 498 c.p.p., per documentare l'eventuale nuova deposizione della parte lesa minorenni, dà la possibilità di un riesame critico della stessa in ogni altra sede processuale;<sup>161</sup> la videoregistrazione potrà essere utilizzata anche dai consulenti, chiamati in sede penale a valutare l'attendibilità del minore ed, in sede civile, ad effettuare indagini psicodiagnostiche, risparmiando così a quest'ultimo la pena di deporre nuovamente su fatti tanto dolorosi. Spesso la complessità delle indagini e le esigenze di segretezza impongono al pubblico ministero di interrogare il minore autonomamente (o di farlo interrogare dalla polizia giudiziaria o dai consulenti) fin dalle primissime fasi, al fine di valutare la fondatezza della *notitia criminis*, rimandando così la richiesta di incidente probatorio all'esito della raccolta del materiale di probatorio. Per non vanificare i benefici connessi alla videoregistrazione delle dichiarazioni si rende, quindi, opportuno che, fin dal primo esame delle autorità, "ogni atto venga fono - e video- registrato".<sup>162</sup>

In questo modo si restituisce al giudice il compito, che è suo proprio, di decidere se la versione data dal bambino sia vera o falsa,<sup>163</sup> coadiuvato, durante il successivo esame in

---

<sup>160</sup> PIATTOLI, in op. cit. p. 410. Come fa notare correttamente LORUSSO S., *Il rafforzamento del micro-sistema processuale per i reati a sfondo sessuale commessi nei confronti dei minori* in AAVV *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Milano, 2007, p. 122, l'art. 398 comma 5-bis c.p.p. benchè modellata sul disposto di cui all'art. 141-bis c.p.p. non ricollega, a differenza di quest'ultimo, nessuna sanzione nel caso in cui le modalità di documentazione ivi previste non siano rispettate.

<sup>161</sup> SERGIO in op. cit. p. 251

<sup>162</sup> ICHINO, *Audizione della persona offesa minorenni e indagini difensive*, in *Cassazione Penale n. 12/2004*, Milano, p. 4295.

<sup>163</sup> DE CATALDO, in op cit. p. 147.

incidente probatorio o in dibattimento, da tutte le parti e dai loro consulenti, che potranno offrirgli elementi indispensabili per la valutazione del grado di attendibilità del dichiarante e dell'eventuale presenza di distorsioni nel ricordo del minore.<sup>164</sup>

La problematicità dell'audizione del minore abusato, nel processo penale a carico del presunto abusante, rende necessarie le alternative, stabilite dalla recente normativa, in deroga ai metodi tradizionali di audizione della vittima. Queste, infatti, permettono sia di acquisire la prova in sede dibattimentale, sia di tutelare la parte lesa.<sup>165</sup>

\*\*\*

Fino ad ora si è fatto accenno all'incidente probatorio, al fine di mettere in luce le caratteristiche dell'audizione protetta in tale sede.

E', però, opportuno soffermarsi più compiutamente su tale istituto, poiché esso rileva, ai fini della tesi qui sostenuta, anche sotto un diverso profilo.

L'incidente probatorio è stato originariamente previsto dal codice di rito nel caso in cui si presenti, nelle indagini preliminari, la necessità di anticipare il momento formativo della prova; esso è denominato "incidente" proprio perché apre nelle indagini preliminari, e comunque prima del dibattimento, una parentesi avente finalità probatoria. Dato il principio cardine del processo accusatorio, secondo cui la prova si forma in dibattimento, è intuitivo il carattere di eccezionalità di tale istituto: ne è dimostrazione lampante l'enunciazione tassativa dei casi, ex art. 392 c.p.p., in cui vi si può ricorrere.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> ICHINO in op. cit. p. 4295.

<sup>165</sup> VALVO, *Audizione protetta del minore vittima di abuso sessuale in Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 262.

<sup>166</sup> I casi tassativi di incidente probatorio sono disciplinati al comma 1 dell'art. 392 c.p.p. che dispone: "Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio: a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento; b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta, promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso; c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri; d) all'esame delle persone indicate nell'art. 210; e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b); f) a una perizia o ad un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile; g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento."

Dall'esame di questi ultimi appare evidente che la loro caratteristica comune è quella di essere "atti non rinviabili": la previsione di un meccanismo di formazione anticipata della prova era apparsa necessaria per garantire l'assunzione di elementi di prova, la cui natura li avrebbe resi inacquisibili, se si fosse atteso il dibattimento.<sup>167</sup>

L'introduzione del comma 1-bis ad opera della legge n. 66/1996, successivamente modificato dalla legge n. 269/1998 e dalla legge n. 38/2006, stravolge la *ratio* dell'istituto, scardinandolo dai suoi tradizionali presupposti. Esso, infatti, dispone che anche fuori dai casi previsti dal comma 1, si possa procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di minore degli anni sedici "nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale."<sup>168</sup>

In altre parole, mentre di regola l'assunzione di una testimonianza mediante il meccanismo dell'incidente probatorio implica che sussistano determinati e specifici presupposti, quali il fondato motivo di ritenere il testimone non esaminabile in dibattimento per infermità o altro grave impedimento o per il fatto che egli sia esposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso, nei delitti sopra citati, lesivi della sfera sessuale della vittima, il pubblico ministero o la persona sottoposta alle indagini<sup>169</sup> possono chiedere il ricorso a tale istituto anche in assenza di tali presupposti.<sup>170</sup>

L'aver previsto una più ampia possibilità di procedere all'audizione del testimone minorenni con le forme dell'incidente probatorio risponde alla volontà del legislatore di

---

<sup>167</sup> VIGNA, *Art. 392- Casi*, in *Commento al codice di procedura penale* (a cura di CHIAVARIO), Aggiornamento Marzo 1998, Torino, p. 74.

<sup>168</sup> A proposito dell'elencazione tassativa di tali tipi di reato, va segnalato che l'art. 398 comma 5-bis c.p.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, con sentenza del 9 Luglio 1998 n. 262, "nella parte in cui non prevede l'ipotesi di reato di cui all'art. 609-quinquies c.p. (corruzione di minorenni), fra quelle in presenza delle quali si procede con "modalità particolari" all'assunzione della testimonianza del testimone di anni sedici. E', infatti, da notare che, invece, l'art. 392 comma 1-bis ricomprende tale fattispecie di reato nei casi in cui può procedersi all'incidente probatorio anche in assenza di "atto non rinviabile". E' evidente, dunque, la disparità di trattamento riservata al teste minorenni dall'art. 398 comma 5-bis c.p.p. Come si vedrà nel capitolo 3 § 2.1. il novero dei soggetti di cui può assumersi la testimonianza in incidente probatorio è stato ampliato dalla legge n. 38/2009.

<sup>169</sup> Si deve però ritenere che, ai sensi dell'art. 394 comma 1 c.p.p., anche l'offeso dal reato possa chiedere al pubblico ministero di promuovere questo tipo di incidente probatorio. BARGIS, in op. cit. p. 501. La legge n. 38/2009 specifica espressamente attraverso la modifica dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p. che il pubblico ministero può chiedere l'incidente probatorio, "anche su richiesta della persona offesa". Per una trattazione più ampia delle modifiche all'istituto operate dalla legge n. 38/2009 si veda il capitolo 3 § 2.1.

<sup>170</sup> BARGIS, in op. cit. p. 497.



tutelarne la dignità e la riservatezza, assumendone la testimonianza in un contesto garantito dall'organo giurisdizionale *super partes*,<sup>171</sup> intento dimostrato anche dalla previsione di svolgerlo in luoghi e secondo tempi e modalità particolari, ai sensi del comma 5-bis dell'art. 398 c.p.p.

La scelta di privilegiare l'incidente probatorio quale "luogo di acquisizione del contributo probatorio del minore" aveva già suscitato delle perplessità nella dottrina prima che, sull'applicazione dell'istituto nei procedimenti per reati sessuali, intervenisse la riforma del 2009.

Si era messo in evidenza come il suo ricorso non fosse giustificabile con la mera esigenza di evitare al minore il traumatico impatto con il dibattimento, vista la possibilità di sentirlo, anche in tale sede, attraverso la forma dell'audizione protetta.

Vero è, però, che, a differenza del dibattimento esso consente l'acquisizione della testimonianza del minore nell'immediatezza del fatto: in realtà, poiché la determinazione del momento in cui farne richiesta è rimessa alle parti, che decideranno in base a quale sia il momento più favorevole per le ragioni dell'accusa o della difesa, esso potrà essere richiesto anche in tempi distanti rispetto alla commissione del fatto da accertare.<sup>172</sup>

Tale istituto non è nemmeno in grado di garantire la "verginità" della prova, poiché il minore, come si è visto, potrà comunque essere sottoposto, in sede di indagini, ad interviste con il difensore o con il pubblico ministero, che potrebbero avere "effetti manipolativi" sul suo ricordo.

C'è poi un dato che non può rimanere esente da critiche: l'aver limitato l'ambito di applicazione del comma 1-bis alle fattispecie di reato<sup>173</sup> in esso tassativamente indicate produce inevitabilmente "un vuoto di tutela e una disparità di trattamento con riferimento a procedimenti diversi da quelli tassativamente elencati, in cui tuttavia

---

<sup>171</sup> PIATTOLI in op. cit. p. 404.

<sup>172</sup> L'art. 393 comma 2 -bis c.p.p. impone, nel caso in cui la richiesta di incidente probatorio venga accolta, la *discovery* completa di tutti gli atti di indagine; che rappresenta certamente un elemento idoneo a condizionare "strategicamente" i tempi di assunzione della prova secondo le modalità previste dagli artt. 392 c.p.p. e ss. oltre che a rappresentare un fattore di potenziale pregiudizio per le indagini. Così FIORILLO V., *Il minore vittima di abusi. L'ascolto del minore nella fase delle indagini preliminari e del processo* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 6/2009, p. 684.

<sup>173</sup> Il comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p. fa riferimento esclusivamente ai reati di violenza sessuale, anche aggravata, atti sessuali con minorenni, corruzione di minorenni, violenza sessuale di gruppo, pornografia minorile, prostituzione minorile, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi.

sussistano le medesime esigenze di acquisizione delle dichiarazioni del teste minorene.”<sup>174</sup>

#### **1.2.4. La disciplina derogatoria di matrice giurisprudenziale.**

Ci si è a lungo soffermati sulle modalità previste dal codice di rito, prima della legge n. 38/2009, per l'assunzione della testimonianza del minorene; esse, pur derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria, presuppongono che il fanciullo dia il suo contributo alla ricostruzione del fatto, con modalità che non solo evitino traumi al minore, ma siano anche compatibili con il sistema di garanzie, *in primis* il diritto di difesa, riconosciuto all'imputato.

---

<sup>174</sup> CAMALDO L., *Uno statuto speciale per il testimone minorene*, in *Cassazione Penale n. 4/2004*, Milano, p. 1436. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee si è espressa sul punto con la sentenza del 16 Giugno 2005 (c.d sentenza Pupino), in seguito alla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze. L'oggetto della questione riguardava proprio le ipotesi tassative di operatività del comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p. e del comma 5-bis dell'art. 398 c.p.p. Nella causa principale, infatti, il pubblico ministero aveva chiesto al G.I.P. di raccogliere le deposizioni di otto bambini, testimoni e vittime dei reati, per i quali la sig.ra Pupino era indagata, mediante l'audizione protetta in sede di incidente probatorio, ai sensi dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p. e dell'art. 398 comma 5-bis c.p.p. Tale richiesta era stata giustificata affermando che l'assunzione della prova non avrebbe potuto essere differita sino all'udienza dibattimentale a causa della minore età dei testimoni e della inevitabile modificazione della situazione psicologica di questi ultimi, nonché di un eventuale processo di rimozione psicologica. Il nodo cruciale della questione era che la Sig.ra Pupino, maestra d'asilo dei bambini, era stata accusata del reato di "abuso dei mezzi di disciplina" (art. 571 c.p.) e di "lesioni aggravate" (artt. 582, 585, 576 c.p.), reati non contemplati, come si è già potuto osservare, dal combinato disposto delle norme che legittimano l'assunzione della testimonianza in forma protetta nell'ambito dell'incidente probatorio; è proprio tale argomento ad essere stato utilizzato dal difensore di quest'ultima per opporsi alla richiesta.

Il giudice del rinvio, constatando che la domanda del p.m. avrebbe dovuto essere respinta sulla base della lettera delle disposizioni nazionali sopra richiamate, ma rilevando anche che molti reati esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 392 n. 1 c.p.p. potrebbero perfettamente essere più gravi per la vittima rispetto a quelli tassativamente elencati da tale disposizione, così come era accaduto nella causa in questione, chiede alla Corte di pronunciarsi sulla portata degli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro dal titolo "Rispetto e riconoscimento"<sup>174</sup>, ritenendoli incompatibili con il disposto del comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p. e del comma 5-bis dell'art. 398 c.p.p.. La Corte si è pronunciata affermando che le disposizioni della decisione quadro relative alla posizione della vittima nel processo penale, "*devono essere interpretate nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa principale, sostengano di essere stati vittima di maltrattamenti, a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio, al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima.*" Si noti che qualche anno prima la Corte Costituzionale si era dimostrata di diverso avviso rispetto alla Corte Europea. Nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p. in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., nella parte in cui non prevede che si possa procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di minore di anni sedici per reati diversi da quelli indicati dalla norma, la Corte aveva ritenuto ragionevole la scelta del legislatore evidenziando come "*il ricorso all'incidente probatorio al di fuori delle ipotesi ordinarie rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale per cui la prova si forma in dibattimento e corrisponde ad una scelta del legislatore rispetto a cui non è dato rinvenire ragioni costituzionali che ne impongano l'estensione a ipotesi differenti.*" Così Corte Cost. 18.12.2002 n. 259, in senso conforme Corte Cost. 9.5.2001 n. 114; Corte Cost. 29.12.2000 n. 583.

Non sempre, però, i meccanismi previsti per questo scopo trovano piena attuazione: la giurisprudenza ha, infatti, elaborato degli *escamotages* “*per evitare del tutto la performance dibattimentale del testimone minore di età, pur senza perdere il contributo del minore alla ricostruzione del fatto, ma con un evidente compressione del diritto al contraddittorio.*”<sup>175</sup>

Ciò è avvenuto attraverso il recupero delle dichiarazioni rese dallo stesso al di fuori del procedimento giudiziario oppure nella fase delle indagini. I riferimenti normativi utilizzati dalla giurisprudenza sono l’art. 195 c.p.p., che disciplina la testimonianza indiretta, e l’art. 512 c.p.p.,<sup>176</sup> che legittima la lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione; è intuitivo come, per piegarle a tal fine, sia stata data a tali norme un’interpretazione estensiva. In particolare, è stata ampliata la portata del concetto di infermità di cui al comma 3 dell’art. 195 c.p.p.,<sup>177</sup> ritenendo utilizzabile la testimonianza *de relato* avente ad oggetto le confidenze rese alla madre da una minore, vittima di un reato sessuale, poiché quest’ultima aveva rimosso dalla memoria la dolorosa esperienza e tale meccanismo psichico era stato assimilato ad una forma di infermità mentale che, in base alla lettera del comma sopra citato, rendeva impossibile la deposizione della minore in dibattimento.<sup>178</sup>

Emblematica del recupero delle dichiarazioni stragiudiziali del minore abusato attraverso il combinato disposto del comma 3 dell’art. 195 c.p.p. e dell’art. 512 c.p.p. è la sentenza della Corte di Cassazione del 25 settembre 2000,<sup>179</sup> che ha sostenuto l’utilizzabilità della testimonianza indiretta avente ad oggetto le confidenze del bambino non esaminato in dibattimento e l’acquisibilità delle dichiarazioni rese dallo stesso al di fuori dell’incidente probatorio, sul presupposto che “*il concetto di impossibilità di ripetizione di cui all’art. 512 c.p.p. non è ristretto alla non praticabilità materiale di reiterazione (che si verifica, ad esempio, in caso di morte od irreperibilità accertata del*

---

<sup>175</sup> DI PAOLO, *L’acquisizione nel processo penale delle “dichiarazioni a contenuto testimoniale” del minore*, in *Cassazione Penale*, n. 5/2003, p. 1672.

<sup>176</sup> L’art. 512 c.p.p. dispone: “Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell’udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione.”

<sup>177</sup> Il comma 3 dell’art. 195 c.p.p. rende utilizzabili le dichiarazioni rese dal testimone *de relato*, anche se le persone a cui egli fa riferimento per la conoscenza diretta dei fatti, non siano state chiamate a deporre, “salvo che l’esame di questi risultati impossibile per morte, infermità o irreperibilità.”

<sup>178</sup> Ciò è stato deciso dalla Corte di Cassazione, sez. III 27 agosto 1998. Tale pronuncia è riportata da DI PAOLO G. in op. cit. p. 1673.

<sup>179</sup> Anch’essa citata da DI PAOLO in op. cit. p. 1673

teste), ma è estensibile a tutte le ipotesi in cui una dichiarazione non possa essere utilmente assunta per le peculiari condizioni del soggetto, che lo rendono non più escutibile.” La Corte, nel caso di specie, aveva, infatti, ritenuto che la situazione di grave stress psicologico del minore, conseguente alle violenze subite, rendesse impossibile l’esame dibattimentale per le gravi e irreversibili conseguenze che esso avrebbe potuto comportare per il bambino.

In tema di utilizzabilità delle dichiarazioni provenienti dal testimone indiretto, si ritiene significativa anche la pronuncia Suprema Corte n. 9801 del 29 novembre 2006 che ha considerato pienamente utilizzabili le dichiarazioni del genitore del bambino, vittima di abusi sessuali, che escusso in incidente probatorio, non abbia risposto alle domande. Secondo la Corte, infatti, *“la testimonianza de relato è inutilizzabile solo quando sulla richiesta di parte il giudice non chiami a deporre il teste diretto, ma quando il teste diretto, chiamato, non abbia risposto, non sussiste più alcuna limitazione al valore probatorio delle testimonianze indirette, che devono essere configurate, al pari di ogni altra prova storica, come rappresentazione dello stesso fatto che si assume di voler provare, sia pure soggettivamente mediata attraverso il testimone indiretto e non come prova logica o indizio, dal quale desumere un fatto diverso”*.<sup>180</sup>

La Corte, dunque, estendendo l’utilizzabilità della testimonianza indiretta oltre i casi previsti dall’art. 195 comma 3 c.p.p., conferma il giudizio di colpevolezza dell’imputato fondato esclusivamente sulle dichiarazioni dei prossimi congiunti, sentiti in qualità di testimoni indiretti dei fatti che il minore aveva riferito durante le indagini e non confluite nel fascicolo dibattimentale.

Se alcune pronunce sul valore da attribuirsi alle dichiarazioni del minore abusato avevano già fatto sorgere qualche perplessità per l’indebita compressione del diritto dell’indagato alla controprova avallata dalla Suprema Corte,<sup>181</sup> quest’ultima sentenza,

---

<sup>180</sup> Cass. Pen. 29 novembre 2006 n. 9801 in *Cassazione Penale* n. 12/2007 pp. 4752 e ss. con nota di ANGELOTTI C., *Il silenzio del minore e la testimonianza de relato*, pp. 4754 e ss.

<sup>181</sup> Il riferimento è all’ormai costante posizione della Corte di Cassazione secondo cui, nei processi per reati sessuali, l’affermazione della responsabilità dell’imputato può fondarsi solo sulle dichiarazioni dell’offeso, senza che esse richiedano dei riscontri estrinseci. Così Cass. Pen. sez. III 11 ottobre 2007 n. 40541 in *Guida al Diritto* n. 48/2007, p. 92. Si noti che fondare la sentenza di condanna sulle sole dichiarazioni del minore, per quanto dichiarato attendibile, può essere azzardato vista la molteplicità dei fattori che possono incidere sulla genuinità della deposizione. Ai fattori già ampiamente trattati si aggiunga l’impunità per il minore infraquattordicenne che renda dichiarazioni reticenti o non corrispondenti al vero, che si deduce dall’art. 497 comma 2 c.p.p. e la recente posizione della giurisprudenza di legittimità che ammette domande suggestive se poste dal giudice per far sì che il minore deponga. In questo senso Cass. sez. III 13 febbraio 2008 n. 13981 secondo cui *“in tema di regole per*

che legittima la condanna in assenza di alcun contributo da parte della vittima, unico testimone diretto del reato, non può che accrescere la preoccupazione, alla luce dei principi fondamentali del giusto processo. Quando anche il solo “sentito dire” diventa sufficiente per infliggere una condanna tanto infamante come quella fondata sull’accusa di aver usato violenza su un bambino, troppo ampi e sproporzionati, rispetto a quelli posseduti dall’imputato, saranno gli strumenti nelle mani del pubblico ministero per sostenere l’accusa in giudizio e dimostrarne la colpevolezza, rendendo molto difficile, per non dire quasi impossibile, anche la difesa dell’innocente.

---

*l'esame testimoniale, il divieto di formulare domande "suggestive", imposto dall'art. 499, comma terzo, cod. proc. pen., non può considerarsi violato nel caso in cui le domande siano poste dal giudice in sede di esame del testimone minorenni al fine di vincerne la reticenza ovvero la ritrosia nel deporre.”*

## **2. Esigenze di accertamento, ridimensionamento delle garanzie dell'imputato e inasprimento della risposta sanzionatoria: i primi segnali dell'estensione ai delitti sessuali del c.d. "doppio binario" previsto per la criminalità organizzata.**

### **2.1. Il processo come lotta alla criminalità sessuale in rete: l'ampliamento dei poteri di indagine grazie ai nuovi strumenti investigativi.**

La presa di coscienza del legislatore della necessità di contrastare il dilagante fenomeno della pedofilia *on line* ha avuto come conseguenza l'introduzione, nell'ordinamento, di strumenti investigativi, in alcuni casi completamente nuovi, in altri solo parzialmente innovati, adeguati alle nuove forme di perpetrazione di tale grave crimine.

Il comune denominatore sotteso a queste iniziative, che si rinvengono nella legge n. 269 del 1998, nella legge n. 38 del 2006 e, seppur non con specifico riferimento ai reati sessuali, anche nella legge n. 48 del 2008, consiste nel dotare le autorità di più ampi poteri che, supportati da adeguate tecnologie, consentano un'attività investigativa maggiormente efficace e idonea allo scopo di prevenire e reprimere le "nuove" forme di criminalità sessuale.

Si crede, quindi, di dover condividere quanto già affermato dalla dottrina secondo cui l'osservazione, anche mediante intercettazione in tempo reale, dello svolgimento dell'attività illecita, e l'identificazione di tali criminali, attraverso le attività di cui a breve si dirà, *"costituiscono, in effetti, lo strumento più efficace per addivenire all'individuazione di ipotesi criminose di ancor maggior gravità e di impatto sociale violentissimo, quali quelle prodromiche alla distribuzione ed al consumo del prodotto pornografico, nell'ambito delle quali il coinvolgimento diretto e drammatico dei minori richiede un impegno, in termini di tempo e di efficacia, da parte dell'autorità giudiziaria e delle forze dell'ordine, che non può che essere considerato assoluto."*<sup>182</sup>

---

<sup>182</sup> PARODI C., *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Diritto Penale e Processo* n. 11/1999, p. 1446. In tal senso anche SPANGHER G., *Le norme di diritto processuale penale* in *Diritto Penale e Processo* n. 10/1998, p. 1234.

### **2.1.1. Il nuovo volto delle intercettazioni e degli altri tradizionali mezzi di ricerca della prova nelle indagini contro la *pedopornografia on line*.**

Fra i mezzi di ricerca della prova “tradizionali”, il cui utilizzo è esteso dal legislatore ai procedimenti per reati sessuali commessi attraverso il web, vi sono le intercettazioni.

La cornice normativa che legittima il ricorso alle intercettazioni nei procedimenti riguardanti i reati di *pedofilia on line* è rappresentata dagli artt. 266 comma 2 lett. f bis) c.p.p.<sup>183</sup> e 266-bis c.p.p.<sup>184</sup>

L’art. 266 c.p.p., che, come noto, stabilisce i limiti di ammissibilità delle intercettazioni, è stato modificato dalla legge n. 269/1998<sup>185</sup>. Attraverso l’inserimento, nel II comma, della lettera F bis), ha consentito le intercettazioni di comunicazioni e di conversazioni telefoniche e tra presenti anche nei procedimenti per il reato di pornografia minorile di cui all’art. 600 – ter III comma c.p.

La *ratio legis* della novella è evidentemente quella di potenziare gli strumenti investigativi a disposizione nei procedimenti per tal genere di delitti, viste le peculiari modalità di realizzazione delle condotte incriminate.

La dottrina<sup>186</sup> si è dimostrata concorde nel ritenere necessaria questa modifica. Senza tale interpolazione, infatti, le operazioni intercettative sarebbero state consentite solo in presenza di una delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma dell’art. 600 *sexies* c.p., stante i limiti edittali dei reati inclusi dall’art. 266 lett. a) c.p.p.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> Art. 266. Limiti di ammissibilità. 1. L’intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati (...) f-bis) delitti previsti dall’articolo 600-ter, terzo comma, del codice penale, anche se relativi al materiale pornografico di cui all’articolo 600-quater.1 del medesimo codice.

<sup>184</sup> Art. 266-bis. Intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche. 1. Nei procedimenti relativi ai reati indicati nell’articolo 266, *nonché a quelli commessi mediante l’impiego di tecnologie informatiche o telematiche*, è consentita l’intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi.

<sup>185</sup> Legge 3 agosto 1998 n. 269 “*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*”

<sup>186</sup> In questo senso MUSACCHIO, *Brevi considerazioni sulla nuova normativa penale “antipedofilia”* in Giustizia Penale, II,1998, p. 670; GALANTINI *Commento all’art. 12 l. 269/1998* in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia* ( a cura di ) Cadoppi, 2002, pp. 772, SPANGHER; *Le norme di diritto processuale penale* in *Diritto Penale e Processo*, n. 10/1998, p. 1232;

<sup>187</sup> Ai sensi dell’art. 266 lett. a) le intercettazioni di comunicazioni e conversazioni, anche fra presenti, è ammessa per delitti sessualmente connotati, diversi da quello previsto dall’art. 600 – ter comma III c.p., quali il delitto di prostituzione minorile (art. 600-bis comma I c.p.), il delitto di pornografia minorile (art.

Questa lettera è stata poi ulteriormente “ritoccata” dalla legge 6 febbraio 2006 n. 38 “*Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet*”, che ha esteso le intercettazioni anche ai casi in cui il materiale pedopornografico ottenuto mediante lo sfruttamento di minori di anni diciotto, distribuito, divulgato, diffuso o pubblicizzato anche a mezzo telematico<sup>188</sup>, sia rappresentato dalle immagini virtuali, di cui all’art. 600 quater 1 c.p., realizzate utilizzando immagini di minori.

L’art. 266 – bis c.p.p., oltre che legittimare il ricorso all’intercettazione di flussi telematici per i reati previsti dall’art. 266 c.p.p., dispone che tal tipo di operazione possa essere effettuata in tutti i procedimenti per reati compiuti attraverso la tecnologia informatica, indipendentemente dalla loro cornice edittale.<sup>189</sup>

La lettura combinata degli artt. 266 e 266 – bis c.p.p. impone, quindi, di concludere che le intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche sono consentite non solo nel caso del reato di cui all’art. 600-ter comma III c.p.p., ma anche per fattispecie meno gravi come quelle previste dall’art. 600-ter comma IV c.p.p., riguardante la cessione anche gratuita di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori, e dall’art. 600-quater c.p. relativo all’atto di procurarsi o disporre lo stesso materiale, quando commessi mediante l’uso delle tecnologie informatiche.

Rimangono fuori dall’applicazione del combinato disposto degli artt. 266 e 266-bis c.p.p., dunque, solo le fattispecie delittuose sessualmente connotate, che non si realizzano attraverso lo strumento informatico e per il cui accertamento non è necessario procedere all’intercettazione di flussi telematici.<sup>190</sup>

---

600 – ter comma I e II c.p.), il delitto di violenza sessuale (art. 609- bis c.p.), il delitto di atti sessuali con minorenni (art. 609 quater c.p.) e il delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.).

<sup>188</sup> E’ questa la condotta prevista e punita dall’art. 600 – ter comma 3 c.p.

<sup>189</sup> Secondo GALANTINI, *Commento all’art. 12 l. 269/1998 in Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia* ( a cura di ) Cadoppi, 2002, pp. 772, l’art. 266 – bis c.p.p. è norma autonoma rispetto all’art. 266 c.p.p. con riferimento ai reati commessi attraverso le tecnologie informatiche.

<sup>190</sup> Si noti che l’art. 3 del DDL n. 1348 “Misure contro gli atti persecutori” presentato dal Ministro per le Pari Opportunità Carfagna e dal Ministro della Giustizia Alfano prevedeva la modifica dell’art. 266 lett. f), estendendo così l’ammissibilità delle intercettazioni telefoniche, ambientali e telematiche (visto il richiamo dell’art. 266-bis c.p.p. ai reati elencati nell’art. 266 c.p.p.), anche ai procedimenti per il “nuovo” reato di “atti persecutori”. L’art. 3 del DDL n. 1348 è poi stato trasposto nell’art. 9 del Decreto Legge n. 11/2009, convertito senza modificazioni nella legge n. 38/2009 privato, però, della parte in cui disponeva la modifica dell’art. 266 c.p.p. lett. f). La disciplina sulle intercettazioni non è stata, quindi, modificata dalla recente legge n. 38/2009. La proposta, poi caduta, di estendere le intercettazioni anche ai procedimenti per il reato c.d. di “*stalking*”, del tutto coerente con la tendenza della recente legge a rafforzare i poteri di indagine nel perseguimento dei delitti sessuali, non appare irragionevole, stante le



Le intercettazioni telematiche incontrano, nei procedimenti per i reati di *pedo-pornografia on line*, gli stessi problemi in tema di compatibilità con i diritti costituzionalmente garantiti, primi fra tutti il diritto alla segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost. e il diritto di difesa ex art. 24 Cost., che si pongono con riferimento a procedimenti per reati di tipo diverso, commessi attraverso la Rete.

Si pensi, ad esempio, al problema di determinare il *locus commissi delicti*, al fine di individuare la legge applicabile e la giurisdizione competente e i susseguenti limiti a cui le intercettazioni possono essere sottoposte<sup>191</sup> oppure ancora al ricorso ad impianti esterni gestiti da privati che, per quanto riguarda le intercettazioni telematiche o informatiche, è ammesso al pari dell'uso degli impianti collocati in Procura (art. 268 comma 3 e 3 – *bis* c.p.p.).<sup>192</sup>

A tal proposito, il codice di rito nulla dispone con riferimento alle intercettazioni di flussi telematici<sup>193</sup> affidate a fornitori privati di servizi di comunicazione elettronica, alle modalità con cui pongono in essere le operazioni captative autorizzate, al trattamento dei dati e alla loro trasmissione all'autorità giudiziaria.

---

molteplici condotte (per altro non specificate nell'art. 612 – bis c.p.p.<sup>190</sup>) e la diversa tipologia dei mezzi utilizzabili (telefono, pc ecc.) per realizzare l'intromissione continua e inopportuna nella sfera privata della vittima e concretare questa subdola forma di molestia.

<sup>191</sup> L'individuazione del *locus commissi delicti* con riferimento a reati c.d. informatici è problematica proprio a causa della tecnologia utilizzata per la loro perpetrazione, all'immaterialità e alla velocità di diffusione del dato informatico. Pur potendosi considerare come commessi all'estero i delitti commessi da soggetti che utilizzino *servers* collocati al di fuori del territorio italiano non sempre è nota la localizzazione del sito a cui si chiede l'accesso. Vi è inoltre il problema della contemporaneità dell'evento, che potrebbe portare all'attivazione di giurisdizioni diverse. Una delle soluzioni proposte dalla dottrina è quella di utilizzare come criterio di individuazione della competenza territoriale il vincolo che lega l'utente al *provider*, determinando così il collegamento fra soggetto-utente autore del delitto e territorio. Così GALANTINI, *Commento all'art. 12 l. 269/1998 in Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia* ( a cura di ) Cadoppi, 2002, pp. 779. Attualmente si prospettano a livello internazionale due diversi approcci: ai fini della determinazione della competenza e della legge applicabile, viene considerato da una parte il luogo dell'azione (ovvero il luogo di immissione della rete dei dati), dall'altro il luogo dell'evento (ovvero il luogo della ricezione dei dati da parte dei destinatari/vittime). Il criterio dell'azione, quello maggiormente diffuso, ha lo svantaggio di consentire all'autore dell'illecito di scegliere *ex ante* la legge applicabile, individuando le aree in cui le condotte non sono riconosciute come reati oppure sono sottoposte a sanzioni più lievi. L'insufficienza di questo criterio è dimostrata dall'applicazione, anche da parte dell'Italia ex art. 6 comma 2 c.p., del c.d. principio di ubiquità, che è rappresentato dal cumulo del criterio dell'azione con quello dell'evento. Così D'AGOSTINI, in *Diritto Penale dell'Informatica*, Milano, 2007, pp. 176 e ss.

<sup>192</sup> La disposizione secondo GALANTINI, *Commento all'art. 12 l. 269/1998 in Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia* ( a cura di ) Cadoppi, 2002, pp. 773, annulla la portata precettiva dell'art. 271 comma c.p.p. sull'inutilizzabilità delle intercettazioni effettuate in violazione delle disposizioni sull'uso degli impianti prescritti.

<sup>193</sup> Sulla lacunosità della disciplina codicistica in tema di intercettazioni informatiche o telematiche RUGGIERI, *Profili processuali nelle investigazioni informatiche in Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet* (a cura di) Picotti, 2004, pp. 163

Per ridimensionare l'evidente vuoto di tutela nei confronti della sfera privata degli indagati e dei terzi, potenzialmente lesa dall'elevato numero di dati personali elaborati<sup>194</sup>, è intervenuto il Garante per la Privacy che, con il provvedimento del 15 dicembre 2005, ha impartito ai gestori per le intercettazioni nuovi accorgimenti da adottare nell'eseguire le operazioni richieste (come ad es. l'individuazione più selettiva del personale incaricato a trattare i dati, la maggior protezione dei dati per il periodo in cui essi giacciono nei *data base* dei gestori, attraverso strumenti di avanzata cifratura, l'immediata cancellazione dei dati dopo la loro comunicazione all'autorità giudiziaria ecc.), al fine di imporre che tali operazioni avvengano nel rispetto dei diritti delle persone, anche nella fase che precede l'acquisizione dei dati da parte dell'autorità giudiziaria e che non trova disciplina nel codice di rito.

La condivisione di un *modus operandi* comune, improntato al rispetto del diritto alla privacy dei soggetti coinvolti dovrebbe, in qualche misura, garantire l'indagato sull'integrità, sull'attendibilità e soprattutto sulla genuinità dei dati a proprio carico, spesso compromessa dalla scarsa competenza tecnica degli addetti alle operazioni di intercettazione e dall'eccessiva leggerezza nella manipolazione dei dati.

Si pone, inoltre, il problema di circoscrivere l'oggetto delle intercettazioni informatiche, alla luce delle nuove tecnologie.

Come si è visto, il legislatore detta una differente disciplina con riferimento alle intercettazioni "vocali", rigorosamente normata, e alle intercettazioni di flussi telematici, che risulta disciplinata unicamente per rinvio alla prima.

Il fenomeno della convergenza tecnologica ha consentito il superamento della vecchia struttura delle telecomunicazioni, in cui ciascun servizio possedeva la sua rete di trasmissione. La piattaforma elettronica, quale canale di trasmissione dei dati, unita alla digitalizzazione dei servizi di telefonia, ha come conseguenza pratica quella di "*far apparire la vecchia telefonata come un semplice flusso informatico*", di talché, disponendo un'intercettazione telematica, soggetta, come si è visto, a parametri meno rigorosi, potrebbero captarsi dati inerenti ad una conversazione vocale, con evidenti problemi di inutilizzabilità delle informazioni così ottenute.<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> I dati attengono, in particolare, all'identità dei soggetti sottoposti ad intercettazione, all'arco temporale di svolgimento dell'intercettazione e ai dati di traffico telefonico o telematico inerenti alle linee intercettate (data, ora, numero chiamato e durata della comunicazione o conversazione).

<sup>195</sup> Così LUPARIA, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007, pp. 166 e ss. Sempre con riferimento alla problematica dell'estensione dell'oggetto delle intercettazioni telematiche, l'autore

Si rendono, quindi, opportuni decreti autorizzativi delle intercettazioni, che stabiliscano le modalità delle operazioni in maniera più precisa e circoscritta, al fine di prevenire da parte delle autorità d'indagine, l'acquisizione di informazioni destinate ad essere colpite dalla sanzione dell'inutilizzabilità.

L'esigenza di decreti autorizzativi più dettagliati a tutela delle garanzie dei soggetti che, a vario titolo, possono venire coinvolti dall'intercettazione si fa ancora più pressante poiché secondo la Corte di Cassazione l'attività di intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche, regolarmente autorizzata dall'autorità giudiziaria, comprende anche l'identificazione del soggetto che utilizzi un determinato "user name".<sup>196</sup> Il decreto di cui all'art. 267 c.p.p. non autorizza, quindi, le autorità preposte solo ad avviare l'attività intercettativa, ma anche a ricavare dall'indirizzo IP le generalità dell'utente<sup>197</sup>, attraverso una richiesta rivolta all'Internet Service Provider<sup>198</sup>.

---

cita come problematiche anche le c.d. "intercettazioni parametriche", che avvengono attraverso la captazione di dati per parole chiave. Questa modalità di intercettazione consente alle autorità di monitorare e filtrare tutto il traffico regionale o nazionale afferente ad un determinato provider, con conseguente lesione della privacy dei cittadini che ne utilizzano i servizi.

<sup>196</sup> Cassazione Penale sez. III 6.10.2009 n. 41743.

<sup>197</sup> La c.d. interrogazione anagrafica. Fra le altre attività, diverse dalle intercettazioni strettamente intese, per cui l'autorità giudiziaria si avvale del supporto dei providers, vi sono la localizzazione dell'utenza, l'identificazione della linea chiamante o della linea connessa, il tracciamento, la sospensione o la limitazione dei servizi agli utenti, la documentazione del traffico pregresso contabilizzato e la documentazione integrale del traffico storico. Non essendo attività tipizzate dal codice di rito, pongono una serie di dubbi sul loro inquadramento nelle tradizionali categorie e conseguentemente sulla disciplina applicabile. Il problema è ancor più rilevante se si considera che, come affermato dal Garante della Privacy nel provvedimento del 15 dicembre 2005, *"a differenza di quanto avviene in occasione delle conversazioni telefoniche intercettate, i fornitori hanno la possibilità di conoscere tali informazioni prodotte o raccolte nel compimento delle predette operazioni. Sono i fornitori, infatti, ad estrarre i dati, a selezionarli secondo i criteri richiesti dall'autorità giudiziaria, ad organizzarli in tabulati e a spedirli al richiedente. In tutte queste fasi, i dati restano nella disponibilità del fornitore e non può essere escluso che gli incaricati operanti in ambito aziendale debbano poterli conoscere, anche in parte, per svolgere alcune tra le operazioni medesime"*

Un correttivo alla questione può forse rinvenirsi nel "nuovo" comma 4-ter dell'art. 132 Cod. Privacy, secondo cui il provvedimento dell'autorità giudiziaria diretto ai providers "può prevedere (...) l'eventuale indisponibilità dei dati stessi da parte dei fornitori e degli operatori di servizi informatici o telematici ovvero di terzi".

<sup>198</sup> La disciplina della conservazione dei dati di traffico a fini investigativi è contenuta nell'art. 132 del D.lgs. 30 Giugno 2003 n. 196 (Cod. Privacy). La norma, che fino alle recenti modifiche disciplinava solo la conservazione dei dati del traffico telefonico, disciplina attualmente anche la conservazione dei dati del traffico telematico presso i fornitori di servizi. Attraverso l'inserimento dei commi 4-ter, 4-quater e 4-quinquies ad opera della legge 18 marzo 2008 n. 48 di ratifica della Convenzione di Budapest, vengono stabiliti gli obblighi di conservazione e custodia dei dati da parte dei provider su ordine dell'autorità giudiziaria, che abbia bisogno dei dati per lo svolgimento delle investigazioni preventive di cui all'art. 226 disp att. cp.p. oppure per la repressione di specifici reati. La norma non indica quali sono i reati per cui l'autorità giudiziaria può impartire particolari ordini di conservazione e custodia. Ci si deve chiedere se tali ordini possono riguardare qualunque tipo di reato, per cui l'acquisizione di tali dati si renda necessaria oppure solo per i più gravi, fra i quali, si pensa, rientrano certamente i reati di pedopornografia *on line*. Sarebbe stata opportuna una maggior precisione del legislatore in tal senso, anche al fine di

Potrà, infatti, essere necessario procedere all'intercettazione di flussi telematici per risalire, attraverso l'indirizzo IP, all'identità dell'utente, che condivide in Rete immagini o filmati di contenuto illecito.

Se gli assegnatari di tali IP sono provider italiani, il reperimento delle informazioni avviene in modo agevole mediante il decreto di acquisizione dei *files di log*, notificato allo stesso provider. Se gli IP sono stati assegnati da fornitori di servizio Internet situati all'estero, allora tale attività verrà demandata all'Interpol o all'Europol.

Secondo le indicazioni comunitarie, la corretta conservazione dei dati presso gli ISP (Internet Service Provider) è un elemento di grande importanza per reprimere il fenomeno della pedopornografia *on line*, al punto che, fra le “misure appropriate di tipo volontario o coercitivo, atte ad eliminare la pornografia infantile su Internet” la Decisione 2000/375/GAI indica anche quelle mirate a sollecitare i fornitori di servizi Internet a “conservare (...) i dati relativi a tale traffico, quando applicabile e tecnicamente fattibile – soprattutto ai fini delle azioni penali qualora si sospetti l'abuso sessuale di bambini, nonché la produzione, il trattamento e la diffusione di materiale di pornografia infantile – per il tempo eventualmente specificato dalla legislazione nazionale applicabile<sup>199</sup>, al fine di rendere tali dati disponibili per essere esaminati dalle autorità preposte all'applicazione della legge, secondo le norme procedurali applicabili.”<sup>200</sup>

---

evitare forzate interpretazioni in via analogica di norme dettate per istituti diversi, come ad esempio l'art. 266 c.p.p. e un'eccessiva intrusione, da parte dell'autorità procedente, nella sfera privata dei cittadini. Ciò sarebbe stato coerente anche con le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale n. 372/06, secondo cui: “la tutela del diritto alla riservatezza può subire variazioni in rapporto all'esigenza concreta... a seconda della gravità dei reati da perseguire... è sufficiente che la maggiore o minore limitazione (del diritto alla riservatezza) sia posta in rapporto con la maggiore o minore gravità attribuita dal legislatore a reati diversi, individuati secondo scelte di politica criminale ... Fermo restando il criterio generale di bilanciamento in astratto, spetta al legislatore individuare specifici equilibri non manifestamente irragionevoli”

Viene, inoltre, meno il regime “differenziato” di conservazione e di acquisizione dei dati, che il legislatore aveva previsto per i reati di cui all'art. 407 comma II lett. a) c.p.p., in seguito all'abrogazione dei commi 2 e 4 dell'art. 132 da parte del Dlgs. 30 maggio 2008 n. 109, in attuazione alla direttiva CEE 2006/24/CE sulla conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.

<sup>199</sup> Nel nostro ordinamento la disciplina della conservazione dei dati di traffico telematico è contenuta nell'art. 132 del D.lgs. 30 Giugno 2003 n. 196 (Cod. Privacy): i provider sono tenuti a conservare i dati del traffico telematico per dodici mesi dalla data della comunicazione. Su richiesta dell'autorità giudiziaria, in particolari casi indicati nel comma 4-ter dell'art. 132 Cod. Privacy, essi saranno tenuti a conservare e proteggere i dati con le modalità specificate dall'autorità stessa per un periodo non superiore a 90 giorni. Il provvedimento dell'A.G. è prorogabile per una durata massima non superiore a 6 mesi.

<sup>200</sup> Art. 3 lett. c) della Decisione 2000/375/GAI del Consiglio del 29 maggio 2000 pubblicata in GU L. 138 del 9.06.2000.

Ancora qualche riflessione sulle operazioni di accesso a *files*, condivisi in rete, mediante un programma di *file sharing*.

I *files* sono situati sull'hard disk del computer dell'utente che li condivide mediante la tecnologia di *peer to peer* e sono visibili da tutti coloro che abbiano "scaricato" il programma.<sup>201</sup>

I *files* possono avere contenuti leciti, come ad esempio musica o film, oppure contenuti illeciti, quali ad esempio, quelli di carattere pedopornografico.

L'utente che si imbatte, attraverso uno di questi programmi, in immagini di tal contenuto viene certamente in contatto con una notizia di reato<sup>202</sup>.

Il privato può solo darne avviso alle autorità competenti<sup>203</sup>, senza chiaramente poter risalire all'identità di colui che ha condiviso, divulgandoli, i contenuti illeciti.

La polizia postale, invece, non solo dovrà comunicare la notizia di reato, così acquista, al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 347 c.p.p., ma potrà risalire anche all'identità anagrafica dell'utente, attraverso le operazioni sopra descritte, solo se regolarmente autorizzate dall'autorità giudiziaria.

Di fronte all'assenza di precise indicazioni legislative, sorge qualche dubbio sulla legittimità di tale attività e sull'utilizzabilità dei risultati così conseguiti, se si guarda al valore preventivo che essa può assumere.

Il disposto generale di cui all'art. 330 c.p.p. e alcune pronunce giurisprudenziali in argomento<sup>204</sup>, non sembrano bastevoli a colmare le lacune dovute ad un legislatore che,

---

<sup>201</sup> La condivisione in Rete mediante un programma di *files sharing*, integra la condotta penalmente rilevante punita dall'art. 600-ter comma 3 c.p.p. e non quella meno grave, della detenzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-quater c.p. che è, secondo giurisprudenza costante, ipotesi residuale rispetto a tale fattispecie. Così Cass. Pen. sez III 7.6.2006 n. 20303; Cass. Pen. sez. III 9.12.2009, n. 8285.

<sup>202</sup> Anche questa operazione ha degli aspetti problematici, a cui si intende solo accennare. Solo alcuni programmi di *files sharing*, fra cui ad esempio e-mule, consentono una visione in "anteprima" dei *files* a cui si intende accedere, senza quindi dover procedere al "download" per vederne il contenuto. Altri programmi (come ad esempio BitTorrent), invece, non consentono la visione in anteprima del *files*, ma costringono l'utente che voglia vederne il contenuto a "scaricarlo" sul pc. In tal caso, se il contenuto del *files* ha carattere pedopornografico, potrebbe configurarsi a carico dell'utente, il reato di detenzione di materiale pornografico ex art. 600-quater c.p. Può essere il caso dell'utente curioso oppure il caso, ancor più difficile da dipanare, di colui che scarica *files* ingannato dal nome che viene loro attribuito dall'utente che li condivide e che non fanno pensare ad un contenuto illecito.

<sup>203</sup> Questo tipo di segnalazione deve essere inviata al Centro nazionale per il Contrasto della pedopornografia sulla Rete Internet disciplinato dall'art. 14 bis l. 269/1998. E' stabilito un obbligo di segnalazione/denuncia, ai sensi dell'art. 14 ter l. 269/1998, solo a carico dei *providers*, ma non a carico dei privati.

<sup>204</sup> Cass. Pen. sez. V 10.01.2004, n. 21778, che distingue tale attività da quella di contrasto ex art. 14 l. 269/1998 e Cass. Pen. sez. III, 2.2.1998, n. 3261 secondo cui "è da escludere che possano essere promosse indagini preliminari non già sulla base di una notizia di reato ma al fine di eventualmente acquisirla, con indagini a tappeto ed in forma indiscriminata, dirette ad accertare se eventualmente

irrispettoso della riserva di legge, non si è ancora fatto carico di disciplinare in maniera chiara e dettagliata le molteplici attività investigative, rimesse all'iniziativa della polizia giudiziaria e attuabili mediante queste nuove modalità .

L'elemento dell'extraprocessualità di tale investigazione richiama immediatamente alla mente le c.d. intercettazioni preventive, di cui all'art. 226 disp.att. c.p.p.

Di fronte alla generale tendenza al potenziamento degli strumenti di contrasto della pedopornografia *on line*, viene da chiedersi come mai il legislatore italiano non abbia inserito all'interno del testo dell'art. 226 disp.att. c.p.p., i reati di cui all'art. 600-ter c.p. e 600- quater c.p.

Così facendo avrebbe legittimato il ricorso alle c.d. intercettazioni preventive, telefoniche e telematiche, attualmente possibili solo per “prevenire” delitti di particolare gravità, quali quelli di criminalità mafiosa e di terrorismo, (art. 407 comma 2 lett. a) n. 4), anche per le ipotesi *de quibus*, coerentemente con la tendenza al potenziamento degli strumenti di indagine nell'ambito qui esaminato.

Alla luce della delicatezza dello strumento che, utilizzato in una fase extraprocidentale e in assenza di una *notitia criminis*, si presta ad usi distorti lesivi delle fondamentali garanzie di difesa, la “svista” del legislatore non può che tranquillizzare coloro che ritengano la disciplina in materia di pedopornografia, già sufficientemente orientata in senso preventivo<sup>205</sup>, viste le previsioni dell'art. 14 l. 269/1998 di cui a breve si dirà.<sup>206</sup>

La disciplina delle intercettazioni preventive pone effettivamente una serie di problematiche dovute all'”*opacità*” dei controlli sulle operazioni svolte, destinata a condizionare la spendibilità dei risultati così ottenuti all'interno del processo e all'eterogenesi dei suoi fini, che la norma mal chiarisce.

\*\*\*

Le intercettazioni telematiche possono riguardare, oltre che il traffico IP sviluppato su linee telefoniche o collegamenti a banda larga, anche le comunicazioni di posta elettronica.

---

*ipotetici reati sono stati commessi. Una tale attività è consentita agli organi di polizia nell'esercizio della propria attività amministrativa di prevenzione e repressione dei reati ed in quanto è svolta al di fuori delle norme del codice di rito va effettuata sul pieno rispetto della altrui libertà, fatti salvi, ovviamente, gli specifici poteri di accertamento attribuiti da specifiche disposizioni di legge.”*

<sup>205</sup> MACCHIA, *Pedofilia, quali rischi se la tutela finisce per spingersi troppo avanti*, in *Diritto e Giustizia*, 9/2002, pp. 16 e ss.

<sup>206</sup> *Infra* § 2.1.2.

Anch'esse, infatti, sono spesso veicolo di immagini o filmati di contenuto pedopornografico e costituiscono un mezzo di collegamento fra pedofili, soprattutto se facenti parte di organizzazioni criminali, di carattere internazionale.

Fra le tecniche investigative molto usate nelle indagini per i reati di *pedopornografia on line* vi è quella che viene tecnicamente definita come “duplicazione della casella di posta elettronica”.

E' una particolare forma di intercettazione, che avviene mediante un inoltramento automatico della corrispondenza ricevuta e spedita dall'intercettato, mediante un account di posta elettronica dato dal fornitore<sup>207</sup>.

Tale modalità intercettativa consente alle autorità preposte di acquisire, in tempo reale, la posta in arrivo e trasmessa dal giorno di inizio delle operazioni.

L'inoltramento automatico può avvenire essenzialmente attraverso l'installazione di un c.d. Trojan Horse<sup>208</sup> nel computer del soggetto la cui posta elettronica deve essere intercettata oppure attraverso la tecnica dello “*sniffing*”,<sup>209</sup> che consente, attraverso la captazione dei dati che transitano nella Rete, di acquisire *login*, *passwords* e altri elementi all'insaputa del titolare.

Per dovere di completezza corre evidenziare che una parte della dottrina processual-penalistica ha avanzato delle perplessità sull'inquadramento di questa operazione nella

---

<sup>207</sup> D'AGOSTINO, *Diritto penale dell'Informatica*, Milano, 2007, pp. 175. E' di questo avviso anche il Granate della Privacy che nel provvedimento sulla sicurezza delle intercettazioni del 15 dicembre 2005, inquadra questa attività come intercettazione informatica o telematica.

<sup>208</sup> Un Trojan Horse è un programma, costituito da una parte server, installata nel computer infetto e da una parte client residente nel computer dell'attaccante. Questa consente il controllo da remoto del computer compromesso, naturalmente all'insaputa del proprietario. L'attribuzione del termine "Cavallo di Troia" ad un programma o, comunque, ad un file eseguibile, è dovuta al fatto che esso nasconde il suo vero fine. È proprio il celare le sue reali "intenzioni" che lo rende un trojan. L'utente sarà portato ad “aprirlo”, poiché celato dietro a *link* apparentemente innocui e, automaticamente ad installarlo, senza sapere che, tramite questo programma, terzi possono apprendere flussi di dati diretti verso il suo IP. Sulle problematiche giuridiche legate ai c.d. trojan nelle indagini per reati di pedopornografia *on line*: DELL'ORTO D., *Pedopornografia on line e indagini informatiche – complessità e peculiarità tecnico giuridiche della materia in Cass. Pen.*, 2007, pp. 879 e ss.

<sup>209</sup> “L'attività di monitorare i pacchetti di rete che arrivano al proprio computer si chiama sniffing. Ogni sistema su una rete IP scambia informazioni con altri sistemi tramite singoli pacchetti che hanno un IP sorgente e un IP destinazione. Tipicamente un computer analizza e processa solo i pacchetti che arrivano al suo dispositivo di rete (una scheda ethernet, un modem ecc.) che hanno come IP di destinazione il proprio o che sono pacchetti di broadcast, indirizzati cioè ad ogni indirizzo IP attivo nello stesso network IP. L'attività di sniffing il più delle volte è necessaria per monitorare e diagnosticare problematiche di rete ma può essere impropriamente utilizzata per intercettare informazioni sensibili di terzi, come login e password di accesso ad un determinato servizio.” in FRANCESCHI, *Network Sniffing: strumenti e tecniche*.

disciplina delle intercettazioni,<sup>210</sup> ma in assenza di precise indicazioni normative e giurisprudenziali in merito, non si vede in quale altro modo definire e, conseguentemente, disciplinare, un'attività di tal genere, che consente di intercettare la corrispondenza, attraverso la captazione in tempo reale, di un flusso informatico di dati, all'insaputa del mittente.

Per la somiglianza di tale attività in termini di risultati e di tecnologie utilizzate, si potrebbe pensare ad assimilare l'impropriamente detta "duplicazione della casella di posta elettronica" alle c.d. perquisizioni *on line*. L'osservazione, inconfutabile, che nel caso di captazione di "e-mail", si versi nel campo delle comunicazioni strettamente intese, è argomentazione ulteriore a sostegno dell'applicabilità, a tale operazione, della disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p.<sup>211</sup>

Vi sono poi altre forme di acquisizione della posta elettronica, che non devono essere confuse con le intercettazioni.

Si pensi, ad esempio, all'acquisizione successiva delle *e-mail* conservate presso il provider oppure all'apprensione dei messaggi di posta, situati sull'*hard disk* del pc dell'utente.<sup>212</sup>

Le lacune che la normativa presentava con riferimento al sequestro di dati informatici (e quindi anche della posta elettronica), messe in evidenza, con preoccupazione, dalla dottrina più attenta<sup>213</sup>, sono state, però, parzialmente colmate dalla legge di ratifica della Convenzione di Budapest<sup>214</sup>, che ha "ritoccato" l'art. 254 c.p.p.<sup>215</sup> imponendo alla

---

<sup>210</sup> Così LUPARIA, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007, pp. 171

<sup>211</sup> MARCOLINI S., *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cassazione Penale*, n. 3/2010, pp. 2855 e ss

<sup>212</sup> MORGANTE G. *Premessa* in *Legislazione Penale* n. 3/2008, pp. 253 evidenzia la rilevanza che il sequestro di corrispondenza di cui all'art. 254 comma 1 c.p.p., come modificato dall'art. 8 comma 4 della legge n. 48/2008 ha nel contrasto alla pedopornografia.

<sup>213</sup> GALANTINI N., *Commento all'art. 12 l. 269/1998* in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia* (a cura di) Cadoppi, 2002, pp. 780; RUGGIERI F., *Profili processuali nelle investigazioni informatiche* in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet* (a cura di) Picotti, 2004, pp. 160-161; Più ampiamente con riferimento al sequestro probatorio del pc: CHELO MANCHIA, *Sequestro probatorio di computers: un provvedimento superato dalla tecnologia?* in *Cass. Pen.* n. 5/2005, pp. 1634 e ss.; LOGLI, *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica* in *Cass. Pen.* n. 7-8/2008, pp. 2952 ss.

<sup>214</sup> Più precisamente dall'art. 8 comma 4 della legge 18 marzo 2008 n. 48

<sup>215</sup> La modifica dell'art. 254 c.p.p. operata dalla legge n. 48/2008 ha esteso i margini di azione a chi agisce presso coloro che forniscono servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni. Grazie all'art. 8 l. 48/2008 che ha sostituito il primo comma dell'articolo 254 c.p.p. è consentito procedere al sequestro di lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi e altri oggetti di corrispondenza, anche se inoltrati per via telematica. Resta fermo il presupposto che l'autorità giudiziaria deve aver fondato motivo di ritenere che tali documenti siano spediti all'imputato o a lui diretti, anche sotto nome diverso o per mezzo di persona diversa e possano aver comunque relazione con il reato. Il secondo comma dell'articolo 254



polizia giudiziaria delegata al sequestro di consegnare all'autorità giudiziaria i dati senza apprenderne i contenuti e che ha disciplinato *ex novo* il sequestro dei dati informatici presso il provider, mediante l'inserimento nel codice di procedura penale dell'art. 254 - bis.<sup>216</sup>

### **2.1.2. Le attività di contrasto previste dall'art. 14 l. 269/1998: incertezze sulle condotte tipizzate e sforzi “garantistici”.**

Nell'attività d'indagine per reati sessuali perpetrati attraverso lo strumento informatico, le intercettazioni non rappresentano il mezzo di ricerca della prova più invasivo e lesivo dei diritti costituzionalmente tutelati.

Il legislatore italiano, anticipando le indicazioni fornite dalle fonti comunitarie,<sup>217</sup> che suggeriscono forme di “investigazioni speciali” al fine di porre in essere un contrasto efficace al fenomeno, ha consentito, attraverso l'art. 14 della legge n. 269/1998, una serie di attività di indagine “*under cover*”, già previste nel nostro ordinamento per altri gravi reati<sup>218</sup>, che possono essere così sintetizzate.

---

regolamenta il sequestro eseguito da un ufficiale di p.g., che deve consegnare all'autorità giudiziaria gli oggetti di corrispondenza sequestrati. La recente modifica, prevedendo il possibile sequestro di documenti informatici conferma che l'ufficiale di polizia giudiziaria deve procedere senza aprirli, senza prendere altrimenti conoscenza del loro contenuto e “senza alterarli”, riconoscendo il rischio di modifiche che un *file* potrebbe anche accidentalmente subire a seguito di un'impropria acquisizione. Resta valido ed è implicitamente esteso ai *files* informatici quanto previsto dal terzo comma dell'art. 254 c.p.p. in ordine alla restituzione di quanto non rientra fra la corrispondenza sequestrabile. Tali materiali sono immediatamente restituiti all'avente diritto e sono comunque inutilizzabili.

<sup>216</sup> Tale norma è stata inserita *ex novo* nel codice di rito dall'art. 8 della l. 48/2008. Essa disciplina il sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni generalmente detti “*service providers*”. La disposizione stabilisce le modalità di sequestro, disposto dall'autorità giudiziaria, dei dati detenuti dai *providers*, compresi quelli di traffico o di ubicazione. L'autorità giudiziaria può stabilire per esigenze legate alla regolare fornitura dei medesimi servizi, che la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su adeguato supporto e con una procedura che assicuri tanto la conformità dei dati acquisiti a quelli originali quanto la loro immodificabilità. In tal caso al service provider viene ordinato al fornitore dei servizi di conservare e proteggere adeguatamente i dati originali.

<sup>217</sup> *Infra* § 2.1.3.

<sup>218</sup> Il riferimento è all'art. 97 TU del D.P.R. n. 309/1990 in materia di sostanze stupefacenti e all'art. 12-quater d.l. 8 giugno 1992 n. 306 convertito dalla legge 7 agosto 1992 n. 356 in materia di contrasto alla criminalità di stampo mafioso. Questa norma è stata, solo apparentemente abrogata, poiché interamente riprodotta nel nuovo articolo, dall'art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146, che disciplina le operazioni sotto copertura nel contrasto al crimine transnazionale, con cui l'Italia ha ratificato la Convenzione di Palermo sui reati transfrontalieri. Successivamente all'entrata in vigore della legge n. 269/1998 il legislatore italiano ha introdotto la possibilità di svolgere attività di contrasto mediante l'agente provocatore, anche in materia di terrorismo internazionale (d.l. 18 ottobre 2001 n. 374 convertito dalla l. 15 dicembre 2001 n. 438, anch'essa abrogata dall'art. 9 undicesimo comma l. n. 146/2006), riciclaggio, estorsione, reinvestimento speculativo di denaro di provenienza illecita e di traffico d'armi. Attualmente

La polizia postale e delle telecomunicazioni può procedere:

- all'acquisto simulato di materiale pedopornografico e alla partecipazione a relative attività di intermediazione (art. 14 l. 269/1998 comma I);
- all'utilizzo di indicazioni di copertura per attivare siti c.d. "civetta", diretti ad attirare eventuali pedofili<sup>219</sup> (art. 14 l. 269/1998 comma II);
- alla realizzazione e gestione di aree di comunicazione, quali *newsgroups* e *chatrooms*, scambio su reti o partecipazione ad esse (art. 14 l. 269/1998 comma II).

L'art. 14 comma 1 della legge n. 269/1998 autorizza l'acquisto simulato di materiale pornografico, l'attività di intermediazione e la partecipazione alle iniziative turistiche a scopo pedofilo, in nome dell'acquisizione di elementi di prova in ordine ai delitti di induzione, favoreggiamento, sfruttamento della prostituzione di minore di anni diciotto (art. 600-bis comma 1 c.p.), di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 – quinquies c.p.), di pornografia minorile (art. 600-ter comma 1,2,3 c.p.) anche quando questi ultimi "sono commessi in relazione al materiale pornografico di cui all'art. 600-quater comma 1 c.p."<sup>220</sup>

Non senza qualche incertezza,<sup>221</sup> si ritiene che queste ultime espressioni alludano rispettivamente alla possibilità di porre in contatto soggetti intenzionati allo scambio di materiale pornografico e a contribuire all'organizzazione e alla propaganda di iniziative turistiche a sfondo pornografico.

Autorizzati al compimento di tali attività sono solo gli ufficiali di polizia giudiziaria inseriti nelle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, nonché nelle unità predisposte al contrasto della criminalità organizzata.<sup>222</sup>

---

l'attività di contrasto in questi settori è stata ridisciplinata dalla legge 16 marzo 2006 n. 146 che ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione e ai Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale.

<sup>219</sup> Sulla problematica relativa al sequestro del materiale acquisito attraverso siti web "civetta" APRILE, *Limiti alla utilizzabilità processuale del sequestro di materiale informatico acquisito mediante siti web "civetta"* in *Diritto dell'Internet* n. 1/2005, pp. 39 e ss.

<sup>220</sup> L'estensione dell'applicazione dell'art. 14 l. 269/1998 si deve all'art. 16 comma 3 l. 38/2006.

<sup>221</sup> DI BUGNO, Commento art. 14 l. 269/1998 in *Legislazione Penale* n.1-2/1999, pp. 151 e ss.

<sup>222</sup> In merito si ricordi l'art. 17 l. 269/1998 che prevede, ai commi 5 e 6, l'istituzione presso la squadra mobile di ogni questura di una unità specializzata di polizia giudiziaria avente il compito di condurre le indagini sul territorio con riferimento ai delitti previsti dalla legge in esame e l'istituzione da parte del Ministero dell'Interno di un nucleo di polizia giudiziaria, presso la sede centrale di ogni questura, avente il compito di raccogliere le informazioni relative alle indagini. Sul punto FORLENZA, *Polizia giudiziaria, ecco i nuclei specializzati* in *Guida al diritto* n. 33/1998, p. 56; MADIA N, *Particolari*

Viene, quindi, richiesto in capo ad essi un duplice requisito soggettivo relativo sia alla qualifica sia al corpo di appartenenza. Indubbie sono, infatti, le competenze tecniche richieste a questi operatori che devono sapersi muovere abilmente nella realtà telematica e devono essere in grado di creare “prodotti appetibili” che assolvano, adeguatamente, allo scopo di entrare in contatto con le organizzazioni criminali che dominano il settore della pedopornografia.<sup>223</sup>

Ad ulteriori attività di contrasto fa riferimento l’art. 14 comma 2 l. 269/1998.

La difficoltà di prevedere attività di indagini da impiegare in uno scenario non fenomenico, ma virtuale, così nuovo e complesso e allo stesso tempo oggetto di continue innovazioni tecnologiche, si è tradotta in un dettato normativo tutt’altro che chiaro, dove non risulta di immediata percezione l’individuazione delle condotte consentite.<sup>224</sup>

Secondo la dottrina tale norma dovrebbe essere interpretata in modo da riconoscere al personale addetto la possibilità, da un lato, di svolgere le condotte tratteggiate dal comma 1 anche per via telematica, al fine di fronteggiare e reprimere quelle situazioni in cui i delitti di pedopornografia vengano compiuti “*mediante l’impiego di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazioni disponibili al pubblico*”; dall’altro, la possibilità di creare siti “civetta” e aree di scambio e comunicazione su reti o sistemi telematici, a cui poter partecipare come agenti infiltrati, con indicazioni di copertura.<sup>225</sup>

Queste attività possono essere disposte nell’ambito dei compiti di polizia delle telecomunicazioni e appartengono alla specifica competenza del personale addetto all’organo per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione del Ministero dell’Interno.

La difficoltà di fornire un’interpretazione univoca dell’art. 14 l. 269/1998 è stata recentemente aggravata dalla parziale abrogazione della norma ad opera dell’art. 10

---

*disposizioni penali e processuali in materia di pedofilia e pedopornografia in AAVV I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, pp. 598-599.

<sup>223</sup> PARODI, *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Diritto penale e processo* n. 11/1999, p. 1446; in tal senso anche MADIA N, *Particolari disposizioni penali e processuali in materia di pedofilia e pedopornografia in AAVV I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, pp. 598-599.

<sup>224</sup> DI BUGNO, *Commento art. 14 l. 269/1998 in Legislazione Penale n.1-2/1999*, pp. 153 e ss.

<sup>225</sup> PARODI, *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Diritto penale e processo* n. 11/1999, p. 1446.

della legge n. 146 del 2006, che elimina solo il comma 4 dell'art. 14 l. 269/1998,<sup>226</sup> lasciando sostanzialmente invariata la disciplina dettata dagli altri commi. Ne consegue una non facilmente comprensibile sovrapposizione fra tessuti normativi differenti, che danno adito a dubbi in merito all'esatta individuazione dei confini entro cui gli agenti di polizia giudiziaria possono muoversi.<sup>227</sup>

Completa l'ampliamento dei poteri di indagine il dettato dell'art. 14 comma 3 l. 269/1998, che autorizza l'autorità giudiziaria, mediante decreto motivato, a ritardare l'emissione o l'esecuzione di provvedimenti di cattura o sequestro, quando sia necessario per acquisire elementi probatori, al fine dell'individuazione e della cattura dei responsabili.<sup>228</sup>

Così come le condotte previste dall'art. 14 comma 1 e 2 l. 269/1998 configurerebbero reati se non scriminate, anche l'esecuzione ritardata di provvedimenti di arresto o di sequestro, violando il principio, sotteso ai provvedimenti cautelari e pre-cautelari, che

---

<sup>226</sup> L'art. 14 comma 4 l. 269/1998 prevedeva la possibilità per gli agenti di polizia di richiedere all'autorità giudiziaria, in custodia e con facoltà d'uso, il materiale e i beni sequestrati grazie all'attività di contrasto per proseguirla e implementarla. Il contenuto di tale disposizione è stato interamente trasfuso nell'art. 9 comma 9 l. 146/2006.

<sup>227</sup> Una parte della dottrina ha risolto tale sovrapposizione concludendo per l'applicabilità dell'art. 14 l. 269/1998 ogni qualvolta il reato per cui si procede non sia di natura transnazionale; in caso contrario troverà invece applicazione l'art. 9 della legge n. 146/2006. La tesi dottrina ha ricadute sul piano delle garanzie. Nonostante la sostanziale sovrapposizione delle due normative e la contemporanea vigenza delle stesse deve essere rilevato che la disciplina di cui all'art. 14 l. 269/1998 è maggiormente garantista rispetto a quella dettata per i medesimi reati dalla l. 146/2006. Per la legittimità delle operazioni di contrasto l'art. 14 l. 269/1998 richiede la preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria, mentre l'art. 9 l. 146/2006 non richiede la preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria, ma il mero dovere di informazione nei confronti del pubblico ministero, finalizzato a rendere effettiva la sua funzione di direzione delle indagini e di controllo in ordine alla legalità delle attività di polizia. Quest'ultima norma, inoltre, attribuisce il potere al p.m. di ritardare l'esecuzione di alcuni atti giudiziari e giurisdizionali in un numero più ampio di casi rispetto a quanto non faccia l'art. 14 l. 269/1998. In tal senso CISTERNA A., *Attività sotto copertura, arriva lo statuto* in *Guida al diritto* n. 17/2006, pp. 80 ss; MADIA N., *Particolari disposizioni penali e processuali in materia di pedofilia e pedopornografia* in *AAVV I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, p. 609. Affronta il tema, concludendo per la vigenza dell'art. 14 commi 1, 2, 3 l. 269/1998, ma senza risolvere il problema del coordinamento della norma con l'art. 9 l. 146/2006 RUSSO L., *Le "operazioni sotto copertura" e le "attività di contrasto" in materia di delitti sessuali o per la tutela dei minori* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 12/2008, pp. 3349 ss.

<sup>228</sup> Per dovere di completezza occorre dire che completano il quadro, accentuando la tendenza repressiva che denota il potenziamento degli strumenti di indagine gli artt. articoli 14 – bis, 14- ter, 14 quater e 14- quinquies introdotte nella legge n. 269 del 1998 dalla legge n. 38/2006 che prevedono il Centro Nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet; gli obblighi per i fornitori di servizi della società dell'informazione resi attraverso reti di comunicazione elettronica, l'utilizzo di strumenti tecnici per impedire l'accesso ai siti che diffondono materiale pedopornografico e le misure finanziarie di contrasto alla commercializzazione di materiale pedopornografico. Pur non essendo di natura strettamente processuale (e per tale motivo non verranno trattati in tale sede) queste norme sono funzionali al coordinamento delle indagini e a coadiuvare l'attività delle autorità preposte al contrasto della pedopornografia sulla Rete.

impone di agire immediatamente, integra un comportamento omissivo penalmente rilevante ai sensi dell'art. 328 c.p. oppure un'ipotesi di favoreggiamento personale.

La possibilità di ritardare certi adempimenti risulta essere un'indispensabile risorsa operativa, che completa e rafforza l'intento repressivo attribuito dal legislatore all'art. 14 l. 269/1998, poiché impedisce di far sapere all'autore del reato o ad altri soggetti coinvolti nella vicenda, almeno per un certo periodo di tempo, che le autorità sono al corrente delle attività criminose e che su di esse vi sono in corso delle indagini; ciò consente di dilatare gli effetti delle attività di contrasto già compiute “*nella speranza di risalire ai più alti livelli di responsabilità.*”<sup>229</sup>

Innovativo e maggiormente garantista è l'*iter* che conduce all'utilizzo di queste speciali tecniche investigative, rispetto ai modelli di attività sotto copertura elaborati dal legislatore per il contrasto di forme criminali diverse dalla pedopornografia.<sup>230</sup>

Le attività di contrasto disposte dall'art. 14 comma 1 l. 269/1998 traggono la loro legittimazione da un duplice presupposto: debbono essere disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale dell'organismo di appartenenza e richiedono la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Sotto il profilo procedimentale, la norma *de qua* prescrive ancora che “*dell'acquisto è data immediata comunicazione all'autorità giudiziaria*”.

Le operazioni di cui all'art. 14 comma 2 l. 269/1998 nascono, invece, dall'impulso dell'autorità giudiziaria che deve effettuare una richiesta motivata, a pena di nullità.

La necessità di ricorrere a due strumenti dispositivi diversi, da un lato l'autorizzazione, dall'altro la richiesta, appare solo come la conseguenza della diversità dei soggetti legittimati al compimento delle attività di contrasto. Gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alle speciali unità investigative dispongono già del potere di indagare sia con attività propria, ai sensi dell'art. 55 c.p.p., che delegata.

Verosimilmente, il legislatore ha voluto incidere su questa ampia competenza stabilendo un regime *ad hoc* per queste speciali attività di indagine; in questo contesto, pertanto, l'autorizzazione null'altro è se non il mezzo mediante il quale si rimuove

---

<sup>229</sup> DI BUGNO, Commento art. 14 l. 269/1998 in *Legislazione Penale* n.1-2/1999, pp. 164-165; SUTERA SARDO A., *Una nuova ipotesi di “acquisto simulato”* in *Diritto Penale e Processo* n. 11/2000, p. 1522.

<sup>230</sup> Si prenda a titolo esemplificativo l'art. 97 T.U. del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 in materia di sostanze stupefacenti. Esso prevede soltanto che debba essere data immediata e dettagliata comunicazione dell'attività di contrasto all'autorità giudiziaria, senza però imporre la necessità di una sua preventiva autorizzazione.

l'ostacolo che impedisce alla polizia di agire direttamente. Tale presupposto impedisce *ab initio* alla polizia giudiziaria di intraprendere autonome e discrezionali operazioni sotto copertura e, pur essendo stato considerato da alcuni come un “*inutile impaccio all'attività di indagine (...) oppure come una tipica norma della quale la prassi (avrebbe) determinato l'aggiramento*”,<sup>231</sup> acquisisce una portata operativa non trascurabile nel rispetto delle garanzie dei soggetti a vario titolo coinvolti dall'indagine.

La richiesta, invece, è funzionale ad attivare gli organi del Ministero, che di norma non posseggono alcun potere investigativo: in quest'ottica, quindi, la richiesta è un mezzo mediante il quale si attribuisce il potere di compiere indagini a chi ne è di norma sprovvisto. Per questo motivo, a differenza di quanto statuito per l'autorizzazione, la richiesta deve essere motivata: si tratta, infatti, di un onere con il quale giustificare le ragioni del conferimento della facoltà di indagare a particolari organi dello Stato e della possibilità di ricorrere a peculiari atti investigativi quali quelli ex art. 14 l. 269/1998.<sup>232</sup>

La necessità dell'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria per il legittimo svolgimento delle operazioni *under cover* richiama la procedura tipica che precede l'utilizzo dei più invasivi mezzi di ricerca della prova.

Com'è noto, le garanzie costituzionali, salvi i casi di urgenza, impongono l'intervento autorizzativo dell'A.G. in tutti i casi in cui si proceda a una perquisizione o a un sequestro e l'assimilazione, in termini di tutela costituzionale, con l'operazione sotto copertura in materia di pedopornografia non appare casuale.<sup>233</sup> La *ratio legis* risponde alla necessità di un controllo giurisdizionale dei presupposti oggettivi di legittimità, oltre che in merito alla specifica competenza tecnico professionale dei soggetti chiamati ad eseguire le operazioni.

---

<sup>231</sup> SUTERA SARDO A., *Una nuova ipotesi di “acquisto simulato”* in *Diritto Penale e Processo* n. 11/2000, p. 1522

<sup>232</sup> DI BUGNO, Commento art. 14 l. 269/1998 in *Legislazione Penale* n.1-2/1999, p. 158.

<sup>233</sup> Per dovere di completezza occorre dire che è stata proprio la giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. sez. V 19 gennaio 2004 n. 21778 in *Cassazione Penale* n. 5/2005, pp. 1631 e ss.; Cass. sez. V, 13 febbraio 2004 n. 15092 in *Giurisprudenza Italiana* 2005, pp. 809 e ss.) ad applicare, in via analogica, ai fini dell'utilizzabilità dei risultati dell'attività di contrasto effettuata per reati diversi da quelli tassativamente elencati dalla norma, la disciplina in materia di perquisizioni e sequestri, pervenendo a risultati che si illustreranno nel paragrafo seguente (§ 2.1.2.1.) e che non si condividono. In questo senso da ultimo Cass. Pen. sez. III 8 giugno 2004 n. 29496 in *Rivista Penale* 2005, pp. 137 e ss. secondo cui “*è da considerare legittimo il sequestro probatorio di cose ritenute pertinenti al reato di cui all'art. 600 quater c.p., pur quando alla loro individuazione si sia pervenuti a seguito di effettuazione della c.d. attività di contrasto prevista dall'art. 14 l. n. 269 del 1998, in base al quale essa non è consentita per la suddetta ipotesi di reato ma soltanto per quelle di cui agli art. 600 bis comma 1, 600 ter commi 1, 2 e 3, e 600 quinquies c.p.*”

La condotta disciplinata dall'art. 14 comma 3 l. 269/1998 è assistita da due ulteriori garanzie oltre all'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria: gli elementi prova che si cerca di acquisire attraverso il ritardo nell' "esecuzione dei provvedimenti di cattura, arresto o sequestro" devono essere "rilevanti", ovvero dotati di un certo grado di decisività ai fini delle indagini; inoltre, nel caso in cui l'offeso sia identificabile e si riveli un minore, la decisione di derogare ai normali tempi processuali può essere adottata solo dopo aver consultato il procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni nella cui circoscrizione la vittima ha abituale dimora.<sup>234</sup>

Nonostante gli sforzi di modellare la norma in senso garantista, il difetto di tassatività che si riscontra nell'identificazione delle condotte possibili ai sensi dell'art. 14 l. 269/1998 ha costretto la giurisprudenza di legittimità a pronunce, in tal senso, chiarificatrici.

L'attività di contrasto non va confusa con le intercettazioni informatiche o telematiche sopra descritte.<sup>235</sup> Nell'attività di intercettazione telematica, infatti, la polizia giudiziaria si limita ad apprendere, in tempo reale, comunicazioni che avvengono fra terzi, svolgendo un ruolo passivo, senza condizionare in alcun modo i contenuti delle conversazioni intercettate. Nell'attività di contrasto, invece, il ruolo della polizia è attivo e si spinge fino all'incitamento alla commissione del reato, assumendo la veste di "agente provocatore"<sup>236</sup> sulla base, però, di una notizia di reato e di un decreto autorizzativo emanato dall'autorità giudiziaria.

L'attività di contrasto, come definita dall'art. 14 l. 269/1998 e dettagliata dalla Suprema Corte, deve essere distinta anche dall'attività investigativa, molto frequente nei procedimenti per reati di pedopornografia *on line*, che consiste nell'accesso da parte della polizia giudiziaria, a *files*, condivisi in rete, mediante un programma di *file sharing*<sup>237</sup>, liberamente e gratuitamente reperibile in Internet, senza che tale accesso sia accompagnato da modalità tipiche di contrasto, quali l'acquisto simulato o l'intermediazione dei prodotti esistenti nelle cartelle condivise<sup>238</sup>.

---

<sup>234</sup> DI BUGNO, Commento art. 14 l. 269/1998 in *Legislazione Penale* n.1-2/1999, p. 165.

<sup>235</sup> Cass. Pen. 11.02.2002 n. 5397

<sup>236</sup> Cass. Pen. sez. V 19.01.2004 n. 21778; di recente Cass. Pen. sez. III 6.10.2009 n. 41743.

<sup>237</sup> Come ad esempio WINMIX, E-MULE, BITORRENT ecc. Sono programmi, scaricabili gratuitamente da Internet, che consentono di condividere con altri utenti cartelle o *files* e che spesso sono utilizzati per detenere e scambiare immagini pedopornografiche.

<sup>238</sup> Cass. Pen. sez. III 5.2.2009 n. 13729. Sulla distinzione fra accesso a *files* condivisi in rete e attività di contrasto ex art. 14 l. 269/1998 anche Cass. Pen. sez. V 10.01.2004, n. 21778. In verità per questo tipo di

L'attività di contrasto di cui all'art. 14 l. 269/1998 non deve, infine, essere confusa con l'attività preventiva di cui all'art. 226 disp.att. c.p.p., che appare certamente meno rispettosa dei diritti dell'indagato rispetto a quanto stabilito in materia di pedopornografia.

Come si è visto il contrasto alla pedopornografia *on line*, anche alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale più garantista dell'art. 14 l. 269/1998, rappresenta, infatti, attività procedimentale nell'ambito della fase di indagine; presuppone, per il suo avvio, l'esistenza di una *notitia criminis* che coincide con uno dei reati tassativamente elencati al comma I dell'art. 14 l. 269/1998, deve essere autorizzata dall'autorità giudiziaria e ha la finalità, ben definita dalla norma, di "acquire elementi di prova" in ordine a quei reati specificamente indicati.<sup>239</sup>

Nonostante le incertezze che originano dal dato letterale della norma<sup>240</sup>, si ritiene che, per considerare compatibile il disposto di cui all'art. 14 l. 269/1998 con la riserva di legge, imposta nel nostro ordinamento dalla Carta Costituzionale e, ora anche dalla CEDU<sup>241</sup>, l'elencazione delle attività di contrasto (acquisto simulato, attività di intermediazione, utilizzazione di indicazioni di copertura per attivare siti nelle reti ecc.) in esso contenuta, debba considerarsi tassativa e non meramente esemplificativa.

Esser di diverso avviso comporterebbe legittimare, nell'ambito dell'attività investigativa di prevenzione e lotta alla pedopornografia, qualsiasi attività atipica che possa, in via

---

attività, così come per la semplice scoperta di un sito web, di carattere pedopornografico, in cui qualsiasi utente della rete, autorità o privato, può imbattersi anche occasionalmente ed accedervi mediante una password, non è necessario nemmeno il ricorso allo strumento delle intercettazioni.

Così GALANTINI, *Commento all'art. 12 l. 269/1998 in Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia* (a cura di) Cadoppi, 2002, pp. 781

<sup>239</sup> Tra i tanti che evidenziano i profili di garanzia dell'"attività provocatoria" introdotta dal legislatore del 1998 rispetto all'analoga disciplina prevista in materia di stupefacenti, ROMANO, Voce "Pedofilia", in *Digesto delle discipline penali*, Aggiornamento, II, 2002, pp. 627; MELILLO-MOTTA, *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore* in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, n. 2/200, pp. 131 e ss.

<sup>240</sup> Per il contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione della disposizione vedi *Infra* § 2.1.2.1.

<sup>241</sup> Le recenti sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349/2007, n.39/2008, n. 311 e n. 317/2009 e, da ultimo, la n. 93/2010, hanno determinato una sorta di "rivoluzione copernicana" nella gerarchia delle fonti del diritto, stabilendo la diretta applicabilità nel nostro ordinamento delle norme contenute nella Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e attribuendo loro la qualifica di norme interposte, superiori alla legge ordinaria e inferiori solo alla Costituzione. *Rebus sic stantibus*, l'interpretazione non tassativa dell'art. 14 legge n. 269/1998, viola certamente la riserva di legge, se non con riferimento ai parametri costituzionale che tutelano la riservatezza delle comunicazioni (art. 13, art. 14, art. 15), con riferimento all'art. 8 CEDU. Sul punto si veda, MARCOLINI S., *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cassazione Penale* n. 3/2010, pp. 2855 e ss



interpretativa, trovare cittadinanza fra le righe della norma, in violazione della riserva di legge.

### **2.1.2.1 Il conflitto tra processo in funzione preventiva e il processo a scopo di accertamento: i profili di incompatibilità dell’“agire provocatorio” con le garanzie difensive dell’indagato.**

Il maggior credito accordato alle esigenze di difesa sociale ha indotto il legislatore ad introdurre lo strumento dell’agente provocatore anche nella normativa dei reati sessuali, quale “*segno dell’insufficienza dei metodi investigativi tradizionali rispetto alle aspettative collettive di repressione del fenomeno criminale*”<sup>242</sup>

Nonostante evidente sia stato lo sforzo legislativo di configurare la disciplina dell’agente provocatore nell’ambito delle indagini di pedopornografia *on line* in senso più garantista di quanto non sia accaduto in materia di stupefacenti e di criminalità organizzata, permangono dei punti di frizione che meritano di essere sottolineati.

Si consideri preliminarmente che l’art. 14 comma 2 l. n. 269/1998 è la sola, fra le norme che contemplano le operazioni sotto copertura, a prevedere che tali attività vengano autorizzate previa richiesta motivata, a pena di nullità, dell’autorità giudiziaria.

Il testo normativo sembra alludere ad una realtà dei fatti in cui la notizia di reato funge da condizione legittimante l’adozione di queste speciali tecniche di indagine; la necessità che il pubblico ministero motivi la propria richiesta presuppone, infatti, la disponibilità di materiale alla cui stregua giustificare l’esigenza di attribuire specifiche competenze agli addetti del Ministero.

Questa lettura soddisfa una duplice garanzia: da un lato impone al pubblico ministero di agire sulla base di precisi riferimenti fattuali; dall’altro consente un controllo giurisdizionale sulla fondatezza della richiesta e sulla tenuta della motivazione.

Ad una soluzione diversa si perviene spostando l’attenzione sulle tipologie di contrasto attuabili nel mondo virtuale disciplinate dalla medesima norma: siti, *chat* e liste di conversazione paiono strumenti utili, come si è già accennato, più che ad acquisire materiale probatorio rispetto ad una *notitia criminis* già sussistente, a provocare la

---

<sup>242</sup> MELILLO G.- MOTTA C., *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell’agente provocatore* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 2/2001, p. 131

commissione di reati di pedopornografia: in questi casi, dunque, la notizia di reato non è *condicio sine qua non* delle operazioni sotto copertura, ma il fine delle stesse.<sup>243</sup>

Sotto questo profilo anche l'“agire provocatorio” nell'ambito della repressione della *pedopornografia on line* pone, con riferimento alla figura dell'agente *under cover*, una serie di problemi di coordinamento con le norme codicistiche poste a garanzia dei diritti di difesa dell'imputato.

La prima questione da dipanare concerne l'ingresso, nel processo, degli elementi di prova raccolti mediante l'agente provocatore e la loro utilizzabilità ai fini della decisione.

All'indicazione di limiti di operatività la legge non ha associato, a differenza di quanto accade per gli altri strumenti di ricerca della prova, *in primis* le intercettazioni, un adeguato apparato sanzionatorio per le eventualità in cui i confini normativi delle operazioni sotto copertura vengano oltrepassati.<sup>244</sup> Non sembra sufficiente a frenare eventuali abusi, la sanzione di nullità di cui all'art. 14 l. 269/1998, che è circoscritta alle sole ipotesi di difetto motivazionale della richiesta dell'autorità giudiziaria a procedere mediante il compimento delle speciali attività di contrasto previste dalla suddetta legge. Spetta così all'interprete, nel silenzio del legislatore, individuare quali possano essere gli effetti che conseguono ad attività di contrasto compiute in violazione di uno o più presupposti applicativi, ma anche individuare quali sono i requisiti normativi la cui inosservanza genera tali conseguenze; sotto quest'ultimo profilo si tratta di verificare, in particolare, se tutti i presupposti normativi cui è subordinata l'adozione di operazioni sotto copertura posseggono lo stesso “peso specifico” ovvero se ve ne siano alcuni incapaci di generare invalidità, risolvendosi in una mera irregolarità dell'operazione stessa.

L'inosservanza dei limiti fissati dalla legge per il compimento delle attività in esame importa, verosimilmente, la responsabilità disciplinare dell'agente.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> Sul punto si vedano le riflessioni originate dal confronto fra attività di contrasto ex art. 14 l. 269/1998 e intercettazioni preventive ex art. 226 disp. att. Vedi *supra* § 2.1.1.

<sup>244</sup> Molti di questi problemi, come ad esempio quelli relativi al c.d. “fatto diverso” si pongono anche in tema di intercettazioni, con la differenza però che in quest'ultimo caso il legislatore è stato più rigoroso nel disciplinarne presupposti (artt. 267, 268, 269 c.p.p.) e limiti (artt. 270, 271 c.p.p.) rispetto a quanto non abbia fatto nell'attività investigativa ex art. 14 l. n. 269/1998.

<sup>245</sup> MARINELLI C., *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: straripamenti investigativi e relative implicazioni processuali* in *Cassazione Penale* 2005, p. 2686

In questi casi, inoltre, l'ufficiale di polizia giudiziaria si espone anche al rischio di una responsabilità penale. L'agente, infatti, al di fuori della copertura della scriminante speciale, potrebbe essere chiamato a rispondere dei fatti costituenti reato eventualmente commessi per accreditarsi presso l'organizzazione criminale oppure per indurre la condotta illecita altrui, in tutti quei casi in cui la propria azione non possa essere scriminata ai sensi dell'art. 51 c.p. in quanto non qualificabile come attività di mera osservazione, di controllo, di contenimento.<sup>246</sup>

La questione, di diritto sostanziale, ha, come bene ha fatto notare la dottrina,<sup>247</sup> dirette ricadute sul piano processuale: come considerare le prove acquisite attraverso un'azione provocatoria non scriminata?

La problematica che concerne l'utilizzabilità degli elementi probatori acquisiti in violazione dei presupposti stabiliti dall'art. 14 l. 269/1998 ha generato un serio contrasto giurisprudenziale in seno ai giudici di legittimità.

Se alla mancanza del requisito dell'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria la Corte, con un orientamento pacifico, ricollega l'inutilizzabilità dei risultati così acquisiti,<sup>248</sup> lo stesso non si può dire con riferimento all'utilizzabilità degli elementi

---

<sup>246</sup> Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'agente sotto copertura non è punibile ai sensi dell'art. 51 c.p. solo se il suo comportamento è indiretto e marginale e si sostanzia in un'attività di mera osservazione, di controllo o di contenimento; risulterà invece punibile, a titolo di concorrente nel reato, in tutte quelle ipotesi in cui la sua azione si esplica in una concreta attività di istigazione o comunque, in condotte che abbiano un'efficacia determinante o concausale nella progettazione o nella realizzazione del reato. Così Cass. Pen. sez. IV 17 dicembre 2008 n. 17025 in *Cassazione Penale* n. 5/2010; Cass. Pen. Sez. IV, 22 settembre 2000, n. 11634, in *Cassazione Penale*, 2001, p. 2683; Sez. I, 14 aprile 1999, n. 6302, in *Cassazione Penale* 2001, p. 3298; Cass. Pen. sez. IV 22 settembre 1999, n. 12347 in *Giustizia Penale* 2001, II, p. 670; Cass. Pen. Sez. VI, 11 aprile 1994, n. 6425, in *Cassazione Penale* 1995, p. 710 con nota di AMATO, *Qualche puntualizzazione sulla figura dell'"agente provocatore" in materia di "acquisto simulato" di sostanze stupefacenti.*

<sup>247</sup> MARINELLI C., *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: straripamenti investigativi e relative implicazioni processuali* in *Cassazione Penale* 2005, pp. 2688 e ss. che sottolinea come una parte della giurisprudenza (Cass. sez. III 8 maggio 2003 n. 39706 in *Diritto e Giustizia*, n. 41/2003, pp. 20 e ss.) abbia fatto ricorso alla c.d. teoria delle prove illecite, secondo cui ogniqualvolta l'esito istruttorio consegua a una condotta processualmente ammissibile, ma in contrasto con una norma di diritto sostanziale, emerge il problema della sua utilizzabilità. Com'è noto, la dottrina, già sotto la vigenza del Codice Rocco, ha classificato i vizi patologici afferenti alle prove in due categorie. Si parla di "prove illecite" quando sia stata violata una norma penale sostanziale o meglio quando la commissione di un reato si inserisca nell'iter che permette l'ammissione di una prova nel processo; sono invece definite "prove illegittime" quelle che presentano un vizio tale per cui nel procedimento di ammissione della prova sia ravvisabile una violazione della norma processuale. Sul punto CORDERO F., *Prove Illecite in Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, pp. 147 e ss.

<sup>248</sup> Cass. Pen. sez. III 3 dicembre 2001 n. 3348 in *Giurisprudenza Italiana*, 2003, p. 545; Cass. Pen. sez. V 19 gennaio 2004 n. 21778; Cass. 28 gennaio 2005 n. 13500 in *Guida al Diritto* n. 27/2005, p. 71 con nota di CISTERNA A., *La negativa conclusione dell'iter acquisitivo cancella le residue possibilità di azione*, ivi, pp. 77 e ss. secondo cui "l'argomentazione svolta poggia sul rilievo che dovendosi individuare quale presupposto ineludibile del sequestro probatorio il cosiddetto *fumus commissi delicti* deve escludersene la

probatori raccolti nel corso dell'attività sotto copertura per reati diversi da quelli elencati all'art. 14 l. 269/1998 e per i quali è espressamente consentita.

Si individuano, a tal proposito, due orientamenti che sono espressione di una diversa sensibilità rispetto alle contrapposte esigenze di garanzia e repressione che si presentano in quest'ambito.

L'interpretazione più prudente e coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento processuale è quella che fa conseguire alla violazione dei requisiti, anche sostanziali, delle indagini disposte ex art. 14 l. 269/1998, l'inutilizzabilità assoluta dei risultati dell'attività illecitamente intrapresa, tale da rendere illegittimo anche il sequestro. Secondo questo orientamento, quando l'operazione sotto copertura illegittimamente eseguita faccia emergere elementi pertinenti ad un reato diverso, l'illegittimità del sequestro deriva proprio dal tipo di attività posta in essere, che risulta vietata fin dal principio. Ciò perché, considerata la natura delle operazioni sotto copertura, fortemente incisive dei diritti e delle libertà fondamentali degli indagati attraverso comportamenti altrimenti integranti fatti di reato, qualora la prova di un reato non previsto dalla normativa eccezionale venga accolta in violazione di norme di garanzia, il vincolo reale sulla cosa non può essere mantenuto, poiché l'illegittimità dell'indagine impedisce di considerare integrato il *fumus* del reato presupposto dal sequestro.<sup>249</sup>

Antitetico rispetto a questo orientamento è, invece, quello che consente il massimo recupero degli elementi probatori emersi nella fase delle indagini. La Corte, giustificando l'interpretazione estensiva in relazione al serio allarme sociale suscitato da questi gravi delitti, ha ritenuto che *“la legittimità dell'autorizzazione rilasciata dall'autorità giudiziaria e la liceità dell'attività sotto copertura svolta dalla polizia giudiziaria devono essere valutate "ex ante" e non con riferimento agli esiti delle indagini; ne deriva che qualora l'autorità giudiziaria abbia autorizzato il ricorso agli eccezionali strumenti di investigazione di cui all'art. 14 legge 269/98 in presenza di indizi relativi ad uno dei reati tassativamente indicati nella stessa disposizione, i mezzi*

---

sussistenza tutte le volte in cui l'attività investigativa o processuale che precede l'adozione della misura cautelare sia da stimarsi affetta da patologia probatoria indicata in via generale dall'art. 191 c.p.p.”. I giudici di legittimità hanno quindi affermato il principio secondo cui l'attività *under cover*, che sia sprovvista della necessaria copertura giurisdizionale, non consente di utilizzare gli elementi probatori volti alla verifica del fatto di reato.

<sup>249</sup> Così Cass. Pen. 21 ottobre 2003 n. 29496 in *Diritto e Giustizia* n. 31/2004, pp. 31 e ss.; Cass. Pen. sez. III 5 maggio 2004 n. 37074 in *Diritto e Giustizia* n. 40/2004 p. 43 con nota di IASILLO A., *Agenti provocatori e sequestro probatorio. Male captum, (non) bene retentum?* ivi pp. 40 e ss.; Cass. Pen. sez. III 17 gennaio 2008 n. 8380 in *Cassazione Penale* n. 5/2009, p. 2088;

*di prova così acquisiti sono utilizzabili anche se riguardino reati diversi e meno gravi di quelli inizialmente ipotizzati.*”<sup>250</sup>

La Corte risolve così, in senso indubbiamente repressivo, il problema dell’incerta distinzione tra il reato ipotizzato e quello poi realmente accertato. La corretta identificazione del reato non è un compito sempre agevolmente effettuabile in fase investigativa, sicchè non è infrequente che solo all’esito del giudizio sia possibile dirimere i dubbi circa la qualificazione giuridica del fatto, quando poi non sia lo stesso giudice a mutarla ai sensi dell’art. 521 c.p.p.

Ritenendo utilizzabili i risultati delle indagini, anche se il reato oggetto dell’imputazione non è fra quelli elencati dall’art. 14 l. 269/1998,<sup>251</sup> si consente non solo al p.m. di esercitare sempre l’azione penale, ma anche al giudice di giungere agevolmente ad una sentenza di condanna (per un reato o per un altro - non sembra far differenza, secondo la Corte), grazie alle prove “schiaccianti”, raccolte mediante l’inganno da parte degli inquirenti.

La scelta intermedia fra i due orientamenti sopra citati è rappresentata da quelle pronunce della Corte che, pur riconoscendo l’inutilizzabilità del materiale raccolto attraverso la non corretta applicazione della disciplina speciale vigente in materia, ha acconsentito ad un uso dello stesso quale fonte di una notizia di reato per l’avvio di un nuovo procedimento o per la prosecuzione di indagini già in corso e ai fini del sequestro. Sotto quest’ultimo profilo, in particolare, i giudici di legittimità hanno aderito a quella concezione dottrinale che, esplicitata dal brocardo *male captum bene retentum*, svincola, rendendolo autonomo, il potere di sequestro dalle modalità di rinvenimento del bene.<sup>252</sup> Così il materiale acquisito con operazioni che violano i presupposti

---

<sup>250</sup> Cass. Pen. sez. III 17 febbraio 2005 n. 17662 in *Diritto dell’Internet* n. 5/2005 pp. 481 e ss con nota critica di LUPARIA L., *Le investigazioni informatiche in materia di pornografia minorile tra nuovi e vecchi abusi degli strumenti processuali*, ivi, pp. 484 e ss.; da ultimo Cass. Pen. sez. III 6 dicembre 2007 n. 16666 in *Cassazione Penale* n. 4/2009, p. 1632.

<sup>251</sup> Secondo la Corte di Cassazione sez. III 17 febbraio 2005 n. 17662 “non occorre fare un’interpretazione analogica della eccezionale disciplina prevista (nella normativa speciale) anche per i reati diversi da quelli tassativamente contemplati”. Ciò poiché si tratta piuttosto di valutare la ricorrenza dei reati tassativamente elencati in relazione al momento in cui l’eccezionale attività investigativa è stata autorizzata e non invece con riferimento all’esito dell’investigazione.

<sup>252</sup> Cass. sez. III 8 giugno 2004 n. 29496 in *Diritto e Giustizia* n. 31/2004, p. 31 con nota di NATALINI A., *Male captum, bene retentum: sul sequestro penale la Suprema corte ci ripensa* ivi pp. 31 e ss. Per completezza va aggiunto che la Suprema Corte, in questa pronuncia, ha incidentalmente aggiunto l’affermazione, che qui non si condivide, che le operazioni *undercover* previste dall’art. 14 l. 269/1998 si stanno “sempre più evolvendo da tipico istituto da inserire in una concreta realtà investigativa, che si

normativi sarebbe, allo stesso tempo, inutilizzabile e assoggettabile a sequestro, purchè ne sussistano i presupposti.

Tale lettura è sembrata, ad una parte della dottrina, rispettosa del principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost. e delle regole che presiedono all'agire della polizia giudiziaria; in particolar modo agli obblighi di acquisire anche di propria iniziativa la notizia di reato, di impedire che i reati vengano portati ad ulteriori conseguenze e di compiere tutto quanto possa risultare utile per assicurare le fonti di prova.<sup>253</sup>

Interpretare la normativa sulle attività di contrasto in esame in modo tale da non far discendere dalla stessa una sanzione di inutilizzabilità assoluta per tutto il materiale probatorio, occasionalmente raccolto, riguardante i reati non tipizzati è, quindi, sembrata più compatibile con alcuni principi cardine del nostro sistema processuale.

La tesi non convince.

L'ordinamento riconosce efficacia scriminante a condotte che costituirebbero reato a patto che le stesse siano compiute nel rispetto dei limiti previsti dalla norma eccezionale che le disciplina.

Se così non fosse, difficile sarebbe distinguere fra l'attività illecita compiuta dall'agente sotto copertura e l'illecito dell'imputato sottoposto a giudizio. Il discrimine consiste proprio nel fatto che l'ufficiale di polizia giudiziaria non compie un reato se agisce nell'ambito di ciò che è legislativamente consentito.

Non si tratta, quindi, di distinguere se l'art. 191 c.p.p. nell'enunciare il divieto di utilizzazione di quegli elementi probatori raccolti "in violazione della legge", si riferisca o meno anche alla legge sostanziale, ma piuttosto di vietare che, paradossalmente, l'acquisizione probatoria diventi la causa stessa di commissione dell'illecito.

La mancanza di chiarezza circa la possibilità di attivare tali tecniche di investigazione speciale per soli fini processuali piuttosto che per soddisfare le esigenze repressive e la conseguente confusione a proposito dei margini operativi oltre i quali l'agente *undercover* debba considerarsi punibile, rende auspicabile un intervento delle Sezioni Unite al fine del recupero della propria funzione nomofilattica, ma soprattutto un

---

*innesta in un tronco già sviluppato, a operazioni che precedono l'acquisizione della notizia di reato e tendono ad acquisirla."*

<sup>253</sup> Così D'AMATO, *Agenti provocatori: le prove eterodosse sono utili solo per avviare altre indagini* in *Diritto e Giustizia*, n. 9/2005, p. 44.

intervento chiarificatore del legislatore che, in ossequio a quella determinatezza che dovrebbe dominare le legislazioni speciali, ridisegni in maniera netta e in senso maggiormente garantista i confini dell'art. 14 l. 269/1998.

La mancanza di una disciplina processuale *ad hoc* concreta il rischio di lesione dei diritti di difesa dell'indagato/imputato.

Un'interpretazione rigorosamente orientata verso l'inutilizzabilità, anche ai fini del sequestro o dell'apertura di nuove indagini, degli elementi probatori raccolti in violazione sia delle norme processuali che di quelle sostanziali, rappresenta l'unica via per costruire solidi argini di contenimento, in grado di delimitare l'ambito di operatività di questo strumento d'indagine di carattere eccezionale e oltremodo capace di attuare una vera e propria *deminutio* delle regole fondamentali dello Stato di diritto.<sup>254</sup>

### **2.1.3. Gli (analoghi) orientamenti nelle fonti internazionali.**

L'impegno comunitario nella lotta alla pedopornografia *on line* risale ad oltre un decennio fa<sup>255</sup>.

Fin dai primi atti dell'UE, emerge la consapevolezza della natura transnazionale di questo tipo di crimini e dell'urgente necessità di uniformare le legislazioni degli Stati Membri, sia dal punto di vista della legge penale sostanziale<sup>256</sup>, con un omogeneo riconoscimento delle condotte penalmente rilevanti, sia attraverso l'armonizzazione delle procedure. Ciò al fine di dotare il processo penale, soprattutto nella fase d'indagine, degli adeguati strumenti di prevenzione e repressione, resi necessari dall'inesorabile sviluppo tecnologico.

---

<sup>254</sup> Conclude in senso garantista anche LUPARIA L., *Le investigazioni informatiche in materia di pornografia minorile tra nuovi e vecchi abusi degli strumenti processuali in Diritto dell'Internet* n. 5/2005, p. 486.

<sup>255</sup> Fra gli atti comunitari più risalenti si segnalano l'esortazione del Consiglio Europeo di Vienna del 11-12 dicembre 1998 per assicurare sul piano europeo e internazionale misure efficaci contro la pedopornografia su Internet, la decisione n. 276/1999 CE del Parlamento Europeo e del Consiglio di adozione di un piano comunitario per promuovere l'uso sicuro di Internet attraverso la lotta alle informazioni illecite e alla loro diffusione attraverso la Rete, la decisione del 29 maggio 2000 del Consiglio con cui l'UE pone le basi per un'attività di contrasto condivisa contro la *pedopornografia on line*.

<sup>256</sup> Sul tema M. D'AMICO, *L'Europa e la lotta alla pornografia infantile. Verso un diritto penale europeo?* in *Quaderni Cost.* n. 3/2000, pp. 696 e ss.

Le tecnologie offrono, infatti, all'utente forme sempre nuove di perpetrazione di tali delitti, in cui si annidano ampie aree di impunità, spesso legate a problematiche tecniche connesse allo strumento informatico<sup>257</sup>.

La predisposizione da parte degli Stati Membri di misure procedurali che garantiscano un effettivo accertamento delle condotte criminose, da un lato, e il rispetto dei diritti di difesa<sup>258</sup>, dall'altro è una preoccupazione costante, al centro della politica criminale dell'UE.

Fra le decisioni più risalenti, ma più significative per quanto riguarda gli aspetti di diritto processuale, vi è certamente la Decisione del Consiglio del 29 maggio 2000, relativa alla lotta contro la pedopornografia infantile su Internet<sup>259</sup>.

L'art. 4 della Decisione invita gli Stati Membri a verificare regolarmente *“se i progressi tecnologici rendono necessaria, al fine di mantenere l'efficacia della lotta contro la pornografia infantile su Internet, una modifica della loro procedura penale, nel rispetto dei principi fondamentali”* e a novellare, nell'eventualità, la propria normativa.

Viene sollecitata, inoltre, la creazione di unità specializzate preposte a questo tipo di indagini e l'introduzione di strategie investigative *“tatticamente”*<sup>260</sup> indispensabili per scoprire le identità degli autori degli illeciti, fra le quali, ad esempio, il differimento dell'esercizio dell'azione penale<sup>261</sup>.

Fra gli atti comunitari più recenti in materia, invece, deve essere segnalata la Convenzione del Consiglio d'Europa STCE n. 201 sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, firmata a Lanzarote il 25 ottobre 2007.

La Convenzione, passata inosservata sia da parte della dottrina, ma anche da gran parte degli Stati Membri<sup>262</sup>, contiene una disciplina organica e minuziosa delle misure che nei

---

<sup>257</sup> Sul tema F. RUGGERI, *Profili processuali nelle investigazioni informatiche* in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova, 2004, p. 163

<sup>258</sup> Sul tema D.DELL'ORTO, *Pedopornografia on line e indagini informatiche – Complessità e peculiarità tecnico-giuridiche della materia* in *Cass. pen.* 2007, p. 879 ss.;

<sup>259</sup> Decisione 2000/375/GAI in GU L. 138 del 9.06.2000

<sup>260</sup> Il termine è tratto dal testo della Decisione in commento. Sul punto anche S. MASSA, *Nuove forme di devianza ai danni dei minori e risposte normative*, Napoli, 2002, pp. 97 e ss.

<sup>261</sup> Il nostro ordinamento aveva già in precedenza attuato questa indicazione, rendendola compatibile con il principio di obbligatorietà dell'azione penale ex art.112 Cost., attraverso il disposto di cui all'art.14 comma 3 della legge n. 269/1998: *“L'autorità giudiziaria può, con decreto motivato, ritardare l'emissione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti di cattura, arresto o sequestro, quando sia necessario per acquisire rilevanti elementi probatori (...)”*.

<sup>262</sup> La Convenzione è stata firmata da trentatré Stati Membri, ma ratificata solo da cinque, fra cui non vi è l'Italia. La Convenzione, ratificata per prima dalla Gran Bretagna il 10.3.2009, e poi a seguire dall'Albania, dalla Danimarca, dai Paesi Bassi e dalla Repubblica di San Marino, entrerà in vigore per



vari settori, compreso quello della giustizia penale, devono essere adottate per contrastare il fenomeno dello sfruttamento sessuale dei minori. In essa un intero capitolo, il IV, è dedicato alle norme procedurali e alle modalità di indagine. Le indicazioni riguardano lo “statuto” del minore – testimone<sup>263</sup>, la posizione della vittima nel procedimento<sup>264</sup>, la necessità che l’avvio delle indagini e la loro prosecuzione avvenga senza ritardo e senza ostacoli, rappresentati dalle condizioni di procedibilità o dall’intervento della prescrizione<sup>265</sup> e la possibilità che i servizi investigativi possano identificare le vittime attraverso l’esame del materiale pedopornografico (foto, videoregistrazioni ecc.). Si insiste, inoltre, sull’opportunità di investigazioni “speciali”<sup>266</sup> e di operatori (organi che conducono le indagini, autorità giudiziaria, avvocati ecc.) che godano di una preparazione adeguata, a tutela tanto della bontà dell’accertamento, quanto dei diritti dei soggetti coinvolti.<sup>267</sup>

La Convenzione è l’unico atto comunitario, fra quelli che si occupano della tematica in esame, a dire espressamente che le misure procedurali adottate per la lotta alla pedopornografia, devono tener conto dei diritti della difesa e dei principi dell’equo processo, enunciati all’art. 6 CEDU.

L’annotazione non è di poco conto, se si considera la recente tendenza, anche italiana, a contenere l’allarme sociale per questo tipo di reati, mediante l’irrigidimento della disciplina processuale e l’applicazione di istituti a tutela della vittima, ma fortemente limitativi dei diritti di libertà dell’imputato<sup>268</sup>.

---

questi Stati in data 1.07.2010. In Italia la legge di “*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno*” è stata approvata dalla Camera il 19 gennaio 2010 ed è attualmente all’esame del Senato.

<sup>263</sup> Art. 35 della Convenzione.

<sup>264</sup> Art. 31 e art. 36 della Convenzione.

<sup>265</sup> La necessità che le indagini prendano avvio senza ritardo è enunciato all’art.30 n. 3 della Convenzione, che incoraggia le parti ad eliminare dal sistema qualsiasi elemento che possa essere impediente rispetto al perseguimento di questi tipi di crimini. Ad esempio, sollecita la procedibilità d’ufficio e l’irretrattabilità della querela (art. 32), la possibilità di continuare le indagini anche dopo il compimento della maggior età da parte dell’offeso a seconda della gravità del reato per cui si procede (art. 33) e che le stesse non siano ostacolate dall’incertezza sull’età della vittima. (art. 34).

<sup>266</sup> All’art. 30 n. 5 la Convenzione sollecita gli Stati a prevedere indagini sotto copertura, per rendere più efficaci e proficue le operazioni degli inquirenti. Le operazioni sotto copertura sono disciplinate nel nostro ordinamento dall’art. 14 legge n. 269/1998.

<sup>267</sup> Art. 34 e Art. 36 della Convenzione. Questi contenuti sono ripresi dalla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29.3.2010, all’art. 14 rubricato “*Indagini e azione penale*”.

<sup>268</sup> Il riferimento è alla recente legge n. 38/2009, che introduce la custodia cautelare in carcere obbligatoria per gli indagati di reati sessuali, la nuova misura cautelare del divieto di avvicinamento dei luoghi frequentati dalla persona offesa, l’estensione dei casi di assunzione della testimonianza in incidente probatorio e l’accesso al gratuito patrocinio da parte dell’offeso in deroga ai limiti di reddito

L'importanza della Convenzione è sottolineata anche dai recentissimi atti comunitari che propongono l'abrogazione della Decisione Quadro 2004/68/GAI<sup>269</sup>, fino ad ora considerata il monito principale per il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in questa materia.

Il riferimento è:

- alla raccomandazione del Parlamento Europeo del 3 febbraio 2009 al Consiglio, che esorta a *“rivedere la Decisione Quadro (...) in modo da elevare il livello di protezione almeno sino a quello previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa e da restringere il campo sugli abusi connessi a Internet e ad altre tecnologie della comunicazione”*<sup>270</sup>;

- alla proposta di Decisione Quadro del Consiglio del 25 marzo 2009<sup>271</sup>, che definisce la Convenzione come *“lo strumento che, allo stato attuale, assicura la massima protezione dei minori sul piano internazionale”*

- alla proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 marzo 2010<sup>272</sup>, secondo cui con l'integrazione delle disposizioni della Convenzione nella normativa dell'UE *“ si otterrà una più rapida adozione delle norme nazionali rispetto al processo nazionale di ratifica e si garantirà un miglior monitoraggio dell'attuazione”*.

Dall'analisi di questi atti comunitari emerge, da un lato, l'inadeguatezza dello strumento convenzionale per attuare l'armonizzazione delle legislazioni, ai fini della prevenzione e repressione della pedopornografia *on line*, dall'altro, l'insufficienza della Decisione Quadro 2004/68/GAI di fronte alla rapida evoluzione tecnologica, che ha fortemente condizionato le modalità di compimento e di contrasto di questo fenomeno criminale.

Secondo la proposta del 29 marzo 2010 la Decisione *“ravvicina le normative soltanto per quanto riguarda un numero limitato di reati, non si occupa delle nuove forme di abuso e sfruttamento che si avvalgono delle tecnologie informatiche, non elimina gli*

---

previsti. La legge modifica inoltre il trattamento penitenziario previsto per i condannati per reati sessuali, riducendo drasticamente l'accesso ai benefici, già fortemente ridimensionato ad opera della legge n. 38/2006.

<sup>269</sup> Decisione Quadro a cui l'Italia si è adeguata con la legge n. 38/2006, che novella la normativa dei reati sessuali proprio con riferimento alle fattispecie di pedopornografia *on line*, in parte introdotte dalla l. n. 269/1998.

<sup>270</sup> La Raccomandazione è la 2010/C 67 E/06 in GU del 18.3.2010.

<sup>271</sup> (SEC- 2009 – 355) (SEC- 2009 – 356)

<sup>272</sup> COM (2010) 94 def. ; 2010/0064 (COD)

*ostacoli all'azione penale al di fuori del territorio nazionale, non va incontro alle esigenze specifiche delle vittime né prevede misure adeguate per prevenire i reati*<sup>273</sup>.”

Una convenzione “di successo” nell’ottica dello sviluppo di regole procedurali comuni<sup>274</sup>, di importanza fondamentale nell’ambito delle indagini informatiche contro i crimini transnazionali è certamente la Convenzione sul *cybercrime* del Consiglio d’Europa adottata a Budapest l’8 novembre 2001, entrata in vigore il 1 luglio 2004 e ratificata dall’Italia con la legge 18 marzo 2008 n. 48.

Pur predisponendo indicazioni generali per il contrasto ai reati che si perpetrino attraverso lo strumento informatico, indipendentemente dalla loro tipologia,<sup>275</sup> la Convenzione sul *cybercrime* dedica un’attenzione particolare al reato di pedopornografia, segno evidente dell’ormai acquisita consapevolezza che esso, per essere adeguatamente contrastato, debba essere considerato, al pari del terrorismo e di alcuni reati contro il patrimonio, nella sua dimensione transnazionale.

L’art. 9 della Convenzione fornisce importanti indicazioni sul piano del diritto penale sostanziale indicando che cosa debba intendersi per pornografia infantile, specificando le condotte che debbano essere incriminate dalle legislazioni nazionali e stabilendo che con il termine “minore” deve intendersi il soggetto di età inferiore agli anni 18, lasciando però agli Stati la possibilità di considerare “minore” solo l’infrasedicenne.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle problematiche di diritto sostanziale che originano dall’attuazione della Convenzione nel nostro paese; occorre notare, però, che, la portata delle novità introdotte dalla legge n. 48/2008, con specifico riferimento alla materia dei reati sessuali, è davvero ridotta.<sup>276</sup>

---

<sup>273</sup> La Decisione Quadro 2004/68/GAI, a cui l’ordinamento italiano ha dato attuazione con la legge n. 38/2006, non contiene riferimenti alla normativa processuale, ad eccezione di qualche indicazione sul riparto di giurisdizione, nel caso di reato commesso, anche solo parzialmente, sul territorio dello Stato, da un cittadino dello Stato oppure da una persona giuridica con sede nel suo territorio. (Art. 8 “Giurisdizione ed esercizio dell’azione penale).

<sup>274</sup> Alla Convenzione hanno aderito trentatré Paesi, dei quali ventisei appartenenti al Consiglio d’Europa. Gli altri, fra cui figurano gli Stati Uniti, il Canada, il Giappone e il Sud Africa, sono Stati extracomunitari.

<sup>275</sup> Secondo NOVELLINO A., *Il Viminale può chiedere di conservare i dati in Guida al Diritto* n. 16/2009, p. 69 la Convenzione riguarda tutti i crimini informatici che possono essere classificati in tre macrocategorie “1) illeciti in relazione ai quali gli strumenti informatici costituiscono lo strumento di realizzazione; 2) illeciti in relazione ai quali gli strumenti informatici sono l’oggetto della condotta; 3) illeciti che comunque si riferiscono all’impiego e all’uso dello strumento informatico”; così anche CISTERNA A., *Previsto uno statuto processuale ad hoc in Guida al Diritto* n. 16/2009, p. 64.

<sup>276</sup> Una feroce critica alla legge n. 48/2008 di attuazione della Convenzione di Budapest si deve a SARZANA DI S. IPPOLITO C., *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest: una “gatta” legislativa frettolosa in Diritto penale e processo* n. 12/2008 pp. 1562 e ss.; in senso critico anche MORGANTE G. *Premessa in Legislazione Penale* n. 3/2008, pp. 253-254; PICOTTI L., *La ratifica della*

Essa si limita a stanziare, all'art. 12, due milioni di euro annui per il triennio dal 2008 al 2010 da dividersi fra il Centro Nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet, previsto dall'art. 14-bis, inserito nella legge n. 269/1998 dalla legge n. 38/2006 e il CNAIPIC (Centro nazionale anticrimine informatico per la protezione delle infrastrutture critiche) di cui all'art. 7-bis del d.l. n. 144/2005 convertito con l. 195/2005.

Si badi che l'art. 14-bis l. 269/1998 istitutivo del Centro, ufficialmente inaugurato il 1 febbraio 2005, stabiliva che dall'istituzione e dal suo funzionamento non sarebbero dovuti derivare “*nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato*”.

Lo stanziamento introdotto dalla legge di attuazione della Convenzione di Budapest induce a concludere che l'ottimistica previsione del legislatore del 2006 non ha trovato riscontro nella realtà e che, con un'elevata probabilità, la carenza di fondi a cui tenta di rimediare la modifica del 2008, non ha consentito al Centro di svolgere adeguatamente, nei tre anni precedenti l'entrata in vigore della legge di attuazione, l'attività di contrasto per cui è stato istituito.<sup>277</sup> La constatazione è preoccupante se si considera che il Centro per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet è l'unico organo competente, a livello centrale, a coordinare tutte le indagini, nazionali e internazionali, in materia di *pedopornografia on line* e si occupa di attività di studio, analisi e prevenzione del fenomeno criminale.<sup>278</sup>

Alla luce delle considerazioni fatte anche l'art. 14-bis l. 269/1998 sembra, dunque, assurgere a norma-manifesto di un sistema repressivo, ben strutturato negli intenti, ma inefficace nei risultati.

Qualche apprezzamento può invece essere fatto con riferimento alle novità processuali introdotte dalla Convenzione in tema cooperazione internazionale e di perquisizioni, sequestri e intercettazioni telematiche.<sup>279</sup>

---

*Convenzione del Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale in Diritto penale e processo* n. 6/2008 pp. 700 e ss.

<sup>277</sup> SARZANA DI S. IPPOLITO C., *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest: una “gatta” legislativa frettolosa* in *Diritto penale e processo* n. 12/2008 pp. 1573 e ss. E' questo un altro esempio di come il legislatore, anche nella delicata materia dei reati sessuali, introduca norme di grande impatto sociale senza fare però i conti con le risorse a disposizione che, se carenti, svuotano di contenuto ed efficacia la portata del dettato normativo.

<sup>278</sup> NOVELLINO A., *Il Viminale può chiedere di conservare i dati* in *Guida al Diritto* n. 16/2008 p. 71

<sup>279</sup> L'attuazione delle disposizioni contenute nella Convenzione sul *cybercrime* ad opera della legge n. 48/2008, se da una parte ha scontentato i sostanzialisti, dall'altra sembra essere stata accolta con soddisfazione dalla dottrina processualista. Si veda CORDI' L. *Commento all'art. 8 l. 18.3. 2008 n. 48* in *Legislazione Penale* n. 3/2008, pp. 281 e ss, DA VALLE G., *Commento all'art. 9 l. 18.3. 2008 n. 48* in

I “suggerimenti” in essa contenuti hanno portato a rilevanti modifiche al codice di procedura penale, che ha visto mutata la tradizionale configurazione dei tipici mezzi di ricerca della prova, per renderli idonei a contrastare i reati commessi attraverso la Rete, ivi compresi quelli di pedopornografia.<sup>280</sup>

Con riferimento alla cooperazione internazionale l’art. 23 della Convenzione di Budapest sancisce il principio secondo cui le parti devono cooperare reciprocamente nella maniera più ampia possibile: la cooperazione deve estendersi a tutte le infrazioni penali legate a sistemi o dati informatici e, a tal fine, gli Stati devono adoperarsi nell’applicazione di strumenti internazionali relativi alla cooperazione in materia penale o degli accordi fondati su legislazioni uniformi o sul riconoscimento reciproco del diritto nazionale.

La Convenzione non si limita a stabilire le linee guida sulla base delle quali gli Stati devono regolare i loro reciproci rapporti, ma incide, con una serie di peculiari disposizioni, sugli strumenti tradizionali della cooperazione internazionale quali l’extradizione (art. 24) e l’assistenza giudiziaria (art. 25).

A tal proposito sono innovative le previsioni circa le modalità di realizzazione dell’assistenza che, in caso di urgenza, può avvenire mediante mezzi di comunicazione veloce quali il fax, il corriere elettronico o altri mezzi tecnologici, a condizione che questi mezzi offrano condizioni sufficienti di sicurezza o di autenticazione e l’obbligo di conservazione rapida dei dati informatici in relazione ai quali Stato richiedente voglia domandare l’assistenza per una perquisizione, per un sequestro, per un mero accesso ai dati medesimi (art. 29).

Un altro elemento innovativo nell’ambito dell’assistenza internazionale è la Rete 24/7 prevista dall’art. 35 della Convenzione, che impone ad ogni Stato contraente di designare un punto di contatto disponibile ventiquattro ore su ventiquattro e sette giorni su sette, per assicurare un’assistenza immediata nelle indagini relative a reati connessi a sistemi e dati informatici o per la raccolta di prove in formato elettronico di un reato. Secondo l’art. 35 ultimo comma ogni Stato dovrà far in modo di disporre di personale

---

*Legislazione Penale* n. 3/2008, pp. 297 e ss; LUPARIA L., *La ratifica della Convenzione del Cybercrime del Consiglio d’Europa. I profili processuali in Diritto penale e processo* n. 6/2008 pp. 717 e ss.

<sup>280</sup> Come si è già accennato in questo capitolo (*infra* § 2.1.) tali modifiche hanno, senza alcun dubbio, potenziato i mezzi investigativi che l’autorità ha a disposizione nelle indagini per reati di *pedopornografia on line* e hanno, seppur parzialmente, colmato le lacune che la disciplina processuale presentava con riferimento alle indagini che coinvolgono il mondo telematico.

equipaggiato e preparato per facilitare le attività della rete, che procederà all'esecuzione delle misure urgenti richieste e contemporaneamente invierà la richiesta all'autorità competente (in caso di urgenza l'autorità giudiziaria, altrimenti il Ministro di Giustizia), contenente l'indicazione che, nel minor tempo possibile, seguirà formale domanda di rogatoria.<sup>281</sup>

Lo sforzo della Convenzione nel conferire alle procedure nazionali gli strumenti necessari per l'investigazione e la repressione della criminalità informatica e per l'accertamento dei delitti la cui prova sia in formato elettronico è ben esemplificato dalle disposizioni contenute negli artt. 19, 20 e 21 in materia di perquisizioni, sequestri e intercettazioni di dati informatici.

Lo scopo delle suddette norme è quello di armonizzare le leggi nazionali in materia, al fine di ottenere le prove, in relazione ad una specifica indagine, ovunque si trovino.

A tal fine gli Stati contraenti devono adottare le misure necessarie per perquisire o accedere in modo analogo sul loro territorio a un sistema informatico e ai dati detenuti o esistenti su un supporto informatico. Gli Stati devono, pertanto, predisporre misure che consentano di sequestrare un sistema informatico o un supporto contenente dati informatici, realizzare e conservare una copia di quei dati, mantenere l'integrità dei dati immagazzinati e rendere accessibile o rimuovere quei dati dal sistema informatico che si è perquisito.

Gli articoli 20 e 21 della Convenzione riguardano le intercettazioni rispettivamente di dati di traffico e di dati relativi al contenuto delle comunicazioni intercettate. Mentre le disposizioni di cui all'art. 20 si applicano indifferentemente a tutti i delitti, la Convenzione rimette ai singoli Stati la scelta delle più gravi infrazioni penali per il cui accertamento autorizzare le intercettazioni di cui all'art. 21.

In base a quanto indicato in tali disposizioni, la Convenzione impone a ciascuno Stato aderente di:

- raccogliere o registrare in tempo reale i dati relativi al traffico associati alle comunicazioni realizzate nel territorio dello Stato con sistemi informatici;
- obbligare il fornitore di servizi a raccogliere e a registrare i dati mantenendo il segreto sulle attività svolte;

---

<sup>281</sup> SELVAGGI E. *Task force operativa 24 ore al giorno* in *Guida al Diritto* n. 16/2008, pp. 74 e ss.

- prestare alle autorità competenti cooperazione ed assistenza per la raccolta e la registrazione.

E' evidente come tutte queste operazioni, che coinvolgono inevitabilmente dati sensibili, pongono la questione del delicato bilanciamento fra le necessità dell'accertamento e della persecuzione dei reati e il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare del diritto alla riservatezza dei singoli.

Il problema delle garanzie, già segnalato con preoccupazione dalla dottrina,<sup>282</sup> non è stato ignorato dalla Convenzione che, all'art. 15, impone agli Stati di assicurarsi che le procedure in essa contenute siano adottate nel rispetto degli obblighi imposti dalla CEDU, dalla Convenzione ONU sui diritti civili e politici del 1966 e dagli altri strumenti internazionali posti a tutela dei diritti umani e che ogni singola misura goda della supervisione dell'autorità giudiziaria.

Le indicazioni internazionali, colte dal legislatore italiano, vanno dunque nella direzione del potenziamento degli strumenti investigativi nella lotta alla pedopornografia, a seguito dell'accresciuta consapevolezza che un'attività di contrasto efficace non può limitarsi ai confini nazionali, a causa della natura transnazionale di questo tipo di crimini.

La procedura, dunque, funzionale alla persecuzione e repressione dei reati, ma anche alla tutela dei diritti dei soggetti da essa coinvolti, sembra progressivamente acquistare spazio nelle fonti internazionali, ritagliandosi il ruolo di "principessa", anziché di "cenerentola",<sup>283</sup> a cui spesso è stata relegata.

---

<sup>282</sup> LUPARIA L., *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007, p. 208 evidenzia come alcune disposizioni contenute nella Convenzione corrano il pericolo di ledere i diritti fondamentali garantiti dal nostro ordinamento, che si prefigge di alzare il livello di garanzie processuali secondo il criterio del *maximum standard* e non di abbassarlo a favore di una maggior armonizzazione. Anche CISTERNA A., *Previsto uno statuto processuale ad hoc* in *Guida al Diritto* n. 16/2009, p. 65 fa notare come il testo della Convenzione di Budapest ha solo in parte accolto le osservazioni formulate nel parere n. 4/2001 espresso dai Garanti Europei per la Privacy, in cui venivano evidenziati alcuni elementi di criticità in materia di protezione dei dati, soprattutto per l'ampia attività di cooperazione internazionale auspicata dalla Convenzione "*implicante necessariamente lo scambio di dati personali non sempre connessi a forme di criminalità informatica.*"

<sup>283</sup> La definizione del diritto processuale quale "cenerentola" della scienza penale risale ad un celebre scritto di Francesco Carnelutti pubblicato nella *Rivista di Diritto Processuale* del 1946, vol. I, pp. 1 e ss.

## **2.2. Il processo “mediatico” a tutela delle esigenze di prevenzione generale nella legge n. 38/2006: il contenimento dell’allarme sociale attraverso l’inaccessibilità per il reo ai “rimedi” premiali.**

Le modifiche, apportate alla disciplina dei reati sessuali dalla legge 6 febbraio 2006 n. 38 contengono i primi chiari segnali della tendenza del legislatore ad equiparare i reati sessuali ai reati di criminalità organizzata anche sul piano dell’accesso agli istituti processuali di carattere premiale.<sup>284</sup>

Le novità introdotte, non solo rinforzano la tesi secondo cui la normativa dei reati sessuali costituisce un microsistema processuale, che si affianca a quello costituito dalle norme finalizzate al contrasto e alla repressione dei reati associativi,<sup>285</sup> ma rappresentano anche un primo forte segnale della propensione legislativa ad utilizzare la strategia repressiva per placare l’allarme sociale e riscuotere consensi.<sup>286</sup>

Il diritto viene funzionalmente forgiato in modo da *“suscitare l’emotività collettiva attorno ad immagini che se, da un lato, trasferiscono l’attenzione su problemi e pericoli enfatizzati, dall’altro offrono buon gioco alle risposte istituzionali, di presentarsi come le sole adeguate e possibili.”*<sup>287</sup>

Il divieto di patteggiamento e un trattamento penitenziario più severo per i responsabili di reati che attentano alla sfera sessuale, sono il risultato dell’accoglimento da parte del legislatore, delle istanze di sicurezza collettiva provenienti dall’opinione pubblica attraverso disposizioni che, come si cercherà di dimostrare, solo apparentemente

---

<sup>284</sup> Come si è visto nei paragrafi precedenti anche l’introduzione dell’agente provocatore nelle indagini per reati sessuali costituisce un segno evidente della progressiva equiparazione legislativa di questo tipo di reati a quelli che tradizionalmente destano allarme sociale, fra cui rientrano certamente quelli associativi e di stampo mafioso.

<sup>285</sup> BELLANTONI G., *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un microsistema in evoluzione in Diritto Penale e processo* n. 8/2007, pp. 985 e ss; AMODIO E., *Il processo penale fra disgregazione e recupero del sistema in L’Indice Penale* n. 1/2003 pp. 7 e ss.; PAPA M., *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale “microsistema di tutela integrata” in Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova, 1996, pp. 427 e ss.

<sup>286</sup> MOSCONI G., *Dentro il carcere oltre la pena*, Padova, 1998, pp. 215 parla di *“amministrazione dell’allarme sociale”* quale *“potente arma di controllo dell’opinione pubblica”*. Secondo l’autore, che elenca questo aspetto fra quelli ostativi all’affermazione delle misure alternative, *“la riduzione delle misure repressive crea nell’opinione pubblica la preoccupazione che i criminali non vengano puniti e che vengano meno le condizioni generali di sicurezza della convivenza sociale.”* Le modifiche in questo senso riguardano anche i profili sostanziali che non verranno trattati in questa sede, come ad esempio l’innalzamento della cornice edittale dei reati offensivi della sfera sessuale.

<sup>287</sup> MOSCONI G., *Dentro il carcere oltre la pena*, Padova, 1998, pp. 347



garantiscono alla vittima, in particolare, e ai consociati, in generale, un'effettiva tutela da questi reati.

### 2.2.1 Il divieto di applicazione della pena su richiesta delle parti

La legge 6 febbraio 2006 n. 38 "*Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet*" esclude l'accesso al patteggiamento per gli autori di delitti di violenza sessuale semplice e aggravata, monosoggettiva e plurisoggettiva, atti sessuali con minorenni, prostituzione minorile (art. 600-bis I e III comma c.p.), pornografia minorile (art. 600 I, II, III e V comma c.p.), detenzione di materiale pedopornografico (art. 600-quater II comma c.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile e pornografia virtuale "*relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico*".

Le ragioni che hanno determinato tale scelta sono certamente da rinvenire nella logica repressiva che domina l'intera materia dei reati sessuali, mirata ad andare incontro alle richieste di un'opinione pubblica preoccupata e "*decisamente poco incline ad accettare composizioni sulla pena e "scorciatoie" processuali di stampo premiale in questo settore.*"<sup>288</sup>

Il legislatore del 2006, preso atto della necessità di contenere l'allarme sociale generato da alcuni gravi episodi di cronaca, è costretto a fare un passo indietro rispetto

---

<sup>288</sup> MAFFEI S., Commento art. 444 c.p.p. in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, p. 943. Esprime la stessa opinione anche BELLANTONI G., in *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un microsistema in evoluzione in Diritto Penale e processo* n. 8/2007, pp. 989 e ss secondo cui il divieto di patteggiamento introdotto dalla legge n. 38/2006, è "*emblematico della ferrea logica legislativa volta al perseguimento in materia di delitti sessuali di obiettivi di carattere punitivo nei confronti dell'accusato dandosi perentoriamente ingresso, nel codice di rito, a vistose deviazioni dal regime ordinario in ragione, per vero assai discutibile, di finalità di carattere squisitamente social-preventivo e sostanziale (...)*". Che la ratio del divieto fosse da rinvenirsi nel peculiare disvalore di questo genere di reati fu evidente fin dai contenuti delle proposte che precedettero l'entrata in vigore della legge n. 38/2006. Nella proposta n. 2415 "*Disposizioni per la prevenzione dei reati connessi alla pedofilia*," presentata alla Camera dei deputati il 26 febbraio 2002, si legge: "*Costituisce l'aspetto forse più significativo dell'intera proposta di legge, in quanto intende escludere la possibilità di chiedere il patteggiamento sia per i clienti, sia per coloro che in vario modo distribuiscono o divulgano materiale pedopornografico. Si tratta di ipotesi di reato talmente odiose da non meritare alcuna possibilità di uno sconto di pena.*" E ancora nella proposta di legge n. 5845 "*Disposizioni in materia di lotta alla pedofilia*" presentata alla Camera il 17 maggio 2005 viene rimarcato il concetto secondo cui "*al fine di evitare che i responsabili di questi reati offensivi della dignità della persona scontino pene ridotte a un minimo irrisorio e per sottolineare il ripudio sociale, l'art. 5 esclude la possibilità di chiedere il procedimento ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, comunemente denominato patteggiamento.*"

all'estensione dei confini di applicazione dell'istituto attuata con la legge 12 giugno 2003, n. 134.<sup>289</sup>

La riforma dell'istituto del patteggiamento ad opera della legge n. 134/2003 trovava la sua ragione nell'esigenza di decongestionare il funzionamento complessivo della macchina giudiziaria, attraverso la rapida definizione di una grande quantità di procedimenti.<sup>290</sup>

La compressione della funzione cognitiva del processo e del magistero punitivo a favore di ragioni di economia processuale era stata vista con sospetto fin dai lavori preparatori, in cui si era sollecitata l'introduzione dei limiti all'accesso della procedura patteggiata per gli autori di delitti "di particolare gravità agli occhi della coscienza collettiva".<sup>291</sup> Si decideva, pertanto, di non far conseguire all'imputato che avesse "patteggiato" una pena detentiva superiore a due anni, gli effetti premiali previsti dall'art. 445 c.p.p. e di inserire, nell'art. 444 comma 1-bis c.p.p., una serie di preclusioni oggettive e soggettive, al fine di rendere compatibile il rito con le istanze della coscienza sociale.<sup>292</sup>

Il diritto disponibile di stabilire la durata del processo "abbreviandolo o riducendolo al solo momento della determinazione della pena"<sup>293</sup> veniva, quindi, negato nel caso in cui si proceda per uno dei delitti previsti dall'art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p. oppure quando l'imputato sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza o sia recidivo ex art. 99 comma 4 c.p.

La medesima operazione sorretta dalla medesima logica di difesa sociale viene compiuta dal legislatore del 2006 che, seguendo le indicazioni provenienti dalle fonti internazionali<sup>294</sup>, implementa il catalogo delle esclusioni contenuto nell'art. 444 comma

---

<sup>289</sup> DEL CORSO S., *Prostituzione e pornografia minorile: una normativa in bilico fra esigenze repressive e latitanza dei principi* in *Legislazione penale* n. 2/2008, p. 184.

<sup>290</sup> SCCELLA A., *Il patteggiamento "allargato" nel quadro della programmata espansione della giustizia negoziale* in *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale* (a cura di) PERONI F., Torino, 2004, p. 3.

<sup>291</sup> Così il sottosegretario Valentino nell'intervento tenuto davanti alla Commissione Giustizia nella seduta 23 aprile 2002 in *Atti Camera, XIV Legislatura*, p. 38.

<sup>292</sup> DI CHIARA G., *Coordinate planimetriche della ristrutturazione del rito patteggiato: le risagomature dello spettro applicativo e del regime premiale* in *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale* (a cura di) PERONI F., Torino, 2004, p. 38.

<sup>293</sup> AMODIO E., *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo* in *Cassazione penale* n. 10/2006, p. 3409

<sup>294</sup> Con la legge n. 38/2006 il legislatore ha dato attuazione alla Decisione Quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003 con la quale l'Unione Europea ha dettato le regole per un'efficace lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile. In senso critico sull'adeguamento della normativa italiana a quella europea ad opera della legge n. 38/2006 MUSACCHIO V., *La nuova normativa penale in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia a mezzo internet* in *Rivista Penale* n. 4/2006, pp. 399 e ss.

1-bis c.p.p. inserendovi alcune fattispecie lesive della sfera sessuale, di cui sopra si è detto.

La possibilità di accordo fra accusa e imputato fino ad un massimo di cinque anni di pena detentiva aveva, infatti, consentito il ricorso al rito anche per delitti particolarmente gravi e aveva reso insufficiente, per vietare ai *sexual offenders* l'accesso al rito premiale, gli aumenti di pena previsti per alcuni reati sessuali dalla legge n. 269 del 1998 .

Viene, così, ulteriormente ridimensionato l'ambito di operatività dell'istituto del patteggiamento e, attraverso l'assimilazione dei reati sessuali a quelli di terrorismo e criminalità organizzata, il legislatore crea, fin dalla fase processuale, quella sorta di regime differenziato, originariamente proprio solo della fase esecutiva, riservato ai delitti di più grave allarme sociale.<sup>295</sup>

Le esigenze punitive dello Stato volte a contenere l'allarme sociale tornano a prevalere, qualche anno dopo, nell'ambito dei reati sessuali, sia sulle ragioni deflattive poste alla base del rito speciale sia sulla tutela in concreto dell'offeso dal reato.

Vi sono argomenti che sconfessano la tesi secondo cui al divieto per l'imputato di definire il procedimento a suo carico mediante l'accordo sulla pena conseguirebbe una miglior soddisfazione della vittima e una maggior sicurezza per la collettività.

Si badi, innanzitutto, che, per come è stato novellato l'art. 444 comma 1-bis c.p.p., il legislatore non ha introdotto un divieto generalizzato di patteggiamento per tutti i reati sessuali.

Rimangono definibili attraverso l'applicazione della pena su richiesta delle parti, i procedimenti per i reati di detenzione di materiale pornografico di modica quantità (art. 600-quater comma 1 c.p.) e di corruzione di minorenni (art. 609-quinquies c.p.).

Essendo tali reati puniti con la reclusione non superiore nel massimo a tre anni e valutata la riduzione della pena fino ad un terzo, quale effetto della scelta del rito speciale, i responsabili di tali reati, così come di quelli previsti dall'art. 600 bis comma 2 c.p.<sup>296</sup> e dall'art. 600-ter comma 4 c.p.<sup>297</sup>, potranno accedere anche al patteggiamento c.d. semplice, godendo del corredo premiale di cui all'art. 445 c.p.p.<sup>298</sup>

---

<sup>295</sup> TRIOLO G., *La legge sugli abusi sessuali contro l'infanzia: ragionevoli esigenze punitive e principio di offensività* in *Legislazione Penale* n. 2/2008, p. 208; MAFFEI S., *Commento art. 444 c.p.p.* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, p. 936.

<sup>296</sup> La fattispecie punisce chi compie atti sessuali a pagamento con un minore di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni.

L'accesso al patteggiamento semplice, inoltre, potrà essere consentito anche nel caso di reati espressamente esclusi dal patteggiamento allargato, se la condotta tenuta dall'autore sarà tale da contenere la pena, una volta diminuita fino ad un terzo, entro i due anni di reclusione. E' questo il caso delle fattispecie previste dagli artt. 600-bis comma 3 c.p., 600-ter comma 3 c.p. e 609-bis commi 2 e 4 c.p.<sup>299</sup>

Il legislatore, dunque, non solo non impone un divieto generalizzato per i *sex offenders* di accedere al patteggiamento, ma permette loro, nelle ipotesi di minor gravità, di godere dei benefici connessi al rito speciale "nella versione *minor*".<sup>300</sup>

Si consideri poi che, per tutti i reati sessuali, è possibile procedere mediante il giudizio abbreviato il cui accesso, scelta esclusiva e insindacabile dell'imputato, non è subordinato al consenso né del pubblico ministero, né del giudice.

Se l'intenzione del legislatore era quella di evitare vantaggiose riduzioni di pena per gli autori di tal genere di crimini, la mancata modifica dei presupposti per accedere al rito abbreviato vanifica l'obiettivo poiché, grazie ad esso, gli sconti di pena potranno essere ancora maggiori rispetto a quelli ottenibili mediante il patteggiamento<sup>301</sup>.

Vero è che, a differenza di quest'ultimo, il rito abbreviato consente alla parte civile di esercitare il suo diritto al risarcimento direttamente in sede penale; ma è altrettanto vero che l'applicazione dell'attenuante del risarcimento del danno, per ridurre il *quantum* di

---

<sup>297</sup> Punisce, in via residuale, la condotta di chi "consapevolmente cede ad altri anche a titolo gratuito, materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto."

<sup>298</sup> Art. 445 c.p.p.: "Effetti dell'applicazione della pena su richiesta 1. La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento né l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale. 1-bis. Salvo quanto previsto dall'articolo 653, la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi. Salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna 2. Il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale, e se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena."

<sup>299</sup> NIGRO M., *Le norme processuali e penitenziarie in Diritto penale e processo* n. 8/2006, pp. 951-952.

<sup>300</sup> L'espressione è di AMODIO E. *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo in Cassazione penale* n. 10/2006, p. 3410.

<sup>301</sup> MUGNAINI S., *La nuova disciplina in tema di prostituzione e pornografia minorile: testi e contesti in Legislazione Penale* n. 2/2008, p. 197 *contra* GERACI M.R. *La legittimità del patteggiamento allargato in Cassazione Penale* n. 6/2007, p. 2454.

pena ed accedere al patteggiamento, potrebbe consentire alla vittima di ottenere il risarcimento in tempi brevi.<sup>302</sup>

Occorre, inoltre, chiedersi se non possa costituire un vantaggio per la vittima quello di evitare di contribuire all'accertamento dei fatti, richiesto dal rito abbreviato, ma non dal patteggiamento.<sup>303</sup>

La vittima, infatti, non solo potrebbe condividere con l'imputato l'interesse ad una rapida definizione del procedimento, privo di pubblicità e sottratto all'attenzione mediatica, ma potrebbe anche desiderare di evitare il trauma emotivo di deporre come testimone e di esporsi alle frustrazioni del processo.<sup>304</sup>

Si badi, infine, che il ricorso all'istituto di cui all'art. 444 c.p.p. eviterebbe l'intervento della prescrizione del reato, che spesso trova spazio a causa delle lungaggini del procedimento ordinario e che la sentenza di patteggiamento, al pari della sentenza di condanna pronunciata al di fuori del rito speciale, non esclude, ai sensi dell'art. 609-nonies c.p., l'applicazione di pene accessorie, non solo, spesso, più afflittive delle pene principali, ma concretamente più efficaci per proteggere la vittima dall'autore del reato<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> Fa notare MUGNAINI S., *La nuova disciplina in tema di prostituzione e pornografia minorile: testi e contesti* in *Legislazione Penale* n. 2/2008, p. 197 come spesso il tipo di ambiente in cui avvengono tali gravi delitti “*disincentiva di per sé, la proposizione della domanda risarcitoria*”. Basti pensare al caso in cui la violenza sia commessa nel contesto familiare degradato, che costringe ad esercitare l'azione per il risarcimento del danno nei confronti del prossimo congiunto oppure ancora quando si verificano nell'ambito di associazioni criminali, che attraverso azioni intimidatorie, dissuadano dal richiedere il risarcimento e dal proseguire l'azione.

<sup>303</sup> L'art. 2 del progetto di legge 718/C in materia di patteggiamento “allargato” prevedeva di attribuire alla persona offesa un ruolo attivo nella scelta del rito, potendo proporre le proprie osservazioni anche a mezzo di difensore.

<sup>304</sup> In tal senso si sono espressi i primi commentatori della legge n. 38/2006: così ERAMO F. *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet. Ombre e luci*. in *Famiglia e Diritto* n. 1/2007, p. 14; MUGNAINI S., *La nuova disciplina in tema di prostituzione e pornografia minorile: testi e contesti* in *Legislazione Penale* n. 2/2008, p. 197. Il rischio è, invero, attualmente ridimensionato dalle modifiche introdotte dalla legge n. 38/2009 che ha esteso le tutele originariamente previste solo per il minore testimone anche all'offeso maggiorenne. Sul punto si veda il capitolo 3 § 2.1.

<sup>305</sup> Ai sensi dell'articolo 609-nonies c.p. “*la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies c.p. comporta: 1) la perdita della potestà del genitore, quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato; 2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela ed alla curatela; 3) la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione della persona offesa. La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter e 609-octies, se commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto, 609-quater e 609-quinquies, comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da*

Il divieto di patteggiamento per gli autori di reati sessuali non appare, dunque, come una scelta legislativa fatta a tutela della vittima, ma rispecchia l'intento punitivo del legislatore, *“funzionale soltanto ad esigenze di rassicurazione dell'opinione pubblica, a cui si vuole inviare il messaggio che con gli autori di certi reati lo Stato non scende a patti.”*<sup>306</sup>

### **2.2.2 La modifica dell'art. 4 – bis ord. pen.**

L'art. 4 – bis, introdotto dal d.l. 152/1991 convertito con legge n. 203/1991 introduce nel sistema penitenziario una disciplina speciale di accesso alle misure alternative alla detenzione per i detenuti che si presumono socialmente pericolosi, distinti in base al titolo di reato su cui si è fondata la loro condanna.

Il peculiare trattamento penitenziario previsto dalla norma risponde alla logica del c.d. “doppio binario”, che consiste nella creazione di regime carcerario differenziato e più duro per i condannati di delitti ritenuti più gravi e in grado di destare il maggior allarme sociale<sup>307</sup>.

Oltre alla presunzione, pressochè assoluta, di pericolosità sociale grava su questi condannati anche *“la convinzione di una rieducazione impossibile più nei fini che nei mezzi”*, che ha come conseguenza l'aprioristica *“rinuncia, sottintesa, al perseguimento di un traguardo reputato irraggiungibile.”*<sup>308</sup>

Queste ragioni, insieme all'intuitiva funzione general-preventiva a cui la norma assolve, giustificano la limitazione dell'accesso e, in alcuni casi, la totale esclusione di questi soggetti dai benefici penitenziari, che pacificamente rappresentano uno strumento di rieducazione e un'opportunità di reinserimento sociale<sup>309</sup>.

---

*ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori”.*

<sup>306</sup> VIGONI D., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti* in AA.VV. *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, 2003, p. 156.

<sup>307</sup> CASAROLI G., voce *Misure alternative alla detenzione* in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 15

<sup>308</sup> PRESUTTI A., *“Alternative” al carcere e regime delle preclusioni* in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 83 e ss.

<sup>309</sup> PRESUTTI A., *“Alternative” al carcere e regime delle preclusioni* in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 61.

Originariamente pensata per i condannati per i c.d. reati “di mafia” e “di eversione”, la norma vede progressivamente estendere il proprio ambito applicativo, attraverso le ripetute interpolazioni, che hanno implementato il novero dei reati in essa previsti..<sup>310</sup>

La dottrina<sup>311</sup>, nel tentativo di “riordinare” la disposizione<sup>312</sup>, individuò, in base alle condizioni di accesso dei detenuti ai benefici penitenziari, tre categorie normative.

La prima categoria (art. 4-bis ord. pen. I comma I periodo) si riferiva ai detenuti ed internati per i delitti elencati nel I comma I periodo dell’art. 4- bis ord. pen<sup>313</sup>. A costoro l’accesso ai permessi premio, al lavoro esterno e alle misure alternative alla detenzione era consentito solo nei casi in cui avessero deciso di collaborare con la giustizia a norma dell’articolo 58-ter ord. pen.<sup>314</sup>, ossia si fossero adoperati, dopo la condanna, per evitare che l’attività delittuosa fosse portata ad ulteriori conseguenze o avessero offerto all’autorità competente elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per la individuazione o la cattura degli autori dei reati. In questo caso si mostrava indispensabile una collaborazione fattiva ed efficace per accedere ai benefici penitenziari. In mancanza di questo presupposto l’accesso ai benefici, per questi condannati, era precluso.<sup>315</sup>

---

<sup>310</sup> La norma è stata successivamente modificata dalla legge 4/2001, dalla legge n. 92/2001, che include alcune ipotesi aggravate e fattispecie associative di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, dalla legge n. 189/2002 che ha aggiunto ai reati scopo quelli in tema di immigrazione clandestina di cui all’art. 12 comma 3 e 3 – bis e 3-ter T.U. 286/1998 e infine la legge n. 38/2006 per la quale vedi *infra*.

<sup>311</sup> A. MARTINI, *Commento Art. 15 D.L. 8/6/1992 n. 306 in Legislazione Penale 1993*, p. 189; S. DELSIGNORE *Commento art. 4-bis, L. 26 Luglio 1975, n. 354 in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, (a cura di) Cadoppi, Padova, 2006

<sup>312</sup> La struttura dell’art. 4-bis ord. pen. è attualmente mutata per effetto delle modifiche intervenute con la legge n. 38/2009. Sul punto si veda il capitolo 3 § 2.2.

<sup>313</sup> Sono i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, il delitto di cui all’art. 416 – bis c.p., i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo o per agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, i delitti di cui agli artt. 600, 601,602 e 630 c.p., il delitto previsto dall’art. 291-quater del d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43 (TU in materia doganale), il delitto di cui all’art. 74 TU n. 309/1990.

<sup>314</sup> Art. 58-ter ord. pen.: *“I limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell’articolo 21, del comma 4 dell’articolo 30-ter e del comma 2 dell’articolo 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell’articolo 4-bis, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l’individuazione o la cattura degli autori dei reati. Le condotte indicate nel comma 1 sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione.”*

<sup>315</sup> E’ utile evidenziare che, in forza della sentenza della Corte Costituzionale n. 306 del 1993, alla collaborazione oggettivamente irrilevante è equiparata la collaborazione impossibile, perché (ricorrendo

Nella seconda categoria (art. 4-bis ord. pen. I comma III periodo) rientravano i detenuti o internati per i medesimi delitti di cui alla prima categoria: in tal caso i benefici potevano essere concessi, purchè fossero stati raccolti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, anche quando:

- 1) la limitata partecipazione al fatto criminoso o l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità rendevano impossibile un'utile collaborazione con la giustizia;<sup>316</sup>
- 2) pur in presenza di una collaborazione oggettivamente irrilevante, nel caso in cui era stata riconosciuta in sede di giudizio una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62 n. 6 c.p. ancorchè il risarcimento del danno fosse intervenuto dopo la sentenza di condanna, o dall'art. 114 c.p. o dall'art. 116 comma 2 c.p.

In questa ipotesi, per l'accesso ai benefici, era richiesta l'assunzione della prova certa dell'insussistenza di un qualunque tipo di collegamento con la criminalità organizzata, che invece era certo al momento della commissione del fatto di reato. La norma statuiva una c.d. *probatio diabolica*, facendo gravare l'onere della prova sul detenuto.

Nella terza categoria (art. 4-bis ord. pen. I comma IV periodo) rientravano i detenuti o gli internati per i delitti previsti dal IV e ultimo periodo del I comma dell'art. 4-bis ord. pen.<sup>317</sup> Essi erano esclusi dall'ammissione ai benefici penitenziari soltanto laddove fosse dimostrata positivamente la sussistenza di collegamenti fra costoro e il crimine organizzato. In questo caso, a differenza del precedente, era necessario che il P.M. fornisse una prova positiva dell'esistenza di legami di qualsivoglia natura con ambienti o persone appartenenti alla criminalità organizzata.

---

sempre i requisiti legali di cui si è detto) "fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipanti pertinenti al livello superiore". La Corte Costituzionale ha riconosciuto l'eccessivo rigore del regime restrittivo introdotto escludendo l'operatività del divieto di concessione dei benefici nei confronti dei condannati che si trovano nell'incolpevole impossibilità di collaborare per l'ormai avvenuto accertamento dei fatti e delle responsabilità o per la minima partecipazione al reato commesso (Corte Cost. sent. n. 357/1994).

<sup>316</sup> Ciò in virtù delle pronunce della Corte Costituzionale di cui alla nota precedente.

<sup>317</sup> Prima della modifica a tale periodo, apportata dalla legge n. 38/2006, i detenuti compresi nella c.d. terza categoria erano stati condannati per i delitti di cui agli artt. 575, 628, terzo comma, art. 629 secondo comma c.p.; per il delitto previsto dall'art. 291-ter DPR n. 43/1973 e dall'art. 73 TU n. 309/90 limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80 comma 2 del TU n. 309/1990, per il delitto di associazione a delinquere finalizzata alla commissione dei delitti disciplinati nel libro II, titolo XII capo III sez. I c.p. in tema di schiavitù, prostituzione e pronografia minorile e dagli artt. 609-bis, 609-ter, , 609-quater e 609-octies c.p. e per il delitto previsto dall'art. 12 del D. Lgs n. 286/1998.



I primi reati che offendono la sfera sessuale vengono inclusi nel regime di cui all'art. 4-bis ord. pen., quali reati-fine, dalla legge 23 dicembre 2002 n. 279 che inserisce nel dettato della norma l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati contro la personalità individuale (compresi nel libro II, titolo XII capo III sez. I c.p. in tema di schiavitù, prostituzione e pornografia minorile) e contro la libertà sessuale quali la violenza sessuale, gli atti sessuali con minorenni, la corruzione di minorenni e la violenza sessuale di gruppo

Inseriti nella terza categoria, la constatazione che i reati sessuali venissero presi in considerazione solo come reati-scopo e non come fattispecie autonome, sembrò coerente con le finalità dell'istituto, vista la facile equiparazione fra questi e i reati di criminalità organizzata, in funzione dei quali la norma era stata originariamente pensata.<sup>318</sup>

E' la legge n. 38 del 2006 a rafforzare la tendenza all'irrigidimento del trattamento penitenziario per i *sexual offenders*, che raggiungerà l'apice con le modifiche apportate dalla legge n. 38/2009 e di cui più avanti si dirà<sup>319</sup>. Non solo viene limitato l'accesso ai benefici penitenziari, ma viene anche esclusa, per i *sexual offenders* la possibilità di espiare la pena in regime di detenzione domiciliare<sup>320</sup>.

Per la prima volta i reati sessuali vengono contemplati dall'art.4 – bis ord. pen. come fattispecie autonome: la legge n. 38/2006 inserisce, infatti, nell'ultimo periodo del primo comma della norma i delitti di induzione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione minorile, pornografia minorile, con riferimento alle sole ipotesi previste dal primo e secondo comma, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della

---

<sup>318</sup> GIORIS B., *Commento* al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3 in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 461

<sup>319</sup> Alcuni segnali sporadici della maggior severità nel trattamento penitenziario dei condannati sessuali sono da collocare in epoca precedente al 2006. Due sono i provvedimenti normativi da cui emerge questa tendenza: l'art. 1 comma 3 lett. a) della legge 1 agosto 2003 n. 207 che esclude, per i condannati in data anteriore all'entrata in vigore della norma, la sospensione condizionata della parte finale della pena detentiva nel limite massimo di due anni (c.d. indultino) “quando pena è conseguente alla condanna per i reati indicati dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I e dagli artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, nonché dall'art. 4-bis della legge 26.7.1975 n. 354 e successive modificazioni” e l'art. 7 comma 2 della legge 5 dicembre 2005 n. 251c.d. che escludeva i condannati per i delitti “previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale” dal trattamento penitenziario generalizzato che prevede che il condannato di età superiore a settanta anni che non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né recidivo può scontare la pena nella propria abitazione o in un luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza. Per le novità introdotte sotto questo profilo dalla legge n. 38/2009 si veda il capitolo 3 § 2.2.

<sup>320</sup> L'art. 47-ter comma 1-bis esclude dall'ambito di applicazione della detenzione domiciliare i reati inclusi nell'elenco di cui all'art. 4-bis ord. pen.

prostituzione minorile, atti sessuali con minorenni e violenza sessuale semplice, aggravata e di gruppo<sup>321</sup>.

Il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena, che deriva dalla lettura combinata degli artt. 4-bis ord. pen. e 656 comma 9 c.p.p.<sup>322</sup> e l'interpretazione che viene data alla norma dalla giurisprudenza di legittimità<sup>323</sup> accentuano la durezza della risposta punitiva riservata ai condannati per reati sessuali.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 38/2006 era sorto un contrasto giurisprudenziale in ordine alla sospensibilità dell'esecuzione della pena per i condannati per i delitti previsti dagli artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p. L'orientamento maggioritario<sup>324</sup> sosteneva che ad essi si applicava il divieto della sospensione condizionale solo se costituivano reati-fine della fattispecie prevista dall'art. 416 c.p., mentre l'orientamento minoritario<sup>325</sup> riteneva, quasi anticipando la riforma legislativa del 2006, che essi dovevano essere considerati come reati autonomi e

---

<sup>321</sup> La legge n. 38/2006 oltre alle fattispecie ivi indicate aggiunge all'art. 4-bis ord. pen. anche il delitto di associazione per delinquere ex art. 416 c.p. finalizzato alla commissione del delitto previsto dall'art. 609-ter c.p. Lo spirito della legge emerge con forza dai lavori preparatori. In particolare si evidenzia la proposta, poi caduta, presentata il 2 agosto 2001 su iniziativa dei deputati Marras e Vitali di inserire, successivamente all'art. 4-bis ord. pen. l'art. 4-ter che avrebbe imposto il divieto assoluto di concessione di benefici per i condannati per taluno dei reati previsti dalla legge 3 agosto 1998, n. 269 e dall'articolo 600-octies del codice penale.

<sup>322</sup> Secondo l'art. 656 comma 9 c.p.p.: “ *la sospensione dell'esecuzione (...) non può essere disposta nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis della legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modificazioni.* ”

<sup>323</sup> Secondo Corte di Cassazione S.U. n. 24561/2006: “ *Le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e pertanto (in assenza di una specifica disciplina transitoria) soggiacciono al principio tempus regit actum e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 cost. (Sez. Unite 06/233976: in applicazione di tale principio le sezioni unite hanno ritenuto che, in un caso in cui vi era stata condanna per il delitto di violenza sessuale, la sopravvenuta inclusione di tale delitto per effetto dell'art. 15 legge 6 febbraio 2006 n. 38 tra quelli previsti dall'art. 4-bis ord. pen. in quanto tali e non più soltanto come reati-fine di un'associazione per delinquere, comportasse l'operatività, altrimenti esclusa, del divieto della sospensione dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p. non essendo ancora esaurito il relativo procedimento esecutivo al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa).* Deve, inoltre, evidenziarsi che l'orientamento della Corte di Cassazione è costante nell'affermare che, in assenza di una disciplina transitoria, le norme che disciplinano l'esecuzione della pena e le misure alternative alla detenzione, comprese le condizioni richieste per la concessione di queste ultime, non possono essere ritenute di natura sostanziale, non prevedendo esse nuove ipotesi di reato né modificando ipotesi di reato già previste da altre disposizioni di legge penale e, pertanto, non sono soggette al principio di irretroattività previsto dall'art. 25 Cost. e dall'art. 2 c.p. (Cass. Pen. sez. I, n. 193366/1993; Cass. Pen. sez. I n. 199591/1994; Cass. Pen. Sez. I n. 215217/1999; Cass. Pen. sez. I n. 234294/2006)

<sup>324</sup> Fra le tante Cass. sez. III n. 45617/2005 De Michieli; Cass. sez. III n. 33329/2003, Bramante; Cass. sez. I n. 45467/2005, Cafarella.

<sup>325</sup> Cass. sez. III 26 marzo 2004, Moncada, RV 229054; Cass. sez. III 26 gennaio 2004, Ceraulo, RV 227118.

quindi, anche in assenza del vincolo associativo, l'esecuzione della pena non poteva essere sospesa.

La *querelle* è, poi, stata chiarita dall'intervento delle Corti di Cassazione a Sezioni Unite che, nella sentenza n. 24561/2006, ha accolto l'orientamento maggioritario precedentemente invalso e ha chiarito che il divieto di sospensione condizionale si applica anche alle fattispecie sessuali autonomamente considerate, ma solo per effetto della novella apportata dalla legge n. 38/2006.

La prima intuitiva conclusione è che per i condannati per uno dei reati sessuali indicati all'art. 4-bis comma 1 ord. pen., il carcere rappresenta, dopo l'entrata in vigore della legge n. 38/2006, l'unico modo di espiazione della pena detentiva, anche nel caso in cui questa sia breve. Il divieto di sospendere l'esecuzione della pena opera, tra l'altro, anche nel caso in cui costoro possano usufruire dei benefici penitenziari, poiché risultino assenti i legami con la criminalità organizzata.<sup>326</sup>

Il detenuto, quindi, dovrà prima di poter legittimamente inoltrare l'istanza, anche se non risultino collegamenti con la criminalità organizzata, attendere di scontare il *quantum* di pena che le singole norme sulle misure alternative impongono ai condannati per i delitti indicati nell'art. 4-bis ord. pen.<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> NATALINI A. *Delitti sessuali, addio benefici carcerari. Sospensione della pena sempre vietata in Diritto e Giustizia*, n. 31/2006, p. 28; S. DELSIGNORE *Commento art. 4-bis, L. 26 Luglio 1975, n. 354 in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, (a cura di) Cadoppi, Padova, 2006, p. 1008.

<sup>327</sup> L'assegnazione al lavoro all'esterno ex art. 21 ord. pen. può essere disposta solo dopo l'espiazione di almeno 1/3 della pena per i condannati per uno dei delitti ex art. 4-bis ord. pen. e comunque di non oltre cinque anni; la concessione dei permessi premio ex art. 30-ter ord. pen. comma 4 lett. c da per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro, è ammessa nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nel comma I dell'art. 4-bis, solo dopo l'espiazione di almeno metà della pena e comunque di non oltre 10 anni; per la concessione della semilibertà ex art. 48 ord. pen. se la pena dell'arresto o della reclusione è superiore a 6 mesi, "il condannato per taluno dei delitti indicati nel comma I dell'art. 4-bis, può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione di almeno 2/3 della pena". Si noti che anche la possibilità di liberazione condizionale ex art. 176 c.p. è drasticamente ridotta per i sexual offenders: secondo la giurisprudenza di legittimità "quando si tratti di soggetti condannati per taluno dei delitti previsti nel comma I dell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, il beneficio è concedibile ai sensi dell'art. 2 comma 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv. con modif. in l. 22 luglio 1991 n. 203, soltanto a condizione che siano scontati almeno 2/3 della pena inflitta, salvo che i medesimi soggetti, come statuito dal successivo comma 3, rientrino nelle previsioni di cui all'art. 58 ter dell'ordinamento penitenziario, cioè abbiano proficuamente collaborato con la giustizia ovvero- in applicazione dei principi contenuti nella sentenza della Corte Costituzionale n. 68 del 1995- versino in situazioni in cui la collaborazione sia divenuta impossibile o irrilevante. In tali ipotesi trova applicazione la regola generale fissata dall'art. 176 comma I c.p. secondo cui la liberazione condizionale è concedibile, ferme le altre condizioni, quando sia stata espia almeno la metà della pena." (Cass. Pen. sez. I. n. 209371/1997).

Se è vero che la sussistenza di legami con la criminalità organizzata rappresenta nel caso di reati sessuali quasi un'ipotesi di scuola, il mancato accesso ai benefici e il susseguente effetto della permanenza in carcere del detenuto e si avrà, nella gran parte dei casi, non per la gravosità dell'onere probatorio imposto dall'art. 4-bis comma 1 ultimo periodo, ma semplicemente poiché le singole norme in materia di misure alternative, permessi premio e lavoro extramurario, impongono ai condannati per uno dei delitti indicati dall'art. 4-bis ord. pen., di aver espiato almeno una parte di pena in carcere, prima di poter esservi ammessi.

Ciò significa che per costoro le porte del carcere non si dischiuderanno, comunque, fino all'accoglimento da parte del tribunale di sorveglianza, o del magistrato di sorveglianza nel caso di permessi premio, dell'istanza che chiede l'ammissione del detenuto ai benefici e, in ogni caso, solo dopo che abbiano espiato quella parte di pena a cui tale ammissione è subordinata.

La legge del 2006 "slega", dunque, dalla componente associativa la gravità dei reati sessuali, equiparandoli ai delitti di criminalità organizzata solo sulla base dell'allarme sociale che sono in grado di destare: il pedofilo viene riconosciuto soggetto socialmente pericoloso e impossibile da rieducare al pari del mafioso e, nel delicato bilanciamento fra principi di rango costituzionale, le esigenze di difesa sociale vengono ritenute prevalenti rispetto alle garanzie individuali.

Le perplessità della modifica originano dall'uguaglianza di trattamento riservata dal legislatore a situazioni diverse tale da rendere la norma di dubbia legittimità costituzionale per contrasto con il parametro di cui all'art.3: non può non sottolinearsi, infatti, l'irragionevolezza della scelta di contrastare i reati sessuali, attraverso una disciplina configurata sulla base delle caratteristiche dei delitti di criminalità organizzata che non si rinvencono, invece, nei reati a sfondo sessuale<sup>328</sup>.

Il legislatore, imponendo il "carcere duro", dimostra di disinteressarsi della rieducazione di tal tipo di delinquenti, negando, per un cospicuo periodo di tempo, una serie di opportunità di reinserimento sociale, anche nel caso in cui costoro si siano resi responsabili di episodi bagatellari. Non vengono, infatti, escluse dall'applicazione

---

<sup>328</sup> L'ipotesi che i *sexual offenders* abbiano collegamenti con la criminalità terroristica o eversiva è, infatti, ipotesi se non inverosimile, certamente rara. Così GIORIS B., Commento al DL 23.2.2009 n. 11 – Art. 3, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 462; Così anche RESTA F. *Il decreto-legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss

dell'art. 4-bis ord. pen. le fattispecie di violenza sessuale e atti sessuali con minorenni di "minor gravità", così da portare l'interprete a concludere che la limitazione dei benefici penitenziari si estenda anche ai condannati per le ipotesi attenuate, senza che sia adeguatamente valutata la loro capacità di risocializzazione.<sup>329</sup>

La suddivisione dei condannati per tipologie di reato risulta, inoltre, in contrasto con la necessità di trattamenti individualizzati quale corollario del principio rieducativo della pena sancito dall'art. 27 comma 2 Cost.

Si ritiene quindi di poter negare che la legge n. 38/2006 si sia rivelata idonea a perseguire quegli obiettivi di sicurezza pubblica che intendeva prefiggersi: si badi al fatto che solo in rari casi il detenuto viene stato sottoposto, durante la permanenza in carcere, ad un trattamento rieducativo specifico, che possa ridurre il rischio di condotte recidivanti.<sup>330</sup> In questo senso anche l'obbiettivo, tanto blasonato, di tutela della collettività da queste gravi forme criminali esser stato adeguatamente perseguito dalla modifica del 2006, che nulla dispone in proposito<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> DEL SIGNORE *Commento art. 4-bis, L. 26 Luglio 1975, n. 354 in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, (a cura di) Cadoppi, Padova, 2006, p. 996. Si ricordi che la giurisprudenza di legittimità riconduce ai delitti di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenni anche condotte che abbiano solo minimamente leso la sfera intima della vittima, come per esempio il bacio o lo sfioramento delle zone erogene del corpo. Fra le tante Cass, 13 febbraio 2007 in *Cassazione Penale*, 2008, pp. 1039 e ss; Cass. 24 novembre 2000 in *Cassazione Penale* 2002, pp. 1430 e ss; Cass. 18 gennaio 2001 in *Foro Italiano*, 2002, II, pp. 502 e ss; Cass. 4 dicembre 1998 in *Giustizia Penale*, 1999, II, 584.

<sup>330</sup> Le problematiche legate al trattamento penitenziario dei condannati per reati sessuali verrà affrontato più compiutamente nel capitolo 3 § 2.2.

<sup>331</sup> Sulla necessità che il pedofilo debba essere curato ERAMO F., *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet. Ombre e luci in Famiglia e Diritto* n. 1/2007, pp. 13, 14. Pochi sono ancora in Italia gli istituti penitenziari in cui vi sono sezioni destinate esclusivamente ai detenuti per reati sessuali, sottoposti a programmi specifici di recupero. Fra questi il carcere di Bollate, Biella, Lodi, Prato, Roma – Rebibbia, Iglesias, Lanuser e Teramo. Il problema è aggravato dalle modifiche introdotte nell'ordinamento penitenziario dalla legge n. 38/2009. Sul punto si veda capitolo 3 § 2.2.

### **3. Prevenzione generale e accertamento delle patologie sessualmente trasmissibili: le dubbie finalità del ricorso alla perizia per accertare le condizioni di salute dell'imputato.**

#### **3.1. I problemi di compatibilità della perizia prevista dall'art. 16 l. n. 66/1996 con i principi costituzionali.**

L'art. 16 l. n. 66 del 1996 prevede che l'imputato dei reati di cui agli artt. 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-octies e 600-bis comma 2 c.p.<sup>332</sup> sia sottoposto, con le forme della perizia, ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, qualora le modalità del fatto possano prospettare il rischio di trasmissione delle patologie medesime.

Fin dalla sua entrata in vigore, la norma ha suscitato diverse perplessità tempestivamente sottolineate dalla dottrina; i primi commentatori hanno evidenziato come il collegamento fra l'accertamento introdotto dalla disposizione e "*le modalità del fatto*" riproponeva quell'odiosa indagine sulle forme di consumazione del reato che proprio la riforma del 1996 si era promessa di superare, attraverso l'unificazione delle fattispecie previgenti di atti di libidine e di violenza carnale nel delitto di violenza sessuale previsto dall'art. 609-bis c.p.<sup>333</sup>

Si era, inoltre, criticato il riferimento operato dalla norma alla persona dell'"imputato" e non dell'"indagato". Mentre una parte della dottrina ha ritenuto che ciò fosse "*funzionale a delimitare l'operatività della previsione alla sola fase successiva al giudizio*", alla presenza di una serie di elementi volti a comprovare la responsabilità del soggetto, idonei a legittimarne la sottoposizione a un trattamento così invasivo,<sup>334</sup> altra

---

<sup>332</sup> Fattispecie inserita nell'art. 16 l. n. 66/1996 dall'art. 15 l. n. 269/1998.

<sup>333</sup> AMBROSINI G., *Le norme processuali in Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, 1997, p. 96; GALANTINI N.- VIRGILIO M. *Commento art. 16 l. 15 febbraio 1996 n. 66 in AAVV Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, (a cura di) CADOPPI F., 2006, p. 964. Una parte della dottrina ha, però, sostenuto che il riferimento alle modalità del fatto risponderebbe ad esigenze di garantismo, avendo lo scopo di precisare che la disposizione non potrà essere applicata "in tutti quei casi in cui la violenza è consistita in comportamenti che non possono in alcun modo aver fatto sorgere il rischio di un contagio" Così BARTOLO P. *Gli accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili in AAVV I reati sessuali* (a cura di) CADOPPI F., Torino, 2000, p. 303.

<sup>334</sup> PIZIALI G., *Reati contro la libertà sessuale in Rivista di diritto processuale*, n. 4/1997, pp. 214-215; BARTOLO P. *Gli accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili in AAVV I reati sessuali* (a cura di) CADOPPI F., Torino, 2000, p. 305. La tesi non convince. Se gli intenti del

parte della dottrina ha, invece, sostenuto che attendere i tempi del rinvio a giudizio non tutelasse adeguatamente i diritti dell'offeso, in particolare, il suo interesse ad essere tempestivamente avvisato dell'oggettiva possibilità di aver contratto il virus dell'HIV od altre malattie sessualmente trasmissibili.<sup>335</sup>

Ma il problema principale che pone la disposizione concerne la sua legittimità costituzionale, poiché la norma impone una forma di accertamento medico da effettuarsi anche senza il consenso dell'imputato.<sup>336</sup>

Già in sede di lavori preparatori erano sorti dubbi di compatibilità fra il contenuto della norma e l'art. 32 comma 2 Cost. laddove stabilisce che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge e che la legge non può, in nessun caso, violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.<sup>337</sup> Si era poi rilevato come la legge n. 222 del 1993 sul trattamento di persone detenute affette da HIV e di tossicodipendenti non imponesse alcun obbligo di accertamento dello stato di infezione da HIV, così come l'art. 5 l. 5 giugno 1990 n. 135 "*Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS*" che, oltre a prevedere l'assoluto anonimato per chi si sottopone al test e l'obbligo di comunicare i risultati al solo interessato, statuiva al comma 3 l'impossibilità di sottoporre all'accertamento il

---

legislatore fossero stati realmente garantistici nei confronti dell'accusato, allora non sarebbero sufficienti gli elementi probatori che supportano la richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero per sottoporre l'imputato a tale trattamento, ma si sarebbe dovuto attendere l'accertamento processuale dei fatti di reato ipotizzati a suo carico. La norma avrebbe pertanto dovuto parlare di "condannato" e non di "imputato". Più convincente è quanto sostenuto da altra parte della dottrina secondo cui il riferimento all'indagato e non all'imputato si giustifica con l'operatività del regime garantistico ex art. 61 c.p.p. previsto per l'imputato e non per l'indagato. Così PORTIGLIATTI BARBOS M., *Commento art. 16 l. n.66/1996 in Legislazione Penale* n. 3-4/1996, p. 526.

<sup>335</sup> La qualità di imputato si acquista di regola, salvi i casi di giudizio immediato e di direttissimo, nel momento in cui il P.M. formula al GIP la richiesta di rinvio a giudizio al termine delle indagini preliminari, che possono durare fino a sei mesi (che decorrono dall'iscrizione del nome dell'indagato nel registro delle notizie di reato) prorogabili fino a diciotto mesi (art. 407 comma 1 c.p.p.) e in alcuni casi, fino a due anni (art. 407 comma 2 c.p.p.). Ovviamente l'HIV non è l'unica malattia sessualmente trasmissibile e diagnosticabile tramite un esame del sangue, anche se la dottrina è concorde nel ritenere che la norma è stata pensata dal legislatore proprio con riferimento all'infezione più grave e di maggior allarme sociale. ROMANO B. *Il rinnovato volto delle norme contro la violenza sessuale: una timida riforma dopo una lunga attesa in Famiglia e Diritto* n. 4/1996, pp. 1610 e ss; BRESCIANI L., *Commento dell'art. 15 l. 269/1998 in Legislazione Penale* n. 1-2/1999, p. 168; BARTOLO P. *Gli accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili in AAVV I reati sessuali* (a cura di) CADOPPI F., Torino, 2000, p. 305; MAGLIONA B., *L'accertamento dell'infezione da HIV per l'imputato di violenza sessuale: prime riflessioni medico-legali in Diritto Penale e Processo*, n. 4/1996, p. 517.

<sup>336</sup> BRESCIANI L., *Commento dell'art. 15 l. 269/1998 in Legislazione Penale* n. 1-2/1999, p. 166

<sup>337</sup> Osservazioni sorte nella riunione del 5 luglio 1995 della II Commissione giustizia della Camera dei deputati durante l'esame della proposta n. 2576 presentata il 23 maggio 1995 dalle "*deputate di tutti i gruppi parlamentari*".

soggetto che non vi avesse prestato consenso, a meno che l'esame non fosse fatto nel suo interesse e sussistessero motivi di necessità clinica.

La Corte Costituzionale dichiarò illegittima questa norma, con la sentenza n. 218 del 23 maggio 1994 che, introducendo l'obbligo di sottoporsi all'esame dell'HIV per quei soggetti che svolgono determinati servizi comportanti rischi per la salute di terzi, segnò un primo importante passo verso la progressiva erosione del principio di autodeterminazione in ambito sanitario.

La dottrina che si è attentamente interrogata sulla compatibilità costituzionale dell'art. 16 l. n. 66/1996 con il parametro costituzionale di cui all'art. 32 comma 2 Cost. ha dovuto chiarire se tale peculiare accertamento potesse qualificarsi come trattamento sanitario obbligatorio, trattandosi a tutti gli effetti di un prelievo ematico coatto imposto, dalla legge, all'imputato.<sup>338</sup>

Il trattamento sanitario, per essere compatibile con il dettato dell'art. 32 comma 2 Cost., deve rispondere allo scopo di proteggere la salute della collettività, ma soprattutto deve avere valenza terapeutica per il soggetto che vi è sottoposto.<sup>339</sup>

La norma in esame è pacificamente deficitaria sotto quest'ultimo profilo.<sup>340</sup> Il legislatore si limita a statuire che l'imputato deve sottoporsi all'esame del sangue, senza però far conseguire, nel caso di esito positivo, l'obbligo di seguire un programma terapeutico; si ritiene, pur nella confusione generata dalle finalità della norma, di poter escludere con certezza, che essa intenda fornire all'imputato la possibilità di curarsi, nel caso risulti affetto da qualche patologia e ciò è provato non solo dalla mancanza di un'esplicita previsione legale in tal senso, ma anche da una serie di ulteriori ragioni che in seguito si illustreranno.

---

<sup>338</sup> La Corte Costituzionale ha espressamente riconosciuto, nella sentenza n. 218/1994, che “*gli accertamenti che comprendono rilievi ed analisi, costituiscono trattamenti sanitari nel senso indicato dall'art. 32 Cost.*”

<sup>339</sup> Sui requisiti che caratterizzano il trattamento sanitario obbligatorio SANTOSUOSSO-TURRI, *I trattamenti obbligatori in Medicina e Diritto*, (a cura di) BARNI-SANTOSUOSSO, Milano, 1995, p. 101; VINCENZI AMATO, *Il secondo comma dell'art. 32 in Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1976, p. 167.

<sup>340</sup> GALANTINI N.- VIRGILIO M. *Commento art. 16 l. 15 febbraio 1996 n. 66 in AAVV Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, (a cura di) CADOPPI F., 2006, p. 969. Secondo gli autori la norma non risponde nemmeno alle finalità di tutela della collettività. Così anche MAGLIONA B., *L'accertamento dell'infezione da HIV per l'imputato di violenza sessuale: prime riflessioni medico-legali in Diritto Penale e Processo*, n. 4/1996, p. 515; KOSTORIS R.E., *Prelievi ematici coattivi nei procedimenti per violenza sessuale dopo la sentenza n. 238/1996 in Diritto Penale e Processo*, n. 12/1996, p. 1522



Un differente percorso argomentativo intrapreso nel tentativo di ricondurre l'art. 16 l. n. 66/1996 nell'alveo delle disposizioni costituzionali, ha condotto la dottrina ad inquadrare la previsione fra gli accertamenti peritali coattivi, che avevano trovato piena legittimazione nel nostro ordinamento, grazie alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 54/1986. In quell'occasione la Corte aveva considerato compatibile con i principi costituzionali il prelievo ematico coattivo previsto dalla legge ed ordinato dal giudice, in base all'assunto secondo cui *“non è esatto (...) che il giudice non incontri limite alcuno ai suoi poteri dispositivi in materia penale e ai mezzi per attuarli, perché l'ordinamento giuridico processuale va letto nel contesto della Costituzione e con i limiti opposti dai suoi principi fondamentali.(...) Non potrebbe il giudice disporre mezzi istruttori che mettessero in pericolo la vita o l'incolumità o risultassero lesivi della dignità della persona o invasivi dell'intimo della sua psiche, perché sarebbero in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali ex art. 2 Cost. Come non potrebbe il giudice, mediante i mezzi istruttori, mettere in pericolo la salute del periziando, perché violerebbe l'art. 32 Cost.”*<sup>341</sup> Il fatto che l'accertamento fosse espressamente previsto dal legislatore nelle garantite forme della perizia, era sembrato sufficiente per ritenere l'art. 16 l. n.66/1996 rispettoso della riserva di legge e di giurisdizione, a cui l'art. 13 Cost. subordina la legittimità di qualsiasi provvedimento limitativo della libertà personale.

Ma il “benessere” dato alla norma, in virtù delle argomentazioni usate dalla Corte nella pronuncia n. 54/1986, ebbe vita breve.

La Corte Costituzionale, infatti, dopo pochi mesi dall'entrata in vigore della legge n. 66/1996, pur ragionando sulla compatibilità fra l'accertamento sanitario coattivo e il principio dell'inviolabilità della libertà personale espresso dall'art. 13 Cost., così come era accaduto in occasione della pronuncia del 1986, giunge a conclusioni opposte con la sentenza 9 luglio 1996 n. 238. *“Il prelievo ematico - sostengono i giudici costituzionali - comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria l'esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo. E tale restrizione è tanto più allarmante in*

---

<sup>341</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 54/1986. In tale sentenza la Corte Costituzionale, pronunciandosi sulla normativa processuale previgente contenuta nel Codice Rocco, aveva respinto l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata in ordine alla facoltà del giudice di sottoporre coattivamente l'imputato ad una perizia medico-legale che, nel caso di specie, aveva ad oggetto un prelievo ematico volto ad accertare il gruppo sanguigno.

*quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona.”*

La Consulta arriva così a dichiarare costituzionalmente illegittimo l’art. 224 comma 2 c.p.p. *“nella parte in cui consente misure restrittive della libertà personale finalizzate all’esecuzione della perizia, ed in particolare il prelievo ematico, senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi e i modi in cui esse possono essere adottate.”*<sup>342</sup>

Nella prospettiva adottata con la sentenza n. 238/1996 la Corte, giudicando la generica formulazione della norma lesiva della riserva di legge prevista dall’art. 13 comma 2 Cost. in materia di libertà personale,<sup>343</sup> ritiene imponderabili *“i contrapposti valori delle garanzie inerenti alla libertà personale e alla ricerca della verità, che è funzione essenziale del processo, (...) concludendo per il sacrificio integrale del secondo a favore del primo.”*<sup>344</sup>

Gli auspici della dottrina<sup>345</sup> verso un sollecito intervento del legislatore volto, sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, a disciplinare la materia in ottemperanza ai criteri dell’art. 13 comma 2 Cost., sono stati esauditi con l’inserimento, nel codice di rito, dell’art. 224 – bis c.p.p. ad opera della legge 30 giugno 2009, n. 85, che ha dato attuazione in Italia al Trattato di Prum sulla cooperazione transfrontaliera per la lotta al terrorismo, alla criminalità transnazionale ed alla migrazione illegale.<sup>346</sup>

La nuova norma consente al giudice, con provvedimento motivato, di disporre l’esecuzione coattiva della perizia che abbia ad oggetto il compimento di *“atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quale il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo*

---

<sup>342</sup> Testualmente sentenza n. 238/1996 Corte Cost. La questione che ha dato origine ha questa pronuncia è sorta dal rifiuto dell’imputato e di altri suoi famigliari, di sottoporsi a prelievo ematico per accertare l’identità di polimorfismi genetici con quelli presenti nelle tracce di sangue rinvenute su una statua raffigurante la Madonna.

<sup>343</sup> Così MAZZACUVA N. – PAPPALARDO G., *Osservazioni in tema di prelievo ematico coattivo in L’Indice Penale* n. 2/1999, p. 487.

<sup>344</sup> BRESCIANI L., *Commento dell’art. 15 l. 269/1998 in Legislazione Penale* n. 1-2/1999, p. 172.

<sup>345</sup> MAZZACUVA N. – PAPPALARDO G., *Osservazioni in tema di prelievo ematico coattivo in L’Indice Penale* n. 2/1999, p. 488; KOSTORIS R.E., *Prelievi ematici coattivi nei procedimenti per violenza sessuale dopo la sentenza n. 238/1996 in Diritto Penale e Processo*, n. 12/1996, p. 1522

<sup>346</sup> *“ Il Parlamento ha finalmente disciplinato la coazione, per l’espletamento del prelievo di materiale biologico o di accertamenti medici, disposta dall’autorità giudiziaria nei confronti di indagati e imputati liberi e su terze persone dopo circa tredici anni dalla pronuncia di illegittimità costituzionale che ha investito lo svolgimento coattivo della perizia (sent. n. 238 del 1996).”* Così FELICIONI P., *L’Italia aderisce al Trattato di Prum: disciplinata l’acquisizione e l’utilizzazione probatoria dei profili genetici in Dossier “Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico” in Diritto Penale e Processo* 2009, p. 6.

*orale su persone viventi al fine della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici (...) se essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti”.*

Già prima delle modifiche introdotte dalla recente legge, ci si era interrogati sulla rispondenza dell'art. 16 l. n. 66/1996 all'enunciazione tassativa dei “casi” e dei “modi” dell'accertamento richiesta dalla Corte Costituzionale, ai fini della conformità della norma al parametro dell'art. 13 comma 2 Cost.

Pur essendo stata data una risposta positiva,<sup>347</sup> chi scrive ritiene che, con riferimento all'accertamento previsto dall'art. 16 l. n. 66/1996, la questione vada posta in termini diversi rispetto alla prospettiva adottata dai giudici costituzionali<sup>348</sup> e successivamente cristallizzata dal legislatore del 2009 nell'art. 224-bis c.p.p.

In entrambi i casi, infatti, la perizia, che si concreta in accertamenti invasivi sulla persona dell'imputato e contro la sua volontà, ha funzione probatoria ovvero è volta alla ricostruzione del fatto di reato che il processo intende accertare.

La nuova norma, dunque, consentirebbe di superare il problema dell'assenza del consenso dell'avente diritto al prelievo, solo se si attribuisse all'art. 16 l. 66/1996 una valenza puramente probatoria di tipo processuale.

---

<sup>347</sup> In questo senso KOSTORIS R.E., *Prelievi ematici coattivi nei procedimenti per violenza sessuale dopo la sentenza n. 238/1996* in *Diritto Penale e Processo*, n. 12/1996, pp. 1523 e ss. Secondo l'autore il presupposto dei “casi” è soddisfatto dall'individuazione della misura che, in quanto finalizzata ad accertare le patologie sessualmente trasmissibili, non può che coincidere con il prelievo ematico, a cui si può ricorrere solo per ben specifiche fattispecie di reato. Anche il requisito dei “modi” sarebbe soddisfatto, secondo l'autore, dal richiamo alle “forme della perizia” con cui il legislatore “*non si limita ad identificare il contesto in cui compiere l'atto, ma rinvia ad una specifica disciplina per il suo espletamento e dunque pure alle relative garanzie che la contraddistinguono, tra cui figurano la nomina di un difensore e di un consulente tecnico, che ha diritto di partecipare alle operazioni, formulando osservazioni e riserve.*”

<sup>348</sup> Così MAGLIONA B., *L'accertamento dell'infezione da HIV per l'imputato di violenza sessuale: prime riflessioni medico-legali* in *Diritto Penale e Processo*, n. 4/1996, p. 516 secondo cui la perizia prevista dall'art. 16 l. n. 66/1996 non è riconducibile ai mezzi istruttori a cui si riferisce la sentenza n. 238/1996 Corte Cost. “*non trattandosi di un intervento diretto, almeno in via principale, all'accertamento della verità processuale*”; giungono alla stessa conclusione con argomentazioni lievemente diverse GALANTINI N.- VIRGILIO M. *Commento art. 16 l. 15 febbraio 1996 n. 66* in *AAVV Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, (a cura di) CADOPPI F., 2006, pp. 972 e ss.

### 3.2. Le incerte finalità della norma non risolvono i dubbi di legittimità costituzionale.

I dubbi sulle finalità della disposizione sono emersi fin dai lavori preparatori. Vi è stato chi l'ha configurata come una circostanza attenuante,<sup>349</sup> chi come un'aggravante<sup>350</sup> e chi come una norma rispondente ad esigenze di massima tutela dell'offeso.<sup>351</sup>

Il legislatore, nella formulazione definitiva della disposizione, non ha preso una posizione chiara né in un senso né nell'altro, lasciando all'interprete il compito di chiarire la reale funzione della norma.

Una parte della dottrina ha sostenuto che la norma si iscriva nel più ampio disegno del legislatore votato a predisporre una disciplina dei reati sessuali che tenesse primariamente conto della tutela della vittima.<sup>352</sup>

In tal senso la sottoposizione dell'imputato al prelievo ematico corrisponderebbe all'opportunità di tranquillizzare il soggetto che ha subito la violenza, nel caso in cui l'esame risultasse negativo; in caso contrario, invece, l'offeso, tempestivamente avvisato della possibilità di aver contratto l'infezione,<sup>353</sup> potrebbe sottoporsi al controllo

---

<sup>349</sup> Così nella proposta n. 990 presentata alla Camera dei Deputati il 20 luglio 1994 dai deputati Bassi Lagostena, Tiziana Parenti, Meluzzi e Matranga secondo cui la disposizione, da inserire nell'art. 609 sexies c.p., avrebbe dovuto prevedere che *“per la persona che, dopo aver commesso i reati previsti e puniti dagli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater, si sottopone volontariamente ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, la pena è diminuita fino ad un terzo”*.

<sup>350</sup> Così nella proposta n. 1982 presentata alla Camera l'8 febbraio 1995 dai deputati Mussolini e Basile secondo la quale si prevedeva che *“prima dell'apertura del dibattito per i delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-quater, 609 quinquies e 609 sexies, l'imputato o gli imputati a loro spese, sono obbligati ad effettuare accertamenti clinici diretti ad individuare l'eventuale positività a malattie infettive e qualora le stesse venissero riscontrate, per l'imputato o gli imputati, in caso di condanna, la pena è aumentata.”* Un po' meno drastica in questo senso la proposta del 9 febbraio 1995 firmata dai deputati Viale e Frosio Roncalli che prevedeva l'aumento di pena solo per quegli imputati che non si fossero sottoposti volontariamente ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili.

<sup>351</sup> Secondo il progetto n. 1434 dell'11 ottobre 1994 redatto dai deputati Melandri e Amici *“concedere delle attenuanti a chi si sottoponga volontariamente all'accertamento delle sue condizioni di salute, in modo da escludere la sieropositività, ha il senso di tranquillizzare, almeno da questo punto di vista la vittima o in caso contrario, di dare la possibilità a chi fosse stata contagiata, di sottoporsi alle cure e di chiedere eventualmente in risarcimento danni.”*

<sup>352</sup> BRESCIANI L., *Commento dell'art. 15 l. 269/1998 in Legislazione Penale n. 1-2/1999*, p. 181; AMBROSINI G., *Le norme processuali in Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, 1997 p. 95;

<sup>353</sup> Come però correttamente fa notare PORTIGLIATTI BARBOS M., *Commento art. 16 l. n.66/1996 in Legislazione Penale n. 3-4/1996*, p. 527 *“non è stata considerata l'opportunità di includere nel testo un accenno alla tempestività degli accertamenti, sì che il comando della legge attuale prescinde dalla congruità dei tempi in cui questi vengono ad esser eseguiti.”*

clinico e, nel caso in cui risulti affetto da qualche patologia venerea, intraprendere una terapia volta, se non ad eliminare la malattia, a ridimensionarne gli effetti.<sup>354</sup>

In caso di contagio la vittima potrebbe, inoltre, ottenere dall'imputato il risarcimento per il danno non patrimoniale infertogli, salve le problematiche legate alla difficoltà di accertare il nesso di causalità fra violenza e contagio.<sup>355</sup>

Al di là delle considerazioni di tipo medico che non permettono di sapere in tempi brevi se si è contratta l'infezione,<sup>356</sup> chi scrive ritiene che se davvero l'obiettivo fosse stato quello di mettere al primo posto la persona della vittima e la tutela della sua dignità, allora il legislatore avrebbe dovuto chiedere il suo consenso alla perizia.<sup>357</sup>

L'offeso, infatti, potrebbe anche non voler sapere di essere stato contagiato oppure potrebbe deliberatamente scegliere di vivere nel dubbio. La libera autodeterminazione della vittima non sembra, dunque, essere stata adeguatamente considerata dal legislatore.

Questa tesi si presta ad una facile obiezione: ammettere che il diritto di "non voler sapere" della vittima sia degno di tutela significa consentire che quest'ultima, nel caso in cui sia stata infettata, rappresenti un pericolo per la collettività, viste le ben note modalità di trasmissione del virus.

---

<sup>354</sup> Attualmente non è ancora stata scoperta una cura che elimini gli effetti letali dell'infezione da HIV. Una parte della dottrina ha inoltre sostenuto che non è provato che la conoscenza tempestiva di aver contratto il virus consenta di sottoporsi a cure più efficaci. Per questo motivo "è fin troppo evidente, dunque, il rischio che un significativo sacrificio della libertà di autodeterminazione dell'imputato finisca per rivelarsi sostanzialmente privo di giustificazione legittimante sul piano scientifico" Così BRESCIANI L., *Commento dell'art. 15 l. 269/1998 in Legislazione Penale n. 1-2/1999*, p. 176; nello stesso senso PORTIGLIATTI BARBOS M., *Commento art. 16 l. n.66/1996 in Legislazione Penale n. 3-4/1996*, p. 527; MAGLIONA B., *Screening sierologico per l'infezione da HIV: obbligatorio o facoltativo? Riflessioni etico-giuridiche in Difesa Sociale 1994*, p. 132

<sup>355</sup> Sul problema di accertare con certezza il nesso di causalità fra stupro e infezione PORTIGLIATTI BARBOS M., *Commento art. 16 l. n.66/1996 in Legislazione Penale n. 3-4/1996*, p. 527; COMOGLIO L.P., *Misure anti-AIDS e problemi costituzionali in Il Foro Italiano*, 1988, p. 289 e ss.; AGNOLETTO V., *AIDS e violenza sessuale in Democrazia e Diritto*, 1996, pp. 174 e ss.

<sup>356</sup> Scientificamente l'infezione del virus HIV ha tempi di latenza abbastanza lunghi (4-6 mesi). Solo trascorso questo periodo, detto "periodo finestra", il prelievo ematico potrà evidenziare la presenza di anticorpi nel sangue. Ciò significa che le analisi del sangue, sia dell'imputato che della vittima, potrebbero dare un esito negativo che, seppur non veritiero, si cristallizza a causa dei tempi processuali in cui è costretto, vanificando la finalità di tutela dell'offeso che la norma si prefiggerebbe. Così AGNOLETTO V., *AIDS e violenza sessuale in Democrazia e Diritto*, 1996, pp. 172 e ss.; GALANTINI N.- VIRGILIO M. *Commento art. 16 l. 15 febbraio 1996 n. 66 in AAVV Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, (a cura di) CADOPPI F., 2006, pp. 972 e ss L'art. 16 l. n. 66/1996 non impone, infatti, che al primo controllo imposto all'imputato ne seguano altri, ad esso successivi e compiuti in tempi diversi.

<sup>357</sup> ROMANO B. *Il rinnovato volto delle norme contro la violenza sessuale: una timida riforma dopo una lunga attesa in Famiglia e Diritto n. 4/1996*, pp. 1610 e ss; GALANTINI N. - VIRGILIO M. *Commento art. 16 l. 15 febbraio 1996 n. 66 in AA.VV Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, (a cura di) CADOPPI F., 2006, p. 969

Difficile è confutare tale affermazione: con maggior onestà intellettuale, allora, si deve concludere che una delle finalità che persegue la norma non è tanto la tutela della vittima quanto, seppur indirettamente e con scarsi risultati,<sup>358</sup> la tutela della collettività.

Vi è un'altra considerazione che rafforza la convinzione che l'art. 16 l. n. 66/1996, più che la tutela del singolo, persegue scopi repressivi di difesa sociale: l'accertamento di patologie sessualmente trasmissibili, che dia esito positivo, può configurare in capo all'imputato responsabilità per reati diversi rispetto a quelli previsti dagli artt. 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-octies e 600-bis comma 2 c.p.; si pensi al reato di lesioni o di omicidio, nel caso in cui la vittima infettata muoia.<sup>359</sup>

Solo se si ammette tale finalità allora si può legittimamente concludere per la funzione probatoria della norma. Se si considerano, infatti, le tipologie di reato che i procedimenti, in cui è ammessa la perizia *de qua*, mirano ad accertare, è chiaro come l'esito del prelievo coattivo non possa provare alcunché in ordine a tali fattispecie criminose; lo strumento processuale della perizia, in questo caso, serve esclusivamente ad assicurare che l'accertamento delle patologie sessualmente trasmissibili avvenga in un contesto garantito e in modo tecnicamente e scientificamente corretto; non è, invece, utilizzato per il suo fine tipico ovvero per l'acquisizione di "*dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche*" ai fini della ricostruzione del fatto. La perizia, quindi, viene usata per finalità "atipiche" distanti da quelle che il codice di rito gli assegna quale mezzo di prova.<sup>360</sup>

Viceversa, se si ritiene che una delle funzioni della norma sia quella di assumere elementi che consentano il rinvio a giudizio dell'imputato, per ipotesi di reato diverse, rispetto a quelle previste dall'art. 16 l. n. 66/1996 e tenuto conto del potere attribuito al pubblico ministero di modificare l'imputazione previsto dall'art. 516 c.p.p., allora tale

---

<sup>358</sup> KOSTORIS R. E., *Prelievi ematici coattivi nei procedimenti per violenza sessuale dopo la sentenza n. 238/1996 in Diritto Penale e Processo*, n. 12/1996, p. 1522; GALANTINI N.- VIRGILIO M. *Commento art. 16 l. 15 febbraio 1996 n. 66 in AAVV Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, (a cura di) CADOPPI F., 2006, p. 968. BRESCIANI L., *Commento dell'art. 15 l. 269/1998 in Legislazione Penale n. 1-2/1999*, p. 177 fa notare come un'efficace forma di tutela della collettività potrebbe essere attuata solo con metodi costituzionalmente inammissibili nel nostro ordinamento non solo per gli effetti stigmatizzanti che portano con sé come, ad esempio, l'isolamento coatto dei sieropositivi, il divieto di immigrazione, forme di quarantena o di contrassegno pubblico.

<sup>359</sup> PIZIALI G., *Reati contro la libertà sessuale in Rivista di diritto processuale*, n. 4/1997, p. 215. L'autore sottolinea che se fosse questo lo scopo della norma allora sarebbe opportuno che l'accertamento fosse preliminare alla definizione dell'imputazione oggetto del processo.

<sup>360</sup> GALANTINI N.- VIRGILIO M. *Commento art. 16 l. 15 febbraio 1996 n. 66 in AAVV Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, (a cura di) CADOPPI F., 2006, pp. 970 e ss.

accertamento medico potrebbe superare il vaglio di legittimità costituzionale, anche in caso di mancato consenso dell'imputato, in quanto la perizia con cui viene effettuato rientrerebbe nella disciplina prevista dal nuovo art. 224 – bis c.p.p.

Permangono, però, sia che si propenda per una soluzione sia per l'altra, i dubbi di legittimità costituzionale che l'art. 16 l. n. 66/1996 presenta con riferimento al parametro di cui all'art. 27 comma 2 Cost. Si ricordi, infatti, che l'accusato viene obbligato a sottoporsi al prelievo quando ancora riveste la qualifica di imputato ovvero in un momento in cui la sua colpevolezza non è ancora stata accertata, con il sacrificio non solo della presunzione di innocenza, ma anche del suo diritto alla riservatezza, che certamente tutela un dato supersensibile, quale è lo stato di salute.

Alla luce di tali considerazioni, è auspicabile un intervento del legislatore che, prendendo una chiara posizione sulle finalità da attribuire alla norma, la riformuli conformemente al dettato costituzionale, poiché, nella veste attuale, essa rischia di rappresentare solo l'*“ennesima operazione di immagine con la quale, legiferando ancora una volta sotto una spinta emotiva, si intendono inviare all'opinione pubblica messaggi tranquillizzanti”*, ma di fatto non veritieri.<sup>361</sup>

---

<sup>361</sup> Intervento dell'On. Salvato nella seduta della Camera del 14-12-1995.

## Capitolo 3

### **Il processo penale con funzione di prevenzione generale: il caso emblematico dei reati sessuali dopo la legge n. 38/2009**

#### **1. Il rafforzamento della prevenzione generale nella nuova disciplina dei reati sessuali: le novità “inquisitorie” della fase delle indagini.**

##### **1.1. La custodia cautelare in carcere obbligatoria per i *sex offenders***

E' lo stesso Governo a denunciare lo spirito della recente riforma, laddove nel Preambolo al decreto Legge n. 11/2009, la descrive come finalizzata ad *“assicurare una maggiore tutela della sicurezza della collettività, a fronte dell’allarmante crescita degli episodi collegati alla violenza sessuale, attraverso le norme finalizzate al contrasto di tali fenomeni e ad una più concreta tutela delle vittime dei suddetti reati (...)”*<sup>1</sup>

L’orientamento general-preventivo espresso dall’esecutivo, è stato trasferito nella legge n. 38/2009 che, a livello processuale, lascia pressoché immutata la disciplina dibattimentale in materia di reati sessuali, incidendo invece cospicuamente sulla fase delle indagini preliminari e sui suoi istituti tipici; rafforza i poteri delle autorità inquirenti e correlativamente limita i diritti di libertà dell’indagato, suscitando qualche dubbio di legittimità costituzionale, di cui a breve si dirà.

Indicativa di questa tendenza è la modifica di cui all’art. 275 comma 3 c.p.p., che ha comportato l’ampliamento delle ipotesi di custodia cautelare in carcere “obbligatoria”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Preambolo del Decreto Legge 23 febbraio 2009 n. 11, convertito con modificazioni in legge 23 aprile 2009 n. 38, in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2009.

<sup>2</sup> Durante la discussione in Assemblea dell’8 aprile 2009, l’On. Lussana così risponde all’On. Mantini, che sosteneva la natura obbligatoria della nuova ipotesi di custodia cautelare in carcere: *“ (...) ho sentito parlare di automatismo, dunque di obbligo della custodia cautelare in carcere anche in assenza delle esigenze cautelari. Vorrei dire anche all’onorevole Mantini che non è assolutamente così. È vero che con*



Un breve *excursus* storico sulle modifiche apportate alla disciplina della custodia cautelare in carcere è funzionale a mettere in luce come la novella introdotta dalla legge 23 aprile 2009, n. 38 costituisca un vero e proprio “ritorno al passato”<sup>3</sup> di impronta inquisitoria.

L’introduzione dei principi di proporzionalità e adeguatezza e del criterio dell’*extrema ratio* secondo cui “*la custodia in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata*”, inseriti nella formulazione originaria dell’art. 275 c.p.p., furono il frutto della volontà legislativa di eliminare quell’automatismo detentivo che aveva caratterizzato l’impianto processuale vigente sotto il Codice Rocco<sup>4</sup>, restituendo così al giudice il potere di valutare, sulla base dei presupposti legislativamente previsti dagli artt. 273 e 274 c.p.p. se, nel caso concreto, si rendesse necessaria l’applicazione della misura cautelare più afflittiva.

Da ciò discendeva che, in via generale, i provvedimenti interinali, restrittivi della libertà personale, potevano essere legittimamente applicati solo se il giudice fosse stato in grado di motivare non solo in ordine alla sussistenza del *fumus commissi delicti*, ma anche in ordine all’esistenza di un effettivo *periculum libertatis*. Inoltre, con riferimento alla custodia cautelare in carcere, la motivazione doveva estendersi anche ai profili che portavano il giudice a considerare la misura come l’unica idonea, fra quelle *ex lege* previste, a soddisfare le esigenze cautelari di cui all’art. 274 c.p.p.

Invero, tale impianto fortemente garantista e rispettoso dei diritti di libertà previsti dalla Costituzione, subì dei duri colpi a pochi anni dall’entrata in vigore del nuovo codice, a causa dell’allarme sociale causato dal fenomeno mafioso.

La necessità di contrastare la criminalità organizzata portò, infatti, all’emanazione del d.l. 13 maggio 1992 n. 152<sup>5</sup>, convertito con la legge 12 luglio 1991 n. 203, che

---

*la lettera a), novellando l’articolo 275, noi deroghiamo al principio generale, prevedendo la custodia cautelare in carcere come misura prioritaria. Di conseguenza, deroghiamo al principio generale per cui si dovrebbe provvedere alla custodia cautelare in carcere, solo salvo quando un’altra misura non risulti chiaramente adeguata.”*

<sup>3</sup> MOSCARINI P., *L’ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Diritto Penale e Processo* n. 2/2010, pp. 229.

<sup>4</sup> L’art. 253 del codice di procedura penale previgente, richiedeva per i reati più gravi, l’emissione obbligatoria del mandato di cattura, a fronte dell’esistenza in capo all’imputato dei “sufficienti indizi” di cui all’art. 252 del medesimo codice.

<sup>5</sup> Il d.l. 13 maggio 1992 n. 152 recante “Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e di buon andamento dell’attività amministrativa” introduceva la “cattura obbligatoria” per molti reati fra come ad esempio il reato di devastazione, saccheggio o strage per attentare alla sicurezza dello Stato, guerra civile, associazione di tipo mafioso, strage, omicidio volontario, rapina aggravata, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione, delitti commessi per

reintroduceva per un ampio catalogo di reati, un'ipotesi di custodia cautelare in carcere obbligatoria sulla base del solo *fumus commissi delicti*. L'unica possibilità per l'indagato/imputato di uno di questi gravi delitti di evitare la custodia cautelare in carcere era di riuscire a dimostrare l'insussistenza delle esigenze cautelari o la possibilità che vi fossero misure diverse idonee a soddisfarle.

Quest'ultima eventualità fu presto eliminata da un successivo provvedimento, anch'esso di stampo emergenziale, il d.l. 9 settembre 1991 n. 292 convertito nella legge 8 novembre 1991 n. 356<sup>6</sup>, che eliminava per tali reati la possibilità di ricorrere ad una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere, stabilendo, in procedimenti per reati di tal genere, un'alternativa "secca" fra mantenimento della libertà e restrizione in carcere.

La severità della disciplina fu attenuata pochi anni più tardi, con la legge 8 agosto 1995 n. 332 recante "*Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa*", che riduceva drasticamente l'elenco dei reati di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., limitandoli a quelli di associazione mafiosa, alle condotte di agevolazione delle attività della criminalità organizzata e ai c.d. delitti "fine" commessi nell'ambito delle medesime organizzazioni previsti dall'art. 416 – bis c.p.

L'art. 2 della legge n. 38/2009 modifica il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. restaurando, seppur parzialmente<sup>7</sup>, il regime antecedente alla legge del 1995<sup>8</sup>.

Viene nuovamente ampliato il catalogo dei reati per cui il giudice deve emettere ordinanza di custodia cautelare, verificata la sola sussistenza dei gravi indizi di

---

finalità di terrorismo od eversione dell'ordine costituzionale puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci, produzione, traffico o detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ecc. ecc.

<sup>6</sup> Il d.l. 9 settembre 1991 n. 356 recava "*Disposizioni in tema di custodia cautelare, di avocazione dei procedimenti penali per reati di criminalità organizzata e di trasferimenti di ufficio dei magistrati per la copertura di uffici giudiziari non richiesti.*", emanato sulla scia delle stragi di Capaci e di Via d'Amelio.

<sup>7</sup> I primi commentatori della novella hanno da subito evidenziato l'incoerenza del legislatore che, nonostante il preannunciato intento di seguire una logica di prevenzione generale, non ha incluso nell'elenco delle ipotesi di custodia in carcere obbligatoria, gravi fattispecie come la rapina aggravata (art. 628 comma 3 c.p.), l'estorsione aggravata (art. 628 comma 2 c.p.), il traffico di ingenti quantitativi di stupefacenti (art. 73 e 80 comma 2, DPR n. 309/1990), che invece la legge del 1991 aveva inserito al comma 3 dell'art. 275 c.p.p. Così GASPARINI M., *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere in Guida al Diritto* n. 10/2009, pp. 48 ss.

<sup>8</sup> Rilevano questo primo effetto della legge n. 38/2009 anche i giudici costituzionali secondo i quali "*Compiendo un salto di qualità a ritroso rispetto alla novella del 1995, l'art. 2 comma 1 lettere a) e a-bis) del citato provvedimento d'urgenza riespande l'ambito di applicazione della disciplina eccezionale ai procedimenti aventi ad oggetto numerosi altri reati (...)*" Corte Cost. sent. n. 265/2010.

colpevolezza, salvo che vi siano elementi che dimostrino l'inesistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p..

Allo stato attuale della normativa vige, quindi, una presunzione di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere non solo per i delitti e le attività connesse alle associazioni mafiose di cui all'art. 416 – bis c.p., ma anche per gli indagati/imputati per i delitti di:

- associazione per delinquere diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p.;
- riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.);
- tratta di persone (art. 601 c.p.);
- acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.);
- sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.);
- associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74 D.P.R. n. 309/1990);
- associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-quater D.P.R. n. 43/1973);
- consumati o tentati con finalità di terrorismo (art. 51 comma 3- quater c.p.);
- omicidio volontario (art. 575 c.p.);
- induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis c.p.);
- pornografia minorile (art. 600-ter comma 1, 2,3 c.p.)<sup>9</sup>;
- iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-quinquies c.p.);
- violenza sessuale (art. 609 bis c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609 – quater c.p.) e violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.), salvo che ricorrano le ipotesi attenuanti.<sup>10</sup>

La dottrina, a causa delle presunzioni che la novella introduce, ha parlato di una nuova ipotesi di “obbligatorietà” della custodia cautelare in carcere.

---

<sup>9</sup> L'unica condotta esclusa dall'applicazione dell'art. 275 comma 3 c.p. fra quelle previste dall'art. 600-ter c.p. è la cessione di materiale pedopornografico.

<sup>10</sup> L'originario testo del decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11 prevedeva che fosse esclusa dall'applicazione dell'art. 275 comma 3 c.p.p. solo l'ipotesi attenuata del delitto di violenza sessuale ex art. 609 c.p. e non anche le ipotesi attenuate di cui all'art. 609 – quater c.p. e all'art. 609 – octies c.p., incluse invece in sede di conversione.

La nuova disposizione prevede, infatti, due tipi di presunzione: la prima relativa (*iuris tantum*), con riferimento all'esistenza di almeno una delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. a fronte della provata sussistenza in capo all'indagato dei gravi indizi di colpevolezza; la seconda assoluta (*iuris et de iure*) con riguardo all'adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere e alle esigenze cautelari presupposte e non sconfessate da prova contraria.<sup>11</sup>

La presunzione *iuris tantum* di esclusività della misura restrittiva più severa può essere vinta, infatti, solo se siano acquisiti elementi da cui risulti l'assenza del *periculum libertatis*<sup>12</sup>.

A tale presunzione si accompagna il rovesciamento dell'onere della prova: sarà la difesa a dover dimostrare che non sussistono esigenze cautelari volte a legittimare l'emissione dell'ordinanza che dispone la custodia cautelare in carcere.

E' questo un caso di *probatio diabolica*: i reati in esame, che, come noto, sono in grado di destare un elevato allarme sociale e sono spesso caratterizzati da condotte recidivanti, rendono alquanto arduo provare l'insussistenza di alcuna esigenza cautelare; a ciò si aggiunge una certa tendenza della giurisprudenza a motivare in ordine alla sussistenza del pericolo di fuga in maniera generica, senza circoscriverlo entro specifici parametri.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Così MOSCARINI P., *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Diritto Penale e Processo* n. 2/2010, pp. 229; Secondo DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali in Archivio della nuova procedura penale* n. 4/2009, pp. 427 e ss, la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere avrebbe valore di presunzione *iuris tantum*.

<sup>12</sup> Sulla *probatio diabolica* imposta dall'art. 275 comma 3 c.p.p. si erano già espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 5 ottobre 1994, Demitry in *Cass. Pen.* 1995, pp. 842 e ss. secondo cui " *in presenza d gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati nell'art. 275 comma 3 c.p.p., deve essere senz'altro applicata la misura della custodia cautelare in carcere, senza necessità di accertare le esigenze cautelari che sono previste dalla legge. Ne consegue che al giudice di merito incombe solo l'obbligo di dare atto della inesistenza di elementi idonei a vincere tale presunzione, mentre l'obbligo di motivazione diventa più oneroso nell'ipotesi in cui l'indagato o la sua difesa abbiano evidenziato elementi idonei a dimostrare l'insussistenza di esigenze cautelari, dovendosi allora addurre, o quanto meno dedurre, gli elementi di fatto sui quali la prognosi positiva può essere fatta.*" Di recente *Cass. Pen. sez. IV* 22 gennaio 2008 Licciardello.

<sup>13</sup> In ordine alla tendenza a motivare in maniera generica sulla sussistenza del pericolo di fuga si riscontrano due orientamenti opposti della Corte di Cassazione; l'uno che sostiene che la probabilità del pericolo di fuga debba essere desunta da elementi concreti e non meramente congetturali (*Cass. sez. IV* 24 maggio 2007 n. 42683 in *Guida al diritto*, n. 3/2008, p. 80; *Cass. sez. IV* 27 giugno 2006 n. 29998 in *Cass. Pen.* n. 9/2007, p. 3408; *Cass. sez. III* 11 ottobre 2005 n. 40838 in *CED Cass. pen.* 2005 ; *Cass. sez. II* 2 dicembre 2005 n. 775 in *Cass. Pen.* n. 12/2006, p. 4139; *Cass. sez. VI* 25 maggio 2005, in *Cass. Pen.* 2006, p. 2550; *Cass. sez. VI* 1 aprile 1996, in *Cass. Pen.* 1997, pp. 2155), l'altro, invece, che ritiene che il pericolo di fuga non debba essere desunto esclusivamente da comportamenti materiali che rivelino l'inizio dell'allontanamento o una condotta a ciò prodromica, ma è sufficiente che le condizioni del soggetto, facciano ragionevolmente pensare ad un reale ed effettivo pericolo (*Cass. sez. VI*, 25 maggio 2005, n. 24233 in *Cass. Pen.* n. 7-8/2006, p. 2550; *Cass. Sez. VI*, 4 giugno 1996, in *Cass. Pen.*, 1997, p.

L'inoperatività del principio di adeguatezza mal cela, inoltre, una certa sfiducia del legislatore nella discrezionalità dell'organo giudicante, a cui sottrae il potere di valutare, nel caso concreto, il tipo di misura cautelare applicabile.

Viene, quindi, reintrodotta quell'automatismo detentivo, di risalente memoria, che implica la marginalizzazione del potere discrezionale del giudice, sottolineata con preoccupazione già in sede di lavori preparatori<sup>14</sup>.

Si aggiunga poi un'ulteriore considerazione: a fronte dell'incapacità della difesa di provare la sussistenza di elementi in grado di escludere il *periculum libertatis*, la cautela si fonderà esclusivamente sulla prognosi di colpevolezza dell'indagato.

Sono note le problematiche legate all'accertamento della responsabilità nei casi di reati sessuali<sup>15</sup>, che possono far sì che la colpevolezza dell'indagato non emerga immediatamente nella prima fase delle indagini. Per questo motivo è fondamentale, nel rispetto del dettato costituzionale, che venga restituito all'organo giudicante quantomeno il potere di effettuare un accuratissimo vaglio dei "gravi indizi", onde evitare gratuite restrizioni della libertà personale di soggetti assistiti dalla presunzione di innocenza.<sup>16</sup>

---

2155; Cass. Sez. III, 21 ottobre 1993, in *C.E.D. Cass.*, n. 195882; Cass. Sez. III, 23 gennaio 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1162; Sez. I, 23 novembre 1995, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 866).

<sup>14</sup> Durante la discussione in Assemblea alla Camera dei Deputati, il rappresentante dell'opposizione Rocco Buttiglione così riferisce sull'art. 2 del D.L. 11/2009: "Un discorso analogo va fatto per quello che riguarda il tema della obbligatorietà della custodia cautelare in carcere, oggetto dell'articolo 2 del provvedimento. (...) La discrezionalità è inevitabile, ogni buon ordinamento di procedura penale deve riconoscere ampi margini di discrezionalità ai magistrati, ma il magistrato che sbaglia in qualche modo dovrebbe essere sanzionato, occorre che ci sia un controllo sull'uso della discrezionalità. Togliere questa discrezionalità o diminuirla o prevedere l'obbligatorietà della custodia cautelare non è una buona politica; una buona politica sarebbe riprendere il controllo dei procedimenti interni alla magistratura e garantire che, quando un giudice sbaglia nell'uso della sua discrezionalità, quando un giudice considera che deve concedere dei benefici, laddove la legge dice soltanto che può concederli dopo opportuna valutazione, quando il giudice nell'opportuna valutazione viene meno, allora sarebbe necessario che ci fosse un qualche controllo che garantisca la sostituzione del giudice in quell'ufficio ed eventualmente una valutazione non favorevole ai fini della sua ulteriore carriera. La verità è che la discrezionalità è diventata illimitata per mancanza di controllo e adesso noi tentiamo di porre rimedio a questa situazione istituendo l'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere. È una cosa che lascia perplessi, come lascia perplessi tutto ciò che introduce regimi di eccezione, tutto ciò che crea situazioni particolari riferite ad alcuni reati, quando uno potrebbe domandarsi perché la stessa cosa non valga per altri reati forse di uguale o maggiore gravità, o di uguale o maggiore allarme sociale. (...)"

<sup>15</sup> Così ANGELETTI R., *La prova nella violenza sessuale*, Torino, 2009, pp. 221 e ss.

<sup>16</sup> In questo senso anche MARZADURI E., *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale* in *Guida al Diritto* n. 10/2009, pp. 40-41. Ciò che interessa, ai nostri fini, è la funzione della presunzione di innocenza sia come regola di trattamento, che vieta di considerare la restrizione della libertà effettuata in via cautelare, quale anticipazione della pena da infliggersi dopo la condanna, (Corte Cost. sent. n. 64/1970) sia come regola probatoria che impone che sia l'accusa a dimostrare la colpevolezza dell'indagato/imputato. Più ampiamente D'AMICO M., Art. 27 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, pp. 564 e ss., BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di),

Chi, come la scrivente, guarda con preoccupazione alla novella, poiché ritiene che essa rappresenti un retaggio del passato e non un progresso nell'affermazione delle garanzie procedurali, non può mancare di sottolineare come, alla sfiducia nell'organo giudicante si accompagni una marginalizzazione, propria del Codice di rito del 1930,<sup>17</sup> del principio di cui all'art. 27 comma 2 Cost., principio da cui l'Assemblea Costituente prese le mosse verso l'auspicato rinnovamento, in senso liberale, del processo penale.<sup>18</sup> La presunzione di adeguatezza e l'inversione dell'onere della prova in ordine alle esigenze cautelari sono una chiara dimostrazione di come il legislatore abbia trascurato la valenza processuale della presunzione di innocenza, tanto come canone probatorio, quanto come regola di trattamento<sup>19</sup>. Bene si è espressa la dottrina quando ha affermato che, nella legge di riforma dei reati sessuali, *“la custodia cautelare, quale pena anticipata e sommaria, sovente affetta da caratteri di esemplarità, diviene lo strumento immediato di appagamento dell'opinione pubblica, aldilà della presunzione di non colpevolezza”*.<sup>20</sup>

---

Torino, 2006; DOMINIONI O., *Commento all'art. 27 comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di) Branca G., Pizzorusso A. 1991, pp. 162 e ss.

<sup>17</sup> Alfredo Rocco definiva, nella Relazione al Progetto Preliminare del Nuovo Codice di Procedura Penale, la presunzione di non colpevolezza come *“una stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali; una tale enormità, una così patente inversione del senso logico e giuridico, che non può essere ammessa neppure come modo di dire.”* in *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, vol. VII, pp. 22 e ss.

<sup>18</sup> DOMINIONI O., *Commento all'art. 27 comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di) Branca G., Pizzorusso A. 1991, pp. 188 e ss.

<sup>19</sup> In sede di lavori preparatori era già stato brutalmente evidenziato come questa modifica fosse lesiva della presunzione di innocenza prevista dalla Costituzione. Secondo l'On. Mecacci: *“Questa norma è una di quelle più illiberali che siano state introdotte nel nostro ordinamento penale negli ultimi anni. Mi sembra che si rivada ai cosiddetti decreti Cossiga e alle leggi speciali contro il terrorismo, dove si estende il principio della presunzione di colpevolezza, invece di difendere il principio costituzionale della presunzione d'innocenza che (...) è l'unico principio che vige nel nostro ordinamento”*. Noi proponiamo un emendamento col quale vogliamo eliminare l'obbligo della custodia cautelare, in quanto vi sono altre forme per garantire contro la pericolosità: gli arresti domiciliari, l'obbligo di dimora e tante altre misure che sono applicate per tutti gli altri reati. Voi volete solo aizzare le piazze con la demagogia sulla violenza sessuale, che in questo Paese è diminuita invece di aumentare. È veramente una vergogna perché ci si proclama liberali e, invece, si propone questo tipo di norma.”. Secondo l'On. Zamparutti: *“con questa norma l'indagato, l'accusato è già di per sé un colpevole, che deve dimostrare la sua innocenza. Vengono scardinati i principi essenziali del nostro ordinamento. Vi è la compressione della libertà personale dei cittadini, viene sottratta del tutto al giudice la valutazione di adeguatezza delle misure.”*

<sup>20</sup> Così GARGANI A., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Premessa*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 417, che denuncia tra l'altro una preoccupante *“trasfigurazione teleologica degli istituti processuali, chiamati ad assolvere ad un anomala ed indebita funzione di giustizia “in tempo reale” in cui il giudice rischia di divenire la mera cinghia di trasmissione di un messaggio “forte” che dal legislatore deve giungere senza ostacoli o freni, direttamente ai consociati.”*

L'esigenza di rendere la novella compatibile con la riserva di legge e di giurisdizione costituzionalmente previste in materia di libertà personale si fa ancora più pressante, se si guarda all'applicazione che la giurisprudenza di legittimità ha fatto della norma riformata ai procedimenti in corso.

Il legislatore non si è fatto carico di risolvere, attraverso l'introduzione di un regime transitorio, i problemi di diritto intertemporale con riguardo alla nuova fattispecie cautelare.

*Quid iuris*, dunque, per gli indagati/imputati per uno dei delitti inseriti nel nuovo art. 275 comma 3 c.p.p. e assoggettati, nel procedimento pendente, ad una misura diversa dalla custodia cautelare in carcere?<sup>21</sup>

La risposta della recente giurisprudenza, che non si è discostata dalle indicazioni a suo tempo fornite dalle Sezioni Unite in materia di successione delle leggi processuali in ambito cautelare<sup>22</sup>, è severa.

Secondo la Suprema Corte, *“la novella dell'art. 275, comma 3, c.p.p., ad opera del d.l. n. 11 del 2009, conv. con l. n. 38 del 2009, che ha introdotto per i reati sessuali la presunzione relativa di adeguatezza soltanto della misura cautelare della custodia carceraria, impone, quale "fatto sopravvenuto", la revoca della diversa misura coercitiva in caso di applicazione e la contestuale sostituzione con quella della custodia carceraria.”*<sup>23</sup>

Si legittima, quindi, sulla scorta del principio del *tempus regit actum*, l'immediata applicazione della nuova disposizione ai procedimenti in corso e la susseguente sostituzione della misura cautelare, diversa dalla custodia intramuraria, imposta all'imputato precedentemente all'entrata in vigore della legge.

Dall'inquadramento della modifica legislativa nei c.d. *“fatti sopravvenuti”*, quale presupposto che, ai sensi dell'art. 299 comma 1 c.p.p., autorizza la sostituzione della misura cautelare, discendono due conseguenze: da un lato la sostituzione, rappresentando un aggravamento della cautela imposta, non potrà essere disposta

---

<sup>21</sup> Secondo MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 953 *“considerata la gravità dei delitti risulta poco plausibile che essi siano in stato di libertà”*

<sup>22</sup> Cass. SS UU 27 marzo 1992, Di Marco, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1992, 1481, con nota di PERONI F., *Nuovi criteri di scelta delle misure cautelari nell'art. 275 comma 3 c.p.p. e successione di leggi nel tempo.*

<sup>23</sup> Cass. Pen. sez. III 30 settembre 2009 n. 40478 ; in senso conforme Cass. Pen. sez. III 2 luglio 2009 n. 30786; Cass. Pen. sez. III 20 maggio 2009 n. 23961.

d'ufficio dal giudice, ma solo su richiesta del P.M., come dispone l'art. 299 comma 4 c.p.p., a pena di nullità<sup>24</sup>; dall'altro, trattandosi di un "fatto sopravvenuto" autoritativamente imposto, esonera il P.M. dal provare alcunché e il giudice dal motivare, in ordine alle ragioni che fondano la sostituzione della misura con quella più afflittiva.<sup>25</sup>

Un'ulteriore perplessità nasce dalla constatazione che, nei procedimenti in corso, la sostituzione della misura con la custodia in carcere avvenga quasi *de plano*, dato che il P.M. e il giudice sono rispettivamente sollevati da qualsiasi onere probatorio e motivazionale e la difesa, "messa in angolo" dal diritto intertemporale di matrice giurisprudenziale, nulla può opporre a che la sostituzione avvenga con la cautela più afflittiva, salvo ricorrano i casi di cui all'art. 275 comma 4 e 4 – bis c.p.p.<sup>26</sup>

Invero, i dubbi di legittimità costituzionale suscitati dal dettato dell'art. 275 comma 3 c.p.p. furono già sottoposti al vaglio non solo della Corte Costituzionale<sup>27</sup>, ma anche della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Così Cass. Pen. sez. III 18 novembre 2009, n. 48162 secondo cui "Le modifiche apportate all'art. 275 c.p.p. dalla legge di conversione dell'art. 2 d.l. n. 11/09 (legge n. 38/09), che comportano un aggravamento della misura cautelare per i reati di violenza sessuale, di atti sessuali con minorenne e di violenza sessuale di gruppo "salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate", non contemplano la possibilità di sostituire d'ufficio la misura coercitiva in atto con quella della detenzione in carcere, rendendosi comunque necessaria la richiesta del p.m. La mancanza di tale richiesta integra l'ipotesi di nullità di ordine generale ex art. 178, comma 1, letto b), c.p.p., insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo." In dottrina MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 953

<sup>25</sup> BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere*, in *Guida al Diritto*, n. 10/2009, p. 48; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 953

<sup>26</sup> Secondo RUGGERI S., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 2*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 433 " ... proprio perché si tratta di una fattispecie da cui discende un netto inasprimento del regime cautelare per certe imputazioni, andrebbe così rimeditato l'inquadramento (...) della problematica della successione nel tempo della legge processuale in materia di cautele personali nell'alveo del principio del tempus regit actum, non potendosi escludere (...) che essa possa trovare copertura negli artt. 25 Cost. e 2 c.p. Ne seguirebbe una sorta di divieto di reformatio in peius per le posizioni sorte prima dell'entrata in vigore della normativa."

<sup>27</sup> La Corte Costituzionale, nell'ordinanza n. 450/1995, aveva ritenuto che l'art. 275 comma 3 c.p.p. non violasse gli artt. 3, 13, primo comma, e 27 secondo comma Cost. poiché aveva ritenuto ragionevole "la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, considerato il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato" in *Giustizia penale* 1995, I, 368.

<sup>28</sup> La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto l'art. 275 comma 3 c.p.p. non in contrasto con l'art. 5, paragrafo 3 della CEDU poiché, pur ammettendo che la norma potesse apparire "eccessivamente rigida", avendo la presunzione di adeguatezza l'effetto di "impedire al giudice di adottare la misura cautelare alle esigenze del caso concreto", la disciplina si legittimava alla luce "della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso". Secondo la Corte, infatti, la carcerazione provvisoria "tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro



La posizione delle Corti, che hanno dichiarato la norma non in contrasto né con i parametri Costituzionali, né con quelli contenuti nella CEDU, non bastano però a ridimensionare le perplessità sopra denunciate.

Le pronunce, infatti, riguardano l'estensione della norma ai soli reati di criminalità organizzata di cui all'art. 416 – bis c.p.<sup>29</sup> e non risolvono le perplessità che originano dall'assimilazione di fattispecie monosoggettive, che spesso si concretano in fatti provocati da impulsi individuali di tipo passionale o occasionale<sup>30</sup>, a quelli di criminalità organizzata .

La norma, prima della riforma del 2009, seguiva una *ratio legis* precisa, che mirava a sollevare il giudice dall'onere di motivare sull'adeguatezza della misura custodiale, in modo da evitare il suo assoggettamento alle pressioni dei clan di appartenenza dell'imputato.<sup>31</sup>

E' ora possibile ricondurre la norma così novellata e pacificamente asservita ad esigenze di difesa sociale, entro i principi dell'equo processo?

La domanda che, a parere della scrivente, lasciava aperti scenari per fondati ricorsi alla Corte, volti a sollecitare la pronuncia di incostituzionalità della norma per violazione dei parametri di cui agli artt. 3, 13, primo comma, 27 secondo comma e 111 Cost.<sup>32</sup> ha trovato una pronta risposta da parte della Corte Costituzionale, secondo la quale “*l'eliminazione o riduzione dell'allarme sociale cagionato dal reato del quale l'imputato è accusato, o dal diffondersi di reati dello stesso tipo, o dalla situazione generale nel*

---

ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti” (sentenza 6 novembre 2003 Pantano Vs Italia in *Diritto penale e processo* 2004, p. 123; conforme sentenza 24 agosto 1998 Contrada vs Italia in *Studium Iuris* 1998, p. 1391).

<sup>29</sup> MARANDOLA A., *Il nuovo intervento in tema di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e agli atti persecutori* (c.d. stalking) in *Studium Iuris* , n. 12/2009, pp. 1301; RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 892 e ss.

<sup>30</sup> Ne sono un esempio non solo i reati sessualmente connotati introdotti dall'art. 2 lettera a) bis del D.L. n. 11/2009 poi convertito con legge n. 38/2009, ma anche l'omicidio volontario.

<sup>31</sup> Così si legge nel parere del CSM sul testo del D.L. 23 febbraio 2009 n. 11, p. 7; vedi anche RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.

<sup>32</sup> Che il criterio della gravità del reato sia insufficiente a sostenere la compatibilità del regime differenziato riservato dal legislatore agli indagati/imputati per alcuni reati sessuali con l'art. 3 Cost. è evidente, se si confronta il novellato art. 275 comma 3 con alcuni altri reati previsti dall'ordinamento e puniti con cornici edittali più elevate. Basti pensare che chi commette una rapina o un'estorsione aggravata, reati più severamente puniti, rispetto ad esempio al reato distribuzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600 ter comma 3 c.p., può sperare in una miglior sorte cautelare, a differenza dell'indiziato per il delitto di cui all'art. 600-ter comma 3 c.p. a cui l'art. 275 non lascia alternative diverse dalla restrizione in carcere.

*campo della criminalità più odiosa o più pericolosa, non può essere annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione.”*

Nella disamina del rapporto fra diritto penale processuale e sostanziale, la Corte sembra porre un tassello importante proprio nella sentenza n. 165/2010, con cui afferma l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 c.p.p., così come modificato dalla legge n. 38/2009.

Secondo la Corte, infatti, *“la funzione di rimuovere l'allarme sociale cagionato dal reato è una funzione istituzionale della pena perché presuppone, ovviamente, la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme e la reazione della società. Non è dubitabile, in effetti, che il legislatore possa e debba rendersi interprete dell'acuirsi del sentimento di riprovazione sociale verso determinate forme di criminalità, avvertite dalla generalità dei cittadini come particolarmente odiose e pericolose, quali indiscutibilmente sono quelle considerate. Ma a tal fine deve servirsi degli strumenti appropriati, costituiti dalla comminatoria di pene adeguate, da infliggersi all'esito di processi rapidi a chi sia stato riconosciuto responsabile di quei reati; non già un'indebita anticipazione di queste prima del giudizio di colpevolezza.”*

Rilevato, quindi, il contrasto fra *“la totale vanificazione del principio di adeguatezza”* imposto dalla norma novellata con l'art. 3 Cost, *“per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti (per reati sessuali) a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati”*, con l'art. 13 primo comma Cost. e con l'art. 27 secondo comma Cost, *“ in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.”* la Corte Costituzionale giunge, però, ad una pronuncia “moderata” che non dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 c.p.p. nella parte in cui facendo valere la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i delitti di cui agli artt. 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater c.p., *“non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.”*

La Corte, dunque, coglie l'irragionevolezza dell'equiparazione dei *sex offenders* ai responsabili di delitti associativi e ridimensiona il dettato legislativo, quasi a rimproverare il legislatore per non aver tenuto in debita considerazione il peculiare

*status* dei delinquenti sessuali, non solo, nella gran parte dei casi, soggetti attivi di reati ontologicamente individuali, ma spesso bisognosi di misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, in grado di soddisfare tanto le esigenze cautelari, quanto il principio del “*minor sacrificio necessario*”,<sup>33</sup> quale criterio guida per la restrizione della libertà personale in via cautelare<sup>34</sup>.

## **1.2. L’ampliamento dei casi di arresto in flagranza e il consequenziale ricorso ai riti speciali non premiali**

Fra le misure *de libertate*, introdotte dalla legge n. 38/2009, vi è anche l’ampliamento dei casi di arresto obbligatorio in flagranza.

Con l’inserimento della lettera *d - bis* all’art. 380 comma 2 c.p.p., le ipotesi di limitazione precautelare vincolanti per la polizia giudiziaria, sono state estese al reato di violenza sessuale di cui all’art. 609 – bis c.p., con esclusione delle fattispecie di minor gravità di cui al comma 3 del medesimo articolo, e alla violenza sessuale di gruppo di cui all’art. 609-octies c.p.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Criterio che la Corte Costituzionale ha introdotto nell’ambito della scelta delle misure cautelari nella sentenza n. 299/2005.

<sup>34</sup> Secondo la Corte Costituzionale “*con particolare riguardo alla tutela penale della libertà sessuale, si sarebbe, infatti, al cospetto di fenomeni di devianza individuale che si manifestano attraverso condotte della più diversa gravità, spesso conseguenti a patologie, le quali possono, in un non trascurabile numero di casi, risultare contenibili, sul piano cautelare, con misure diverse dalla custodia in carcere: donde un insopprimibile bisogno di differenziare, sulla base di un apprezzamento in concreto, i vari fatti riconducibili al paradigma legale e astratto.*” (Corte Cost. sentenza 7 luglio 2010 n. 165)

<sup>35</sup> La scelta dei reati a cui estendere l’arresto obbligatorio in flagranza ha, fin da subito, destato perplessità. Nel parere del CSM sul testo del D.L. 23 febbraio 2009 n. 11 si legge a tal proposito: “*(...) l’ipotesi di minor gravità di cui all’art. 609 – bis c.p. – l’unica che esclude l’automatismo dell’arresto obbligatorio in flagranza e della misura coercitiva carceraria- è, secondo l’orientamento della giurisprudenza, circostanza attenuante speciale che in quanto tale può essere oggetto di applicazione solo dal giudice all’esito della valutazione processuale di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi della vicenda. La costruzione normativa al contrario demanda un’ eccentrica valutazione del fatto di reato, al momento della notizia criminis a soggetti- la polizia giudiziaria nella fase dell’arresto e il pubblico ministero nella fase della contestazione iniziale del reato per la richiesta di misura coercitiva – non in grado, anche per la limitatezza del materiale probatorio ancora in fase di formazione, di effettuarla. Tale forzatura, pur se determinata dall’intento di evitare che, per ogni condotta suscettibile nella fattispecie di cui all’art. 609 – bis (si pensi ad esempio al contatto voluto sui mezzi di trasporto), si avvii un automatismo limitativo della libertà personale (arresto obbligatorio e custodia carceraria), è sotto il profilo tecnico, irrazionale e irragionevole*”. In senso critico anche la dottrina MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 954; DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali* in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, n. 4/2009, p. 428, che evidenzia l’irragionevolezza del mancato inserimento dell’art. 609-quater c.p. che ha, nelle ipotesi base, la medesima cornice editale prevista per l’art. 609-bis c.p.p.; sottolinea, inoltre, che l’esclusione dell’ipotesi attenuata di cui all’art. 609 c.p. si tradurrà nella prassi, a

La novella ha, quindi, trasformato l'arresto per questi reati da facoltativo a obbligatorio, determinando una drastica riduzione delle garanzie procedurali riconosciute all'indagato/imputato, di cui è possibile apprezzarne la portata solo se si contestualizza la modifica all'interno del sistema predisposto dal codice di rito.

Un primo rilievo è d'obbligo: la riforma annovera il reato di violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo fra quelli per cui operano le presunzioni dell'art. 275 comma 3 c.p.p. Ciò significa che, in sede di convalida, sarà più agevole per il P.M. ottenere la misura della custodia cautelare in carcere per l'indagato.

Come ben ha evidenziato la dottrina *“l'indagato del reato di violenza sessuale monosoggettivo o di gruppo patirà costantemente lo stato restrittivo, salvo che il fatto non risulti essere stato commesso in forma attenuata.”*<sup>36</sup>

Si palesa, così, la *ratio legis* della nuova norma che è quella di anticipare, sul piano precautelare, il trattamento rigoroso riservato a tali soggetti dall'art. 275 comma 3 c.p.p., eliminando ogni valutazione discrezionale consentita alle autorità di polizia giudiziaria dall'art. 381 comma 4 c.p.p.<sup>37</sup>

Questi aspetti della riforma manifestano appieno la logica repressiva e general – preventiva della novella, se si considera il loro rapporto con i riti alternativi che consentono l'immediata celebrazione del dibattimento, così come “plasmati” dal recente D.L. 23.5.2008 n. 92 convertito con l. 24.7.2008 n. 125.

Intuitivo è il primo collegamento: all'ampliamento dei casi di arresto in flagranza obbligatorio consegue l'aumento dei casi di ricorso al giudizio direttissimo.

L'arresto in flagranza e la confessione dell'indagato, infatti, rappresentano ai sensi dell'art. 449 c.p.p. i *“presupposti di tipo oggettivo”*<sup>38</sup> per l'instaurazione di questa forma speciale di celebrazione del giudizio.

---

causa della difficoltà di valutazione dei casi di minor gravità, nel prevalere dell' *“orientamento coercitivo”*; RUGGERI S., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 2*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 431, secondo cui l'inclusione, fra i casi di arresto obbligatorio, delle ipotesi attenuate di cui all'art. 609-octies c.p. crea dei problemi di coordinamento con la disciplina vigente nel procedimento minorile, che consente per i minori solo l'arresto facoltativo o il fermo. Si pensi, infatti, all'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 112 comma 1 n. 3 e 4 c.p., un infermo di mente o un minore degli anni diciotto sia stato spinto a commettere il reato.

<sup>36</sup> MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 953

<sup>37</sup> RUGGERI S., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 2*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 431

<sup>38</sup> Così TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008, p. 717 per distinguerli dai presupposti richiesti per l'insaturazione del giudizio immediato.

Il giudizio direttissimo non è figlio del nuovo codice di procedura penale; quest'ultimo, infatti, era già previsto dal codice del 1930, insieme al procedimento per decreto, fra le modalità di semplificazione del processo.

E' interessante sottolineare come nel Codice Rocco il giudizio direttissimo spiccasse, in un sistema prevalentemente inquisitorio, per i suoi connotati accusatori.<sup>39</sup>

In particolare, si rinveniva nel carattere di facoltatività del rito, come regola generale, lo sforzo più significativo del legislatore di conciliare le esigenze di immediatezza e di esemplarità ad esso connesse con la necessità di un adeguato accertamento della responsabilità penale che, solo se rispettata, avrebbe condotto ad una sentenza "giusta" sotto il profilo sostanziale.

Fra i presupposti che l'autorità requirente doveva valutare per procedere mediante il direttissimo vi era, infatti, non solo l'arresto eseguito in flagranza o in esecuzione di un ordine di cattura emesso entro trenta giorni dalla commissione del reato, ma anche la non necessità di condurre "speciali indagini" che, se sussistente, avrebbe imposto lo svolgimento del processo nella forma ordinaria.<sup>40</sup>

L'obbligatorietà di procedere "per direttissima", prevista in alcuni specifici casi era considerata come massima espressione dell'esigenza di esemplarità connessa a tale rito: un modo, di fronte a determinati reati, di giungere nel più breve tempo possibile alla conclusione del giudizio, inevitabilmente caratterizzato da una sommaria attività istruttoria<sup>41</sup>. Erano queste le ipotesi, per altro circoscritte, in cui il legislatore asserviva il peculiare rito alle esigenze di sicurezza collettiva.

---

<sup>39</sup> FUMU G., Art. 449 c.p.p. in *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, vol. IV (a cura di) CHIAVARIO, Torino, 1990, p. 818. Secondo BELLAVISTA G. e TRANCHINA G., *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1982, pp. 504 e ss. mentre nel procedimento per decreto vengono disattesi alcuni canoni del rapporto processuale che invece nel rito direttissimo sono rispettati. Fra questi gli autori annoverano l'osservanza di alcuni fondamentali principi del modello processuale di stampo accusatorio come ad esempio "*le regole nulla poena sine iudicio ed audiatur et altera pars. Lo stesso dicasi per la regola ne procedat iudex ex officio, che si vorrebbe violata nel monitorio e per la mancata possibilità di applicare delle norme che regolano la ricusazione dello iudex suspectus, anomalie proprie del procedimento per decreto, ignote al direttissimo.*"

<sup>40</sup> Così BELLAVISTA G. e TRANCHINA G., *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1982, pp. 502 e ss. che ritenevano che "*l'attività discrezionale del P.M. non possa né debba ispirarsi se non alla valutazione di un utile processuale che appaia necessario per salvare le due esigenze fondamentali (...) a base giustificativa dell'istituto anomalo (...)*"

<sup>41</sup> Il Codice Rocco prevedeva l'obbligatorietà del giudizio direttissimo per i reati commessi in udienza e per i delitti di falsa testimonianza, perizia o interpretazione commessi in udienza. Altre ipotesi erano previste dalle leggi speciali come ad esempio in materia di reati fascisti (d.lgs. 6 agosto 1944n. 170), in materia di porto e detenzione di armi (d.lgs. 24 agosto 1944 n. 197), per reati commessi a mezzo stampa (l. 8 febbraio 1948 n. 47) ecc. ecc.

L'impianto originario del nuovo codice di procedura penale del 1989 concepiva il giudizio direttissimo come un rito celere, che trovava la propria legittimazione nell'evidenza probatoria, qualificata dalla legge, rispondendo alle logiche dell'accertamento, prima che alla funzione intimidatoria, pur ad esso attribuibile, *“nel solco di una gradualità affidata alla discrezionalità relativa o guidata del pubblico ministero, il quale può scegliere il modo di esercizio più congeniale alle esigenze investigative poste a monte del guado”*.<sup>42</sup>

La scelta di procedere nella forma del giudizio direttissimo era, infatti, facoltativa e rimessa alla discrezionalità, seppur vincolata dai presupposti legislativamente stabiliti, del P.M.

Le forme obbligatorie non erano disciplinate dal codice di rito, ma previste da leggi speciali emanate sotto la vigenza dello stesso.<sup>43</sup>

Il breve termine di quindici giorni entro cui poteva essere chiesto il rito direttissimo testimoniava che ad esso non si sarebbe potuto procedere se non si fosse stati di fronte ad una reale evidenza probatoria, che rendesse superfluo il compimento di tutte le altre fasi processuali proprie del rito ordinario.

Parlare al passato è d'obbligo alla luce del D.L. n. 92/2008 convertito in l. n. 125/2008, che ha inciso fortemente sull'assetto normativo e funzionale conferito dal codice al giudizio direttissimo, attraverso la modifica degli artt. 449 e 450 c.p.p.

Il Decreto Legge sulla sicurezza pubblica ha introdotto all'interno del codice di rito due ipotesi obbligatorie di direttissimo nel caso in cui l'indagato abbia confessato durante l'interrogatorio (art. 449 comma 5 c.p.p.) e quando sia stato arrestato in flagranza di reato e l'arresto sia stato convalidato dal giudice per le indagini preliminari (art. 449 comma 4 c.p.p.).<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> DE CARO A., *La riforma del giudizio direttissimo in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, pp. 156 e ss.

<sup>43</sup> Sono attualmente previste figure particolari di giudizio direttissimo obbligatorio in materia di armi ed esplosivi (art. 12 -bis l. 7 agosto 1992, n. 356), per i più gravi reati finalizzati alla discriminazione razziale, etnica e religiosa (art. 6 comma 5 l. 25 giugno 1993 n. 205), in materia di violenze connesse a competizioni calcistiche (d.l. 8 febbraio 2007 n. 8 conv. in l. 4 aprile 2007 n. 41). ; anche in queste ipotesi sussiste un margine di discrezionalità del P.M. che deve procedere nelle forme ordinarie, se ritiene necessario compiere speciali indagini.

<sup>44</sup> Permane un'ipotesi di giudizio direttissimo facoltativo, quando il PM ritenga di dover richiedere la convalida dell'arresto al giudice del dibattimento ai sensi dell'art. 449 comma 1 c.p.p. Le recenti pronunce della Corte di legittimità hanno cercato di ridimensionare la portata della novella, affermando che la valutazione del “grave pregiudizio alle indagini” consente un margine di discrezionalità al p.m.. Non si tratterebbe, quindi, di un vero e proprio obbligo di procedere con direttissimo, che sarebbe in

Il PM è sollevato dall'obbligo di procedere con direttissimo solo se “*ciò pregiudichi gravemente le indagini*”. Questo potrà accadere nel caso di processi che abbiano un elevato numero di imputati e di addebiti: in tal caso o si procederà separatamente oppure nel caso in cui la riunione “*risulti indispensabile*” prevarrà, ai sensi dell'art. 449 comma 6 c.p.p., il rito ordinario.<sup>45</sup>

In sede di conversione, inoltre, il termine entro cui il PM deve condurre davanti al giudice l'imputato che sia stato legittimamente arrestato o che abbia confessato è stato portato da quindici giorni a trenta giorni, con l'evidente intento di prolungare i tempi da dedicare alle indagini.

Il Decreto Sicurezza snatura così il giudizio direttissimo consentendo “*l'accesso a questa forma di esercizio dell'azione penale a molte vicende che pur riconoscendosi nel clichè tradizionale – arresto in flagranza e confessione – non si caratterizzano per l'evidenza della prova, ma richiedono investigazioni complesse anche se completabili nel termine di 30 giorni*”.<sup>46</sup>

Nel caso, quindi, di violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo, fattispecie per le quali grava sulla polizia giudiziaria l'obbligo di arresto, si procederà quasi certamente “per direttissima”, considerato anche il fatto che, alla luce del novellato art. 275 comma 3 c.p.p., l'indagato si troverà *in vinculis*.<sup>47</sup>

Da tale conclusione, che origina dalla combinazione del novellato art. 380 comma 2 c.p.p. con il nuovo giudizio direttissimo, sembrano opportuni alcuni rilievi, che evidenziano come la tendenza legislativa, nei confronti dei reati sessualmente connotati, all'utilizzo del processo in funzione preventiva, implichi un drastico ridimensionamento delle garanzie procedurali su cui si fonda il giusto processo.

---

contrasto con il principio del monopolio del pubblico ministero nella fase di indagine. Così Cass. Pen. sez. II, 4 febbraio 2010 n. 7822; Cass. Pen. sez. III 25 febbraio 2010 n. 12573.

<sup>45</sup> BARAZZETTA A. – CORBETTA S. *Modifiche al Codice di Procedura Penale* in AA.VV. *Decreto Sicurezza: tutte le novità*, Torino, 2008, p. 118. Secondo TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008, p. 717 le indagini possono subire un pregiudizio ad esempio quando, nei procedimenti contro reati di criminalità organizzata, il deposito degli atti nei confronti dell'indagato comprometta la segretezza di altre indagini relative ad altri indagati per reati connessi o collegati.

<sup>46</sup> DE CARO A., *La riforma del giudizio direttissimo* in *Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, p. 162

<sup>47</sup> Sulla difficoltà di esperire il giudizio direttissimo se l'imputato libero si sottragga al dibattimento si veda DE CARO A., *La riforma del giudizio direttissimo* in *Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, p. 166. Sul punto anche Cass. Pen. sez. IV 4.06.2009 n. 26450, che impone il divieto di procedere nelle forme del direttissimo e la susseguente restituzione degli atti al P.M. nel caso in cui l'imputato non sia presentato all'udienza.

Basti pensare al sacrificio del diritto di difesa suggellato da questo meccanismo processuale. La scelta del PM. di procedere con rito direttissimo non è sottoposta ad alcun preventivo sindacato giurisdizionale, che interviene solo a posteriori per verificare che la pubblica accusa non abbia promosso l'azione penale fuori dai casi espressamente previsti dalla legge (art. 405 c.p.p. in relazione all'art. 452 comma 1 c.p.p.).

Il PM ha trenta giorni per indagare e decidere se accedere al direttissimo: un termine intermedio che, se da un lato consente di procedere nelle forme del direttissimo anche in casi in cui l'evidenza della prova sia attenuata, dall'altro può non essere sufficiente quando le indagini risultino laboriose.

Come già è stato rilevato in dottrina, nei casi più complessi, se non vi è il rischio di pregiudizio per le indagini, *“il pubblico ministero è costretto ad approssimare l'esercizio dell'azione penale o a far decorrere i termini senza chiedere il rito direttissimo, assumendo la responsabilità di una scelta diversa da quella legislativamente imposta.”*<sup>48</sup>

Ciò può accadere proprio nel caso di violenza sessuale monosoggettiva e plurisoggettiva; si rammenti, infatti, che lo stato di “quasi flagranza” consente l'arresto anche nel caso in cui l'autore non sia effettivamente sorpreso nell'atto di commettere il reato<sup>49</sup> e che, come noto, soprattutto nel caso di violenza sessuale monosoggettiva, la prova principe sarà fornita dalle dichiarazioni della persona offesa<sup>50</sup>.

Saranno sufficienti trenta giorni per escludere che i contenuti della dichiarazione siano volutamente calunniosi, considerando che si procederà direttamente al dibattimento saltando il filtro dell'udienza preliminare?

Si badi, inoltre, al fatto che fino al momento dell'udienza dibattimentale non vi è alcuna *discovery* degli atti di indagine: la difesa apprende l'addebito dalla contestazione che viene fatta oralmente dal P.M. all'imputato in udienza.

---

<sup>48</sup> DE CARO A., *La riforma del giudizio direttissimo in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, p. 165.

<sup>49</sup> Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione l'arresto in “quasi flagranza” può avvenire anche dopo qualche tempo dalla commissione del delitto, a patto che le indagini ai fini della cattura si siano svolte senza soluzione di continuità. Così Cass. sez. I 19 febbraio 1990 in *Cass. Pen.* n. 2/1990, p. 91; Cass. sez. I 5 dicembre 1991 in *Archivio della nuova procedura penale* 1992, p. 588; Cass. 15 maggio 1998 in *Cass. Pen.* 1999, p. 3475; Cass. sez. III, 29 maggio 2005 in *Guida al Diritto* n. 18/2006, p. 95.

<sup>50</sup> Fra i tanti ANGELETTI R., *La prova nella violenza sessuale*, Torino, 2009, pp. 243 e ss.



Di fronte alla contestazione del fatto di reato la difesa ha due alternative: può chiedere un breve termine a difesa non superiore a dieci giorni<sup>51</sup> ai sensi dell'art. 451 comma 6 c.p.p. oppure può ottenere che il giudizio direttissimo venga convertito in un rito premiale.

Mentre, in via generale, il rito premiale può essere costituito dal patteggiamento oppure dal giudizio abbreviato, ai sensi dell'art. 451 comma 5 c.p.p., nel caso dei reati in esame, al difensore si presenterà la sola possibilità di chiedere che l'imputato venga giudicato con il rito abbreviato, essendo l'applicazione della pena su richiesta delle parti preclusa, per i reati sessuali qui considerati, dall'art. 444 comma 1-bis c.p.p.<sup>52</sup>

E' questo, dunque, un caso rappresentativo in cui la forma più garantistica di celebrazione del giudizio cede il passo alla *“vecchia e mai sopita tentazione di utilizzare in chiave esemplare ed intimidatoria il rito speciale per rispondere ad alcune forme di criminalità e soprattutto, alle pressioni dell'opinione pubblica”*.<sup>53</sup>

Con riguardo alla compressione dei diritti della difesa a favore di un'accelerazione procedimentale, mirata all'esemplarità della risposta punitiva, un discorso comune deve essere fatto con riferimento al giudizio immediato, anch'esso novellato D.L. n. 92/2008 convertito in l. n. 125/2008<sup>54</sup>.

Il collegamento fra la disciplina processuale in materia di reati sessuali e il giudizio immediato è determinato dalla lettura combinata dell'art. 275 comma 3 c.p.p. con l'art. 453 comma 1-bis c.p.p., recentemente novellati, l'uno dalla legge n. 38/2009, l'altro dalla l. n. 125/2008.

Il comma 1-bis dell'art. 453 c.p.p. dispone che *“il pubblico ministero richiede il giudizio immediato, anche fuori dai termini di cui all'articolo 454 comma 1 e comunque entro centottanta giorni dall'esecuzione della misura, per il reato in relazione al quale la persona sottoposta alle indagini si trova in stato di custodia cautelare, salvo che la richiesta pregiudichi gravemente le indagini.”*

---

<sup>51</sup> Termine non modificato dal D.L. n. 92/2008 convertito in l. n. 125/2008.

<sup>52</sup> Sul divieto di patteggiamento per i reati sessuali si veda il capitolo 2 § 2.2.1.

<sup>53</sup> DE CARO A., *La riforma del giudizio direttissimo in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, p. 162.

<sup>54</sup> Per esigenze di completezza occorre dire che il D.L. n. 92/2008 convertito in l. n. 125/2008 incide solo sul giudizio immediato richiesto dal P.M. e non su quello, nettamente distinto, richiesto dall'imputato che, ai sensi dell'art. 419 comma 5 c.p.p., intenda rinunciare, nel proprio interesse, alla celebrazione dell'udienza preliminare. Ai fini che qui interessano si tratterà solo del primo tipo di giudizio immediato che si instaura su impulso della pubblica accusa.

La simmetria con le modifiche apportate al giudizio direttissimo dal legislatore del 2008 sono evidenti: è, infatti, stata inserita nel codice di rito una nuova ipotesi obbligatoria di giudizio immediato, che limita la discrezionalità della pubblica accusa alla sola verifica del “grave pregiudizio” che la scelta del rito potrebbe arrecare alle indagini e ne subordina l’instaurazione a presupposti oggettivi, al pari di quanto accade, ai sensi dell’art. 449 c.p.p., per il direttissimo.

Viene così a crearsi quello che una parte della dottrina ha definito “doppio binario” del giudizio immediato attivato su impulso del pubblico ministero.<sup>55</sup>

All’ipotesi tradizionale di giudizio immediato richiesto in presenza di un evidente prova di colpevolezza (art. 453 comma 1 c.p.p.) si affianca, infatti, il “nuovo” giudizio immediato “custodiale” (art. 453 comma 1-bis c.p.p.),<sup>56</sup> che ha come presupposti oggettivi l’applicazione della misura della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari (vista l’equiparazione fra queste forme detentive ai sensi dell’art. 284 comma 5 c.p.p.), a cui l’imputato sia stato assoggettato con una certa stabilità. Il dato è ricavabile dall’art. 453 comma 1 –ter, secondo cui, prima di poter chiedere l’immediato, il P.M. deve attendere che la misura sia stata confermata dal Tribunale delle Libertà oppure che siano decorsi i termini per impugnare davanti a quest’ultimo.<sup>57</sup>

Nel nuovo “immediato obbligatorio” la novella allunga i termini entro cui il P.M. può trasmettere la richiesta, fissandoli in centottanta giorni dall’esecuzione della misura cautelare e non dall’iscrizione della notizia di reato, come invece accade nel caso di immediato basato sull’evidenza della prova di cui all’art. 453 comma 1 c.p.p..<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> VARRASO G. *Il “doppio binario” del giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero in Il Decreto Sicurezza* (a cura di) SCALFATI A., Torino, 2008, pp. 175 e ss.

<sup>56</sup> TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008, p. 714

<sup>57</sup> L’art. 453 comma 1-ter c.p.p. è stato interpretato restrittivamente dalla giurisprudenza di merito che ha ritenuto che la pendenza del ricorso in Cassazione avverso l’ordinanza che dispone la misura custodiale non sia ostativa all’instaurazione del giudizio immediato. “*Secondo quanto disposto dall’art. 453 comma 1 ter c.p.p. (recentemente introdotto dall’art. 2 lett. g d.l. 23 maggio 2008 n. 92) qualora la prova appaia evidente, la richiesta di giudizio immediato è formulata dopo la definizione del procedimento di cui all’art. 309, ovvero dopo il decorso dei termini per la proposizione della richiesta di riesame. Con la predetta disposizione il legislatore non ha inteso subordinare alla formazione del giudicato cautelare all’instaurazione del rito immediato, ma ha unicamente attribuito rilevanza alla pendenza del termine per la proposizione del riesame ovvero al procedimento instauratosi ex art. 309 c.p.p., non ritenendosi, viceversa, ostativa alla legittima richiesta e concessione di giudizio immediato l’eventuale pendenza o definizione del ricorso per cassazione proposto ex art. 311 c.p.p.*”. Così Trib. Milano sez. IV 2.02.2009 in *Foro Ambrosiano* n. 1/2009, pp. 19 ss.

<sup>58</sup> Esattamente il doppio del tempo previsto dall’art. 454 comma 1 c.p.p., che impone che la richiesta di immediato sia trasmessa dal pm alla cancelleria del gip “entro novanta giorni dalla iscrizione della notizia di reato.” Si ritiene che le annotazioni critiche fatte al D.L. n. 92/2008 convertito in l. n. 125/2008, secondo cui la novella avrebbe snaturato il giudizio direttissimo asservendolo demagogicamente alle

Ciò implica che la durata delle indagini che precedono la scelta del rito possa anche essere elevata, in aperta contraddizione con la natura di “rito acceleratorio”, che il legislatore del 1989 aveva inteso conferire al giudizio immediato<sup>59</sup>.

Come opportunamente è stato rilevato dalla dottrina il giudizio immediato, così configurato, rappresenta “*uno sviluppo possibile del mancato giudizio direttissimo.*”<sup>60</sup>

Il pubblico ministero che, successivamente alla convalida dell’arresto o del fermo, non riesca a concludere le indagini nel termine di trenta giorni previsto dall’art. 449 c.p.p. per la richiesta di direttissimo, potrà ancora scegliere di procedere nelle forme del giudizio immediato, se all’indagato è stata applicata una misura custodiale confermata dal Tribunale del Riesame o non più impugnabile davanti ad esso sempreché, nei centottanta giorni dalla sua esecuzione, non emergano elementi volti a vincere la presunzione legale di adeguatezza di cui all’art. 275 comma 3 c.p.p. oppure venga mutata la qualificazione giuridica del fatto in una fattispecie di reato che non legittima il rigoroso trattamento cautelare previsto dalla norma.<sup>61</sup>

Questa conclusione desta qualche preoccupazione. Come il giudizio direttissimo, infatti, anche il giudizio immediato presenta notevoli aspetti di compressione dei diritti di difesa dell’imputato a favore della speditezza del rito.

Il nuovo comma 1-bis dell’art. 453 c.p.p. non richiede, a differenza del giudizio immediato “tradizionale”, che sussista il requisito dell’evidenza della prova né esige il previo interrogatorio dell’imputato, ai fini della valida instaurazione del rito. Il legislatore ha ritenuto superfluo specificare questi due requisiti, considerandoli soddisfatti dall’applicazione della misura custodiale, presupposto indefettibile del “nuovo” immediato<sup>62</sup>.

---

esigenze di esemplarità richieste dall’opinione pubblica, possano essere riferite anche alle modifiche apportate all’istituto del giudizio immediato.

<sup>59</sup> La giurisprudenza di legittimità ha specificato che il termine di centottanta giorni deve considerarsi tassativo solo ai fini della durata delle indagini, ma ordinatorio con riferimento alla richiesta di giudizio immediato. Così Trib. La Spezia 16.6.2009; Cass. Pen. sez. I 9.12.2009 n. 2321; Cass. Pen. sez. VI 20.10.2009 n. 41038. L’interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità al predetto termine se, da un lato, pone un correttivo al rischio di una durata spropositata delle indagini in un procedimento che dovrebbe essere caratterizzato dalla celerità, dall’altra non esclude, nel caso in cui l’imputato venga prosciolto, un indebito prolungamento dei tempi di restrizione della libertà personale dell’indagato.

<sup>60</sup> VARRASO G. *Il “doppio binario” del giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero* in *Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, p. 180.

<sup>61</sup> RUGGERI S., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 2, in Legislazione Penale* n. 3/2009, p. 432

<sup>62</sup> BARAZZETTA A. – CORBETTA S. *Modifiche al Codice di Procedura Penale* in AA.VV. *Decreto Sicurezza: tutte le novità*, Ipsa, 2008, p. 123

Anche la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che non sia necessario, ai fini dell'accesso al rito immediato, sentire l'imputato, poiché l'interrogatorio di garanzia è già avvenuto in sede cautelare, ai sensi dell'art. 294 c.p.p.<sup>63</sup>

Nel rispetto dei diritti dell'imputato, si ritiene che un nuovo interrogatorio "assistito", prima dell'instaurazione del giudizio immediato, sarebbe opportuno anche alla luce del fatto che sia nel caso di immediato "tradizionale" che "custodiale" sulla richiesta di giudizio immediato il gip decide in segreto, sulla sola base degli atti trasmessi dal p.m. e senza sentire la difesa. Non è, infatti, previsto l'invio da parte del P.M. all'indagato dell'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p.; la *discovery* degli atti di indagine (art. 139 disp. att. c.p.p.), avverrà, pertanto, solo successivamente all'emissione da parte del giudice del decreto, non motivato, che dispone il giudizio immediato<sup>64</sup>.

La mancata previsione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, nel caso in cui si instauri il giudizio immediato previsto dall'art. 453 comma 1-bis c.p.p. costituisce una manifesta violazione del diritto di difesa dell'imputato.

Si considerino, infatti, i tempi più lunghi riservati alle indagini (centottanta giorni dall'esecuzione della misura) e il fatto che prima dell'instaurazione del rito immediato l'indagato non venga sottoposto ad un nuovo interrogatorio. Può accadere che dopo l'interrogatorio di garanzia, reso nel procedimento cautelare, muti in senso peggiorativo la qualificazione giuridica del fatto o che dalle indagini, successive all'esecuzione della cautela, emergano ulteriori elementi a carico dell'indagato; solo grazie all'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p. *"che comporta l'ostensione di tutti gli elementi raccolti nell'investigazione preliminare, all'indagato viene assicurata non solo una mera corrispondenza tra il fatto per cui è chiesto il giudizio immediato e quello rifluito nella contestazione cautelare, quanto piuttosto e più ampiamente la conoscenza dell'integrale documentazione raccolta nelle indagini espletate di cui può estrarre copia e relativamente alla quale può adottare opportune iniziative, tra cui quella della richiesta di interrogatorio al PM."*<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> "L'interrogatorio di garanzia dell'indagato in stato di custodia cautelare integra il presupposto del previo interrogatorio richiesto per l'instaurazione del giudizio immediato." Cass. Pen. sez. III 7.10.2009 n. 44883 in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, n. 2/2010, pp. 193 e ss.

<sup>64</sup> Questa è la posizione della giurisprudenza di legittimità avallata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 203/2002 in *Diritto Penale e Processo* 2002, pp. 818 e ss.

<sup>65</sup> BARAZZETTA A. – CORBETTA S. *Modifiche al Codice di Procedura Penale* in AA.VV. *Decreto Sicurezza: tutte le novità*, Ipsa, 2008, p. 126

A ciò si aggiunga la considerazione che, anche nel caso di giudizio immediato, nonostante il codice preveda la possibilità per la difesa di chiedere la conversione nel rito premiale dell'abbreviato o del patteggiamento, quando si procede per uno dei reati sessuali esaminati, l'unica via è rappresentata dal giudizio abbreviato, essendo il patteggiamento precluso ai sensi dell'art. 444 comma 1 -bis c.p.p.<sup>66</sup>

Dall'analisi della nuova disciplina processuale in materia di reati sessuali emerge, quindi, che le ipotesi per cui il legislatore non ha previsto l'arresto (né obbligatorio<sup>67</sup> né facoltativo<sup>68</sup>) e/o l'applicazione del severo regime cautelare di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p.<sup>69</sup> sono ridotte a limitate fattispecie di reato di attenuata gravità<sup>70</sup>.

Bisogna, quindi, concludere che alla luce delle modifiche apportate al codice di procedura penale dalla legge n. 125/2008 e dalla legge n. 38/2009, il ricorso alle garantistiche forme del processo ordinario, al fine di accertare la responsabilità penale per condotte sessualmente deviate, avrà carattere residuale.<sup>71</sup>

### **1.3. Una nuova modalità di restrizione della libertà in via cautelare: il divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla persona offesa.**

La legge n. 38/2009 se, da un lato, estende anche ai reati sessuali l'alternativa secca fra custodia cautelare in carcere e libertà, eliminando così l'operatività del principio di proporzionalità e adeguatezza, dall'altro amplia la tipologia delle misure cautelari personali fra cui il giudice può scegliere<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> Sul divieto di patteggiamento per i reati sessuali si veda il capitolo 2 § 2.2.1.

<sup>67</sup> L'arresto obbligatorio è previsto per i reati di cui agli artt. 600 c.p., 600-bis I comma c.p.; 600-ter I e II comma c.p.; 600 quinquies c.p.; 609 - bis c.p. (ad eccezione dell'ipotesi di minor gravità di cui al III comma), 609- octies c.p.

<sup>68</sup> L'arresto facoltativo è previsto per i reati di cui agli artt. 600 ter IV comma c.p., 600-quater c.p., 609-quater c.p. e 609-bis III comma c.p.

<sup>69</sup> Sono inseriti nel disposto di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. i reati di cui all'art. 600-bis I comma c.p., all'art. 600-ter I, II e III comma c.p.; all'art. 600-quinquies c.p.; agli artt. 609 - bis, 609-quater e 609-octies c.p., tranne le ipotesi attenuate.

<sup>70</sup> Tali fattispecie sono quelle previste dagli artt. 609-quinquies c.p., dall'ipotesi residuale di cui all'art. 600-bis II comma c.p. e dalle fattispecie attenuate di cui agli artt. 609-bis e 609 - quater c.p.

<sup>71</sup> La prevalenza dei casi di definizione del giudizio, per reati sessualmente connotati, attraverso i riti alternativi è data anche dal fatto che per le fattispecie non contemplate dagli artt. 380, 381 e 275 comma 3 c.p.p., è ammessa l'applicazione della pena su richiesta delle parti.

<sup>72</sup> Già prima della novella il legislatore, con la legge n. 154/2001 contro le violenze intrafamiliari, aveva previsto la misura dell'allontanamento dalla casa familiare per i medesimi reati di cui all'art. 275 comma 3, ivi comprese le ipotesi attenuate con la sola eccezione del reato di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile di cui all'art. 600- quinquies c.p. , al di fuori dei limiti edittali di cui all'art. 280 c.p.p. E' la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 165/2010 a rilevare il dato: " *per*

La novella, infatti, inserisce nel codice di rito, all'art. 282-ter, la nuova misura coercitiva del “*divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*”, mediante la quale il giudice può prescrivere all'indagato/imputato il divieto di:

- avvicinarsi ai luoghi frequentati abitualmente non solo dalla persona offesa, ma anche da tutte le persone che intrattengano con la stessa relazioni affettive (prossimi congiunti, conviventi ecc.), se sussistono particolari esigenze di tutela; tale divieto può essere temperato solo se la frequentazione di tali luoghi è necessaria per necessità di tipo lavorativo o abitativo.
- comunicare, con qualsiasi mezzo, sia con la persona offesa sia con le persone ad essa legate da relazioni affettive.

La riforma, quindi, allarga il ventaglio delle possibilità di restrizione della libertà personale *ante iudicio*, senza circoscrivere i confini entro cui tale misura può trovare applicazione.

L'eccessiva indeterminatezza nella formulazione della norma<sup>73</sup>, lascia al giudice il compito di riempire di contenuti prescrittivi la misura cautelare, costringendolo ad “*una difficile opera di bilanciamento tra le istanze di libertà dell'imputato e le esigenze del processo, ben oltre la scelta della misura guidata dai criteri di proporzionalità e adeguatezza*”<sup>74</sup>, quasi a voler restituire al giudice quella fiducia nel suo potere discrezionale che gli è, invece, stata negata con la modifica dell'art. 275 comma 3 c.p.p. Parte della dottrina<sup>75</sup> ha parlato di una scelta voluta, al fine di meglio adattare la cautela alle esigenze del caso concreto, ma l'opinione non convince.

L'urgenza con cui la legge è stata emanata e alcuni vistosi difetti di sistematicità in essa contenuti muovono contro la tesi che propende per una consapevole scelta legislativa.

---

*quanto odiosi e riprovevoli i fatti che integrano i delitti (sessuali) ... ben possono essere tali per le loro connotazioni da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura. Altrettanto può dirsi per quei fatti che si manifestano all'interno di specifici contesti (ad esempio quello familiare, scolastico o di particolari comunità, in relazione ai quali le esigenze cautelari possono trovare risposta in misure diverse dalla custodia carceraria e che già il legislatore ha previsto, proprio in via specifica, costituite dall'esclusione coatta in vario modo e misura dal contesto medesimo ...”*

<sup>73</sup> La legge non specifica la differenza fra il divieto di avvicinarsi e l'obbligo di restare distanti; nè quale distanza, dai luoghi predetti, debba essere mantenuta, ai fini dell'efficacia della misura. Non è specificato il concetto dell'abitualità della frequentazione e che cosa debba intendersi con “*relazione affettiva*”.

<sup>74</sup> MORELLI F., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 9, in Legislazione Penale n. 3/2009, pp. 507*

<sup>75</sup> MORELLI F., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 9, in Legislazione Penale n. 3/2009, pp. 503*, MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 969.

Si pensi, ad esempio, che il legislatore ha costruito la nuova cautela sul reato di *stalking* di cui all'art. 612 – bis c.p.p.<sup>76</sup>, senza però averlo inserito nel testo dell'art. 282 – ter c.p.p., operazione che, invece, più scientemente, aveva compiuto quando, con la legge n. 154/2001, introdusse, all'art. 282 – bis c.p.p., la misura dell'allontanamento dalla casa familiare, inserendovi anche i reati lesivi della libertà sessuale.<sup>77</sup>

La “svista”, che alla luce del principio di tassatività e della riserva di legge vigente in materia cautelare non può andare esente da critiche, consente, quindi, l'applicazione generalizzata della misura, nei limiti di cui all'art. 280 c.p.p., indipendentemente dal tipo di reato per cui si procede.

Dal mancato coordinamento sistematico con la misura dall'allontanamento dalla casa familiare origina, inoltre, una parziale sovrapposizione delle due misure che balza subito all'occhio dalla lettura delle norme considerate<sup>78</sup>.

L'ambito di applicazione dell'art. 282-ter c.p.p. è, però, più ampio, perché il divieto di avvicinamento imposto all'imputato si estende a tutti i luoghi frequentati abitualmente dalla persona offesa, dai prossimi congiunti, dai conviventi e da tutti coloro che

---

<sup>76</sup> DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali* in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, n. 4/2009, p. 427; MORELLI F., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 9*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, p. 499 e ss; MARANDOLA A., *Il nuovo intervento in tema di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e agli atti persecutori (c.d. stalking)* in *Studium Iuris*, n. 12/2009, pp.1306; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 966; FORLENZA O., *Possibile vietare l'avvicinamento alla “vittima”*, in *Guida al Diritto*, n. 10/2009, p. 72. Le prime applicazioni di questa nuova misura cautelare si sono avute proprio contro indagati accusati del reato di “atti persecutori”, *Tribunale di Napoli*, sez. IV, 30/06/2009 in *Resp. Civ. e Prev.* 2009, 11, 2319.

<sup>77</sup> Secondo l'art. 282 – bis comma 6 c.p.p. “*Qualora si proceda per uno dei delitti previsti dagli articoli 570, 571, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, commesso in danno dei prossimi congiunti o del convivente, la misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'articolo 280.*”

<sup>78</sup> L'art. 282-bis comma 2 c.p.p. così dispone: “*Il giudice, qualora sussistano esigenze di tutela dell'incolumità della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti, può inoltre prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, in particolare il luogo di lavoro, il domicilio della famiglia di origine o dei prossimi congiunti, salvo che la frequentazione sia necessaria per motivi di lavoro. In tale ultimo caso il giudice prescrive le relative modalità e può imporre limitazioni.*” Pressochè il medesimo contenuto ha l'art. 282-ter comma 1 e 2 c.p.p. “*1. Con il provvedimento che dispone il divieto di avvicinamento il giudice prescrive all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa. 2. Qualora sussistano ulteriori esigenze di tutela, il giudice può prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati da prossimi congiunti della persona offesa o da persona con questa conviventi o comunque legate da relazione affettiva ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o da tali persone.*” Il legislatore non ha risolto quel problema di “duplicazione” delle misure cautelari personali che già era stato sollevato dalla dottrina all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 154 /2001. Sul punto PERONI F., *La nuova tutela cautelare penale nei fenomeni di violenza intrafamiliare* in *Diritto Penale e Processo* 2003, pp. 868.

intrattengano con la stessa una relazione affettiva. Non si dimentichi, inoltre, che attraverso la cautela di cui all'art. 282 – ter c.p.p., il giudice può limitare non solo la libertà di locomozione dell'imputato, ma anche quella di comunicazione.

Preso atto del difetto di determinatezza della fattispecie e dell'incisività della misura sulla libertà personale dell'imputato occorre chiedersi di quale materiale probatorio il giudice si servirà per impartire le prescrizioni richieste dall'art. 282-ter c.p.p.

Egli, infatti, dovrà conoscere quali sono i luoghi abitualmente frequentati non solo dalla persona offesa, ma anche dalle persone a lei più vicine e, soprattutto, chi sono le persone con cui la stessa intrattiene “*relazioni affettive*”.

Trattandosi di informazioni di carattere strettamente personale, attinenti alla sfera intima della vittima, “*il magistrato potrebbe tendere ad affidarsi solo alle sue indicazioni, con l'inconveniente, in definitiva, di ricondurre a tale soggetto la scelta di quanto comprimere la libertà di movimento dell'imputato*”.<sup>79</sup>

Il rischio c'è ed è concreto se si valuta che, prima dell'ordinanza di emissione della misura non si instaura alcuna forma di contraddittorio con l'imputato e che l'unico correttivo alle dichiarazioni, potenzialmente tendenziose, dell'offeso, è rappresentato dall'obbligo imposto al P.M. dall'art. 291 c.p.p. di trasmettere al giudice anche gli elementi “a favore dell'imputato”.<sup>80</sup>

Una parte della dottrina ha suggerito l'introduzione di “*un momento di contraddittorio preventivo magari sulla falsariga dell'art. 289 comma 2 c.p.p. che impone l'interrogatorio dell'imputato, prima di sospenderlo dall'esercizio di un ufficio pubblico*.”<sup>81</sup>. La proposta, che ha il pregio di evitare che il restringimento della libertà personale dell'imputato sia tanto più ampio quanto più elevato è il livore della vittima nei suoi confronti, incontra un limite nella stessa *ratio legis* dell'art. 289 comma 2 c.p.p., che introduce un'eccezione nel regime cautelare, non a tutela dei diritti dell'imputato, bensì a salvaguardia del buon funzionamento della pubblica amministrazione.

---

<sup>79</sup> MORELLI F., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 9*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 502

<sup>80</sup> Secondo CORDERO F., *Procedura Penale*, Milano, 2003, p. 513, l'art. 291 c.p.p. “*esige un pubblico ministero equanime che presenti al giudice anche tutti gli elementi utili alla difesa, nonché le eventuali deduzioni e memorie già depositate.*”

<sup>81</sup> MORELLI F., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 9*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 502-503.



Più percorribile, a parere della scrivente, sembrerebbe la strada di un'efficiente attività di polizia giudiziaria mirata a raccogliere più informazioni possibili da persone che possono riferire sulla sfera personale della vittima, in modo da far emergere eventuali incongruenze contenute nelle dichiarazioni di quest'ultima e rese con spirito vessatorio nei confronti dell'imputato.

Legato alle misure cautelari testè esaminate, vi è l'obbligo di comunicazione dei provvedimenti che le impongono, all'autorità di pubblica sicurezza, all'offeso e ai servizi socio-assistenziali del territorio, ai sensi dell'art. 282 – quater c.p.p.<sup>82</sup>

La comunicazione assolve funzioni diverse a seconda dei soggetti a cui è rivolta: all'autorità di pubblica sicurezza impone di revocare le licenze che consentono al soggetto sottoposto alla misura di detenere armi o altri mezzi di offesa, alla vittima permette di conoscere i divieti prescritti dal giudice e quindi le attribuisce la possibilità di avvertire la polizia giudiziaria in caso di trasgressione, ai servizi consente di

---

<sup>82</sup> Questa novità introdotta dalla legge n. 38/2009 richiama alcuni strumenti in valse negli Stati Uniti al fine di proteggere la collettività dai sex offenders. Fra questi si ricordano la *registration* e la *notification*.

La c.d. *registration*, che consiste in una sorta di “schedatura”, tesa a controllare sistematicamente i movimenti territoriali e residenziali dei pregiudicati per reati a sfondo sessuale, i quali, sin dalla loro scarcerazione, devono segnalare la loro nuova residenza e ogni ulteriore spostamento successivo, da comunicarsi all'autorità comunale del luogo di nuova residenza. Nonostante tali obblighi siano spesso violati dai pregiudicati, la *registration* si è dimostrata estremamente utile sia ai fini della prevenzione di nuove aggressioni sessuali, sia a fini investigativi, per individuarne, dopo il compimento di atti di tal genere, gli eventuali colpevoli.

La c.d. *notification* consiste, invece, nell'informazione – denuncia, che specifici operatori del sistema giudiziario indirizzano ad una precisa serie di destinatari, secondo criteri di tipo sociologico e territoriale, circa la presenza, in un dato ambito sociale, di un *sex offender*, che denoti particolare pericolosità; tale informazione si estende ad ambiti progressivamente più vasti quando il criminale abbia reiterato comportamenti illeciti con modalità particolarmente violente o brutali. La *notification*, che avviene con il sistema porta a porta, ha lo scopo di garantire un'adeguata informazione ai cittadini sul problema delle aggressioni sessuali, onde consigliare comportamenti, orari e costumi di vita tesi a prevenirle. Si è, poi, rilevato un importante “effetto indotto” di riduzione e persecuzione della criminalità sessuale, dal momento che si è potuta constatare, nelle aree coperte da *notification*, una significativa diminuzione nella frequenza di reati sessuali. L'effetto della *notification* è estremamente rassicurante per le famiglie americane, che ne tengono conto in maniera assai rigorosa; non si può, però, affermare che essa sia completamente priva di conseguenze negative. Tale procedura, infatti, ingenera spesso nel destinatario sentimenti di giustizialismo ovvero la voglia di farsi giustizia da sé, componente in genere presente nella mentalità comune americana; inoltre, al di là dell'inevitabile formazione di pregiudizi in capo al reo, che ne provocano una sorta di “etichettatura” con effetto discriminatorio, essa produce un effetto di stigmatizzazione sociale in danno degli incolpevoli parenti del *sex offender*, con riguardo soprattutto ai figli minori che, a seguito della denuncia, subiscono pregiudizi di ogni genere. Gran parte di questi problemi si sono potuti eliminare mediante un'accurata preparazione del personale operatore, che deve far comprendere a fondo le finalità dell'istituto, escludendo così ogni forma di giustizia privata ed evitando la formazione di pericolosi pregiudizi in capo al soggetto segnalato ed ai suoi familiari. Più diffusamente sul tema RIPONTI, *Un laboratorio normativo per fronteggiare la criminalità a sfondo sessuale*, in *Diritto penale e processo*, n. 9/1996, pp. 1163 e ss.; SANCHEZ, La “Community Notification” – Avviso alla società in *Attendi al lupo, Pedofilia e vittime per progetti integrati di trattamento penitenziario* ( a cura di) CULLA L.M., DE LEO G., pp. 167 e ss.

individuare i soggetti, vittime di violenza, a cui fornire sostegno psicologico e assistenziale.

L'obbligo di comunicazione introdotto dalla novella comporta certamente, nel bilanciamento fra il diritto alla riservatezza dell'imputato e le esigenze di prevenzione, il prevalere di queste ultime.

Lascia perplessi che il legislatore abbia prediletto l'esigenza di sostegno alle vittime e di sicurezza collettiva al diritto alla riservatezza costituzionalmente garantito all'imputato, senza circoscrivere l'obbligo di comunicazione solo a peculiari procedimenti per determinati reati.

Pare lecito concludere, quindi, che anche tale novità possa considerarsi l'ennesimo frutto della funzione general preventiva racchiusa nello spirito della legge, che rafforza il più possibile gli strumenti a tutela della collettività, in spregio dei diritti fondamentali dell'imputato.

## **2 La tutela della vittima nel processo come strumento di difesa sociale finalizzata alla “repressione” del reo.**

Il contenimento dell'allarme sociale attraverso strumenti effettivi in grado di proteggere i consociati dal crimine e di trasmettere loro un clima di fiducia nei confronti dell'apparato repressivo statale è obiettivo ambizioso, che domina la storia del diritto penale e processuale.

E' possibile una tutela effettiva della vittima durante la vicenda processuale, che precede la condanna dell'imputato e che sia allo stesso tempo rispettosa delle garanzie riconosciute a quest'ultimo?

Si è già detto che la centralità della vittima nel sistema processuale è conquista relativamente recente, al pari dell'elaborazione degli strumenti processuali volti alla sua protezione e che, per ciò che qui rileva, l'accertamento della responsabilità per reati sessuali rappresenta un esempio eccellente di processo particolarmente attento alle esigenze della vittima, grazie alla predisposizione di strumenti *ad hoc*.<sup>83</sup>

Ad una lettura superficiale, la legge n. 38/2009 sembra aver accentuato questa caratteristica del processo per reati sessuali, portando a compimento la realizzazione,

---

<sup>83</sup> Per una trattazione più approfondita della tematica si veda il capitolo 2 § 1.2.

iniziata con la riforma dei reati sessuali del 1996, di un processo che mette al centro gli interessi dell'offeso dal reato.

La convinzione di chi scrive è che la modifica di alcuni istituti processuali, di cui a breve si dirà, non sia finalizzata ad una concreta tutela dell'offeso, ma sia volta ad utilizzare il contributo della vittima nel processo, al solo fine della repressione del reo.

Viene così attuata una primitiva forma di difesa sociale che si limita alla repressione del reo e che tutela la vittima solo apparentemente, poiché non le garantisce l'effettiva riparazione del danno subito.

L'estensione dell'incidente probatorio e del gratuito patrocinio, così come innovati dalla legge n. 38/2009, sono funzionali ad agevolare l'attivazione del processo penale, nel primo caso, e ad estendere la possibilità di ingresso di dichiarazioni accusatorie fin dalle primissime fasi del procedimento, nel secondo.

Per quanto riguarda la fase esecutiva, invece, il mancato accesso ai benefici penitenziari per almeno un anno, non solo riduce grandemente la possibilità di sperimentare una qualsivoglia forma di giustizia riparativa che miri alla riconciliazione fra vittima e condannato<sup>84</sup>, ma riduce drasticamente anche le possibilità concrete di risarcimento della vittima, a causa dell'impossibilità per il condannato di accedere al lavoro per un lungo periodo.

Tale aspetto è ancor più grave nell'ottica del concreto ristoro della vittima, se si considera che ad oggi non risulta essere stato stanziato alcun fondo specificamente destinato alle vittime di reati sessuali, nonostante le numerose sollecitazioni provenienti da differenti ambiti.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Sull'opportunità che il processo si preoccupi non solo alla condanna del colpevole, ma anche alla ricomposizione del conflitto delinquente/vittima, fra i tanti, si veda DEL RE M., *Il minore vittima. L'audizione nel processo penale, tra normativa interna e prescrizioni europee. Il ruolo appropriato ed effettivo* in *L'Indice Penale* n. 3/2006, p. 1254.

<sup>85</sup> Le sollecitazioni per la creazione di fondi di garanzia specificamente destinati al risarcimento delle vittime di reati sessuali sono venute da diverse associazioni fra cui l'associazione Meter fondata da Don Di Noto che il 18 giugno 2008 ha incontrato il ministro Carfagna per chiedere l'istituzione di un fondo per le vittime della pedofilia, in [www.antimafiaduemila.com](http://www.antimafiaduemila.com) e alcune associazioni campane che, nel gennaio 2010, hanno sottoscritto una proposta di legge volta all'istituzione di un fondo di garanzia per il risarcimento delle donne vittime di violenza sessuale. Il testo della proposta, predisposto da Stefania Cantatore, Rosaria Esposito e dagli avvocati Elena Coccia, Mariagiorgia de Gennaro e Mariapia De Riso, è pubblicato sul sito web [www.noidonne.org](http://www.noidonne.org). Si cita inoltre il disegno di legge n. 1697 "Nuove disposizioni in materia di prevenzione e contrasto alla violenza di genere e di tutela e sostegno alle vittime", comunicato alla presidenza del Senato il 20 luglio 2009 che, all'art.1 comma 2, si prefiggeva di "contrastare, in particolare, la violenza sessuale contro le donne in tutte le sue forme e manifestazioni, attraverso il sostegno all'educazione e all'informazione (...)"

Si crede quindi che l'abuso degli istituti processuali e la loro configurazione derogatoria rispetto ai principi fondamentali del giusto processo non possa trovare valida giustificazione in un sistema che non solo tutela solo astrattamente la vittima, ma la utilizza asservendola alle esigenze della repressione penale.

Così come accadeva nell'ideologia positivista, si crede di poter concludere che anche nel caso della recentissima riforma dei reati sessuali, la responsabilità sociale verso la vittima *“non è che una formula paravento per mascherare l'uso della forza della macchina statuale per incidere sulla sfera della libertà personale del reo.”*<sup>86</sup>

## **2.1 La trasformazione dell'incidente probatorio: da strumento di tutela dell'offeso infrasedicenne a mezzo derogatorio di accertamento.**

L'art. 9 del d.l. n. 11/2009 convertito in l. n. 38/2009 apporta alcuni ritocchi all'istituto dell'incidente probatorio, ampliandone l'ambito di applicazione sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo.<sup>87</sup>

Le ipotesi derogatorie di assunzione della prova mediante incidente probatorio,<sup>88</sup> vengono estese, con l'inserimento al comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p. degli artt. 572 e 612-bis c.p., al reato di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli e alla nuova fattispecie di “atti persecutori”.<sup>89</sup>

Sotto il profilo soggettivo, è ora possibile procedere ad assumere la testimonianza in incidente probatorio non solo del minore infrasedicenne, come era previsto fino all'entrata in vigore della novella, ma di tutti i minorenni e della persona offesa, anche maggiorenne.

---

<sup>86</sup> AMODIO E., *Solidarietà e difesa sociale nella riparazione alle vittime del delitto* in AA.VV. *Vittime del delitto e solidarietà sociale. Una proposta di politica legislativa*, Milano, 1975, p. 58.

<sup>87</sup> GALGANI B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 9*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, p. 512.

<sup>88</sup> Per la natura derogatoria dei casi di incidente probatorio di cui all'art. 392 comma 1-bis c.p.p. si veda il capitolo 2 § 1.2. 3.

<sup>89</sup> Le perplessità che originavano dall'ampliamento del ricorso all'incidente probatorio erano già emerse in sede di lavori preparatori. Così, nella seduta n. 160 del 7 aprile 2009, l'On. Beltrandi ne evidenziava l'irragionevolezza: *“vi è un emendamento concernente l'articolo 9. Con esso si mira ad eliminare l'estensione delle ipotesi di incidente probatorio contemplate dal comma 1-bis dell'articolo 392 del codice di procedura penale al reato di atti persecutori. Diciamo subito che l'incidente probatorio è un istituto di garanzia, ma in questo caso non si riesce a comprendere per quale ragione si estende la sua applicazione in questa tipologia di reato.”*

Si può, quindi, ricorrere a tale istituto se è necessario assumere la testimonianza del minore di diciotto anni, anche se non offeso dal reato e del maggiorenne, purchè persona offesa nel procedimento.

Il discorso sulle perplessità che questa modifica genera non può non prendere le mosse dall'analisi della *ratio* che il legislatore del 1996 aveva conferito al comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p., affrancando l'assunzione della testimonianza, nei casi ivi previsti, dal requisito della "non rinviabilità", quale presupposto, statuito in via generale, per acquisire la prova al di fuori della naturale sede dibattimentale.

L'esperibilità dell'incidente probatorio nei procedimenti per reati sessuali era stata configurata dalla legge n. 66/1996 quale ipotesi eccezionale che si giustificava, da un lato, con l'esigenza di preservare la serenità psichica di un soggetto "fragile", quale il minore di sedici anni, offrendogli un contesto "protetto" per rendere dichiarazioni rispetto alla pubblica udienza dibattimentale, dall'altro con la necessità di assicurare la genuinità di quanto da quest'ultimo dichiarato, ai fini di un "*accertamento davvero corretto dell'imputazione*".<sup>90</sup>

L'aver limitato l'applicabilità della norma all'infrasedicenne, era segnale evidente della volontà legislativa di restringere il più possibile i casi in cui, attraverso tale strumento, fosse consentito derogare ai principi generali del processo penale in tema di formazione della prova, *in primis* al principio del contraddittorio<sup>91</sup>. La scelta poneva in luce lo sforzo di attuare un equo bilanciamento fra le peculiari esigenze di tutela del minore e il

---

<sup>90</sup> GALGANI B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 9, in Legislazione Penale n. 3/2009, p. 514.* Sul punto anche CERTOSINO D., *La testimonianza del minore nel processo penale: profili giuridici e psicologici* in *Archivio della Nuova Procedura Penale n. 1/2009* pp. 3 e ss; FIORILLO V., *Il minore vittima di abusi. L'ascolto del minore nella fase delle indagini preliminari e nel processo* in *Archivio della Nuova Procedura Penale n. 6/2009, pp. 683 e ss*; BARTOLO P., *I profili processuali in I reati sessuali* (a cura di) COPPI F., Torino, 2000, p. 280; GALANTINI N., *Commento art. 392 c.p.p. in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* (a cura di) CADOPPI A., Padova, 2006, p. 892. Sulle modifiche all'istituto dell'incidente probatorio, precedenti all'entrata in vigore della legge n. 38/2009, si veda il capitolo 2 paragrafo 1.2.3.

<sup>91</sup> Nonostante nell'assunzione della testimonianza in incidente probatorio sia garantito il contraddittorio fra le parti, il combinato disposto dell'art. 392 comma 1 – bis c.p.p. con l'art. 190 – bis comma 1 – bis c.p.p. penalizzava l'operatività del principio sotto un duplice profilo: da un lato il requisito dell'assoluta necessità a cui l'art. 190 – bis subordinava l'escussione dibattimentale dell'infrasedicenne, già sentito in incidente probatorio, limita l'iniziativa probatoria delle parti; dall'altro la conduzione dell'esame da parte del presidente coadiuvato dal genitore del minore o dall'esperto attenua la possibilità di contestazione da parte del difensore dell'imputato, di quanto dal medesimo dichiarato. In questo senso CERTOSINO D., *La testimonianza del minore nel processo penale: profili giuridici e psicologici* in *Archivio della Nuova Procedura Penale n. 1/2009* pp. 8 ss.

rispetto dei principi fondanti il “giusto processo”, posti a garanzia dei diritti dell’imputato<sup>92</sup>.

L’estensione dell’assunzione anticipata della prova non solo all’infradiciottenne, ma anche al maggiorenne, purchè offeso dal reato, operata dalla legge n. 38/2009 ha certamente snaturato la *ratio* originaria dell’art. 392 comma 1-bis c.p.p., al punto che una parte della dottrina ha parlato di modifica “*di portata generale e rivoluzionaria*” che costringe a riflettere sulla natura stessa dell’incidente probatorio, il quale sembra ormai aver perso il carattere di eccezionalità che lo contraddistingueva.<sup>93</sup>

La novella porta, infatti, a pieno compimento quella “*tendenza verso lo spostamento del baricentro del rito nella fase preliminare, a scapito di quella dibattimentale*”,<sup>94</sup> che era già stata colta con preoccupazione dalla dottrina più attenta successivamente alla riforma del 1996.

Occorre chiedersi se alla lesione del principio dell’immediatezza nella formazione della prova e all’inevitabile appesantimento della fase delle indagini corrisponde, quale adeguato bilanciamento, un’effettiva tutela del minore, offeso e non, e della vittima maggiorenne.

Non consola, infatti, la considerazione secondo cui il legislatore, fra i due mali rappresentati dal sacrificio del contraddittorio nella formazione della prova attraverso il recupero di dichiarazioni extradibattimentali<sup>95</sup>, da un lato, e il mancato rispetto del principio dell’immediatezza, avrebbe scelto quest’ultimo quale “male minore”.<sup>96</sup>

Si cominci con l’evidenziare che, se l’estensione dell’incidente probatorio all’assunzione della testimonianza dell’infradiciottenne non solo risponde alle

---

<sup>92</sup> L’interpretazione restrittiva della norma e tassativa delle ipotesi ivi disciplinate era supportata anche dalla lettura fornita dalla Corte Costituzionale che non aveva ritenuto irragionevole la limitazione ai soli reati sessuali dell’incidente probatorio incondizionato per l’audizione del minore infrasedicenne. Corte Cost. sent. 18 dicembre 2002 n. 529 in *Famiglia e Diritto* n. 3/2003, pp. 219 e ss; Corte Cost. ord. 1 aprile 2003 n. 108 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, pp. 870 e ss.

<sup>93</sup> In questo senso BORASI I., *L’anticipazione dell’assunzione probatoria nel processo penale: evoluzione e prospettive future* in *Archivio della nuova procedura penale* n. 1/2010, pp. 22 e ss.

<sup>94</sup> GALANTINI N., *Commento art. 392 c.p.p.* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* (a cura di) CADOPPI A., Padova, 2006, pp. 897-898.

<sup>95</sup> La giurisprudenza di legittimità aveva interpretato estensivamente l’art. 512 c.p.p. consentendo la lettura dibattimentale dei verbali delle dichiarazioni del minore, sessualmente abusato, rese fuori dal dibattimento, nel caso in cui quest’ultimo versi in una condizione di grave stress. Cass. Pen. sez. III 27 agosto 1998; Cass. sez. III, 25 settembre 2000 n. 152, Galliera in *Cass. Pen.* 2002, p. 616 e ss. Sulla medesima pronuncia nota di DI PAOLO G., *L’acquisizione nel processo penale delle “dichiarazioni a contenuto testimoniale” del minore* in *Cass. Pen.* 2003, pp. 1672 e ss.

<sup>96</sup> CASSIBBA F., *La tutela dei testimoni “vulnerabili”* in *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, (a cura di) Mazza O. – Viganò F., Torino, 2009, p. 308

indicazioni provenienti dalle fonti comunitarie e internazionali<sup>97</sup>, ma può essere giustificata ancora una volta con la natura “vulnerabile” del testimone, difficile è concludere nello stesso modo per il maggiorenne non infermo di mente<sup>98</sup>.

La novella, a tal proposito, introduce un regime differenziato che, pur estendendo i casi di incidente probatorio, non consente di equiparare il minore e il maggiorenne infermo di mente all’adulto normodotato.

All’audizione di quest’ultimo, infatti, non si può procedere con le forme protette d’esame di cui agli artt. 398 comma 5-bis, 498 commi 4-bis e 4-ter c.p.p., essendo così limitato il suo beneficio all’esclusione della pubblicità dibattimentale<sup>99</sup>.

Questo “privilegio” è ridimensionato dalla mancata modifica, da parte del legislatore del 2009, dell’art. 190 – bis comma 1-bis c.p.p., che non esclude che il maggiorenne, pur escusso in incidente probatorio mediante il metodo della *cross – examination*, possa essere riascoltato sugli stessi temi in dibattimento, riducendo così drasticamente i vantaggi che egli poteva trarre dall’esame anticipato.

Con riferimento al maggiorenne dunque la tesi, sostenuta da parte della dottrina<sup>100</sup>, secondo cui la riforma non intenderebbe tutelare solo il minore, ma la persona della vittima in quanto tale subisce una prima smentita.

In realtà, come ora si cercherà di dimostrare, la tutela è solo apparente non solo per il maggiorenne offeso, ma anche per il minore a qualunque titolo coinvolto nel processo per un reato a sfondo sessuale.

Si torni alla mancata modifica dell’art. 190-bis c.p.p. che dispone che l’esame di persone già sentite in sede di incidente probatorio può avvenire nuovamente in dibattimento solo se il giudice o qualcuna delle parti lo ritenga necessario “*sulla base di*

---

<sup>97</sup> Le fonti comunitarie e internazionali che tutelano il minore dall’abuso e nell’ambito del processo intendono riferendosi al “minore” il minore di anni 18 e non di anni 16. Fra queste fondamentale è la sentenza “Pupino” della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 16 giugno 2005 C- 105/03 in *Cassazione Penale*, 2005, pp. 3167 e ss. e alcune direttive UE fra cui si segnalano la Decisione Quadro 2001/220/GAI; la Decisione Quadro 2004/68/GAI e la Direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004.

<sup>98</sup> CASSIBBA F., *La tutela dei testimoni “vulnerabili”* in *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, ( a cura di) Mazza O. – Viganò F., Torino, 2009, p. 301. Il legislatore, considerando le pronuncia di illegittimità della Corte Costituzionale, ha equiparato il minore al maggiorenne infermo di mente, quali soggetti “deboli”.

<sup>99</sup> Il legislatore della novella non ha recepito le indicazioni della Corte Costituzionale che nella sentenza n. 63/2005 auspicava che si procedesse mediante audizione protetta anche nel caso in cui persona offesa da uno dei delitti di cui all’art. 398 comma 5 –bis c.p.p. fosse un maggiorenne. La declaratoria di illegittimità costituzionale contenuta in questa pronuncia ha invece trovato attuazione nei novellati artt. 498 comma 4-ter c.p.p. e 398 comma 5-bis c.p.p. che estendono le peculiari modalità di escussione al maggiorenne infermo di mente.

<sup>100</sup> MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 971;

*specifiche esigenze” oppure se riguardi fatti diversi rispetto a quelli su cui il soggetto ha già depresso, quando, ai sensi del comma 1-bis c.p.p., “si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici.”*

La grave svista del legislatore della riforma<sup>101</sup> che, oltre a non aver integrato l'elenco dei reati con le fattispecie di atti persecutori e maltrattamenti in famiglia, contemplati dal nuovo art. 392 comma 1-bis c.p.p, non ha innalzato l'età del minore testimone a diciotto anni, ha come conseguenza che il minore, ultrasedicenne, testimone in un processo per reati sessuali, pur escusso in incidente probatorio, potrà essere di nuovo sentito in dibattimento venendo così vanificata non solo l'esigenza di proteggere il minore dallo stress e dalla pubblicità dibattimentale, ma anche dal *“pericolo dell'usura psicologica collegata all'eventuale reiterazione di disposizioni sugli stessi temi”*.<sup>102</sup>

A ciò si aggiunga che nulla è stato previsto in ordine all'assunzione delle sommarie informazioni, nelle primissime fasi del procedimento, da parte della polizia giudiziaria e del pubblico ministero *“potendo questi ultimi procedere all'ascolto del minore anche laddove non siano dotati di sufficiente capacità e sensibilità per interrogarlo.”*<sup>103</sup>

E', quindi, concreto il rischio che le tutele apprestate nelle fasi successive e volte ad evitare che la testimonianza nel processo rappresenti per il minore un'esperienza traumatica siano vanificate dai primi contatti che quest'ultimo ha con le autorità<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Evidenziano il difetto di coordinamento con l'art. 190-bis comma 1 – bis c.p.p. diversi commentatori fra cui GALGANI B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 9, in Legislazione Penale* n. 3/2009, p. 520; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 971; CERTOSINO D., *La testimonianza del minore nel processo penale: profili giuridici e psicologici* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 1/2009 pp. 8;

<sup>102</sup> GREVI V., *Prove*, in AA.VV. *Compendio di Procedura Penale*, Milano, 2008, p. 313.

<sup>103</sup> CERTOSINO D., *La testimonianza del minore nel processo penale: profili giuridici e psicologici* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 1/2009 pp. 8

<sup>104</sup> In verità anche la disciplina predisposta dal legislatore della novella a tutela dell'escussione dibattimentale del minore non sembra essere così garantista dei diritti del minore, come invece i sostenitori della riforma hanno voluto far apparire. L'art. 498 comma 4-ter c.p.p. che prevede che l'esame del teste avvenga *“mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico”* si applica ai reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-octies e 612-bis del codice penale.

La legge n. 38/2009 ha escluso che tale peculiare modalità possa applicarsi nel caso si proceda per il reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p. Vero è che nel caso in cui si proceda per tale reato il dichiarante minore può essere escusso in dibattimento nelle forme protette di cui all'art. 398 comma 5-bis c.p.p., ma bisogna anche considerare che in quest'ultimo caso la modalità di assunzione della



Il legislatore, infine, non amplia i poteri processuali riconosciuti alla persona offesa in sede di attivazione dell'incidente probatorio. L'inserimento al comma 1 – bis dell'art. 392 c.p.p. della locuzione “anche su richiesta della persona offesa” non è che una ridondante aggiunta di ciò che già prevedeva l'art. 394 c.p.p., secondo cui “*la persona offesa può chiedere al pubblico ministero di promuovere un incidente probatorio*”.

Il conferimento all'offeso del potere di chiedere direttamente al giudice di procedere all'assunzione della prova in incidente probatorio avrebbe di certo rappresentato un concreto strumento di autotutela delle proprie pretese all'interno del processo.

Il mero potere di sollecitatorio riconosciutogli, invece, non obbliga il pubblico ministero a richiedere l'incidente probatorio, la cui scelta sarà sempre subordinata alla strategia investigativa che quest'ultimo, *dominus* delle indagini ai sensi dell'art. 112 Cost., intende adottare. Si consideri, tra l'altro, che l'obbligo della *discovery* completa degli atti di indagine imposta dall'art. 393 comma 2-bis c.p.p. e il fatto che gli atti assunti in incidente probatorio confluiscono direttamente nel fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'art. 431 comma 1 *lett. e* c.p.p., potrebbero dissuadere il pubblico ministero, pur stimolato dall'offeso, dal presentare al giudice la richiesta di incidente probatorio.

Non solo, dunque, risulta fallimentare “*la manovra di assicurare effettività alla tutela della fonte di prova dichiarativa vulnerabile*”,<sup>105</sup> ma la sensazione è che dietro il nobile intento di apprestare la massima protezione alla vittima non si celi altro che la volontà statale, di carattere repressivo, di acquisire nel più breve tempo possibile quelle dichiarazioni da cui potrebbe già dipendere l'esito del processo<sup>106</sup> e sulla base delle quali legittimare la restrizione della libertà personale dell'indagato, perseguendo il contenimento dell'allarme sociale attraverso provvedimenti esemplari e di forte impatto mediatico.

---

testimonianza sia rimessa alla scelta discrezionale del giudice, mentre l'esame “schermato” può avvenire dietro la semplice richiesta dell'offeso o del suo difensore.

<sup>105</sup> CASSIBBA F., *La tutela dei testimoni “vulnerabili”* in *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, ( a cura di) Mazza O. – Viganò F., Torino, 2009, p. 318

<sup>106</sup> Come bene evidenzia GALANTINI N. *Commento art. 393 c.p.p.* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* (a cura di) CADOPPI A., Padova, 2006, p. 917 “ *Non bisogna dimenticare, infatti, che spesso quando si procede per reati di pedofilia o per delitti comunque di natura sessuale non è raro che il materiale probatorio raccolto consista semplicemente nella parola della vittima contro la parola dell'accusato, senza che siano presenti ulteriori e diversi elementi di prova a carico e a scarico.*”

## **2.2 Il “carcere duro” per i condannati di delitti sessuali: un giusto trattamento alla luce del principio rieducativo della pena e del ristoro della vittima?**

La modifica dell’art. 4-bis ad opera dell’art. 3 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*” convertito con modificazioni dalla legge n. 38 del 2009 rappresenta, in maniera significativa, la filosofia che permea l’intero provvedimento legislativo, votato al perseguimento di emergenziali esigenze di sicurezza collettiva e di contenimento dell’allarme sociale.

Il d.l. n. 11/2009 distingueva i reati sessuali in due categorie, riservando ai delitti sessuali più gravi il severo trattamento penitenziario previsto dall’art. 4-bis comma 1 primo periodo ord. pen. ed estendendo l’applicabilità dell’art. 4-bis comma 1 ultimo periodo alle ipotesi di minor gravità e a delitti sessuali fino a quel momento mai contemplati dalla norma<sup>107</sup>.

“Trascinando” al primo periodo dell’art. 4-bis comma 1 ord. pen. i reati, che la legge n. 38/2006, aveva collocato nell’ultimo, il governo subordinava la concessione dei benefici per i responsabili di delitti sessuali più gravi alla collaborazione del detenuto con la giustizia ex art. 58-ter ord. pen., anziché all’insussistenza di legami con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva<sup>108</sup>, requisito che, invece, doveva essere dimostrato nel caso di delitti sessuali ritenuti meno gravi rispetto alle fattispecie inserite nell’art. 4-bis comma 1 primo periodo<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Venivano aggiunte all’elenco dei reati di cui all’art. 4-bis comma 1 ult. periodo ord. pen. le fattispecie meno gravi del delitto di prostituzione minorile (art. 600-bis commi 2 e 3 c.p.) e di pornografia minorile (art. 600-ter comma 3 c.p.).

<sup>108</sup> La concessione dei benefici penitenziari veniva subordinata alla collaborazione con la giustizia ex art. 58-ter ord. pen. nel caso di delitti di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis comma 1 c.p.), di pornografia minorile, limitatamente alle ipotesi di realizzazione di esibizioni pornografiche, di produzione e commercio di materiale pornografico (art. 600-ter commi 1 e 2 c.p.), di violenza sessuale (art. 609 – bis c.p. ) tranne l’ipotesi di minor gravità” di cui al comma 3, di violenza sessuale aggravate (art. 609-ter c.p.) e di gruppo (art. 609-octies c.p.) e di atti sessuali con minorenne infraquattordicenne o infrasedicenne, se il colpevole è l’ascendente, il genitore, anche adottivo o il di lui convivente, il tutore ovvero altra persona a cui il minore sia affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia oppure che abbia con quest’ultimo una relazione di convivenza (art. 609-quater comma 1 c.p.).

<sup>109</sup> Oltre alle ipotesi meno gravi di cui agli artt. 600-bis commi 2 e 3 c.p. e 600-ter comma 3 c.p. introdotte *ex novo* dalla d.l. n. 11/2009, vengono inserite in questa parte della norma le fattispecie di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile ex art. 600-quinquies c.p. e di atti sessuali con minore che abbia compiuto gli anni sedici da parte dell’ascendente, del genitore, anche adottivo o del

Venivano escluse dal trattamento di maggior rigore le fattispecie attenuate di violenza sessuale ex art. 609-bis comma 3 c.p., espunta dal novero dei reati contenuti nella norma, e di atti sessuali con minorenni ex art. 609-quater comma 2 c.p., collocata, invece, nell'ultimo periodo della norma, quasi a voler cogliere le obiezioni che la dottrina aveva mosso al legislatore del 2006.<sup>110</sup>

L'art. 4-bis ord. pen., che, così come forgiata dal decreto legge, aveva destato molte perplessità già in sede di lavori preparatori<sup>111</sup>, viene poi nuovamente modificato dalla legge di conversione n. 38/2009, che apporta rilevanti modifiche più di struttura che di contenuto, senza invertire la rotta nell'imposizione di severi ostacoli alla concedibilità dei benefici.<sup>112</sup>

Le obiezioni che potevano farsi alla scelta legislativa, precedente alla riforma del 2009, di equiparare i *sexual offenders* a coloro che avessero posto in essere un'attività criminosa di tipo associativo,<sup>113</sup> acquistano ancora più incisività dopo la novella, poiché

---

di lui convivente, o del tutore con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione ex art. 609-quater comma 2 c.p.

<sup>110</sup> Sul punto si veda il capitolo 2 § 2.2.2.

<sup>111</sup> Fra i tanti interventi si riporta quello dell' On. Matteo Mecacci, durante la seduta n. 161 dell' 8 aprile 2009 *“anche questa norma, che viene introdotta con questo decreto-legge, è davvero grave, perché stabilisce, sostanzialmente, il principio della sospensione dei benefici penitenziari previsti dalla legge Gozzini. Chiederei davvero all'Aula di prestare un minimo di attenzione perché, oltre ad aver messo in discussione, con le norme precedenti, il principio di non colpevolezza sancito dalla nostra Costituzione, in questo caso si mette in discussione il principio rieducativo della pena, perché si presuppone che chi commette uno dei reati previsti da questo decreto-legge, cioè quelli legati alla violenza sessuale, sostanzialmente non sia titolato a poter godere degli istituti previsti della legge Gozzini, che hanno avuto il merito di favorire nel nostro Paese l'attività di rieducazione della pena. Sappiamo che i risultati di questa legge sono evidenti a tutti; purtroppo, questo tipo di norma specifica prevista per questo tipo di reati prelude ad altri interventi legislativi, che già sono stati annunciati sempre dalla parte giustizialista e forcaiola di questa maggioranza, che vogliono eliminare per tutti i benefici penitenziari, che sono fondamentali per garantire l'applicazione del principio costituzionale della rieducazione della pena.”*

<sup>112</sup> MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 956; contra GIORIS B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 464 secondo cui la modifica dell'art. 4- bis ord. pen. ad opera della legge n. 38/2009 risponde al *“tentativo di delineare un regime esecutivo che risultasse maggiormente congruo rispetto alle logiche di fondo dell'ordinamento penitenziario”*.

<sup>113</sup> Anche questa incongruenza della novella, acutamente rilevata dalla dottrina, era già emersa in sede di lavori preparatori. Così l'On. Ciccanti nella seduta n. 160 del 7 aprile 2009: *“(…) oltre ai profili di dubbia costituzionalità che potrebbero rendere inattuabile la norma, si rischia anche la disapplicazione da parte degli stessi magistrati a causa di un evidente disallineamento tra le finalità della norma rivolta alle associazioni mafiose e la fattispecie contemplata, riferita alla violenza sessuale. La maggior parte dei reati di violenza sessuale è di origine individuale. Collegare tale esclusione alla norma che disciplina l'esclusione dei benefici penitenziari per i reati collegati alla criminalità organizzata significa che la custodia in carcere degli autori di violenza sessuale è solo uno spot di propaganda politica, perché qualche settimana dopo l'arresto gli autori staranno a spasso, fuori dal carcere, a causa dell'inapplicabilità della norma stessa, così come ha fatto rilevare efficacemente il Consiglio superiore della magistratura (...)”*

l'irragionevolezza del paragone ha come effetto diretto quello di mettere il condannato in difficoltà nella dimostrazione della sussistenza dei requisiti per accedere ai benefici.

Si badi, infatti, a come l'art. 4-bis ord. pen. è stato rimodellato dalla novella; le novità possono essere così sinteticamente riassunte:

- 1) la legge n. 38/2009 non ha modificato le categorie in cui la dottrina aveva suddiviso il I periodo dell'art. 4-bis ord. pen.<sup>114</sup>, ma ha semplicemente conferito loro ordine assegnando a ciascuna un comma differente e rendendo la norma di più facile lettura<sup>115</sup>;
- 2) ha implementato le suddette categorie ricollocando i reati sessuali nei vari commi in cui ha suddiviso l'originario primo comma dell'art. 4-bis ord. pen. Ha, così, subordinato la concessione dei benefici alla collaborazione con la giustizia ex art. 58 ter ord. pen. per condannati di delitti di cui agli artt. 600 – bis comma 1, 600-ter commi 1 e 2 e 609-octies c.p.(art. 4-bis comma 1 ord. pen.);<sup>116</sup> mentre sarà sufficiente dimostrare l'assenza di legami con la criminalità organizzata per coloro che si siano resi responsabili di uno dei delitti di cui agli artt. 600-bis secondo e terzo comma, 600-ter terzo comma, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p.(art. 4-bis comma 1-ter ord. pen.)<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Sul punto si veda il capitolo 2 § 2.2.2.

<sup>115</sup> BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Personalità sotto esame per concedere i benefici* in *Guida al Diritto* n. 19/2009, p. 47; GIORIS B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 464; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 955.

<sup>116</sup> Il disposto di cui all'originario secondo periodo dell'art. 4-bis ord. pen., attualmente corrispondente al comma 1-bis della medesima norma, è rimasto invariato nel contenuto. Nei casi di collaborazione impossibile o inutile oppure "oggettivamente irrilevante" il detenuto potrà essere ammesso ai benefici, purché gli sia stata riconosciuta in sede di giudizio una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62 n. 6 c.p. ancorché il risarcimento del danno sia intervenuto dopo la sentenza di condanna, o dall'art. 114 c.p. o dall'art. 116 comma 2 c.p. L' "ammortizzatore penitenziario" così come lo definisce FIORIO C., *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario* in *Pacchetto Sicurezza 2009*, Torino, 2009, p. 400 che si deve agli interventi della Corte Costituzionale recepiti dal legislatore del 2002, non viene, quindi, toccato dall'intervento riformatore del 2009. In forza della sentenza della Corte Costituzionale n. 306 del 1993, alla collaborazione oggettivamente irrilevante è equiparata la collaborazione impossibile, perché (ricorrendo i requisiti legali di cui si è detto) "*fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipanti pertinenti al livello superiore*". La Corte Costituzionale ha riconosciuto l'eccessivo rigore del regime restrittivo, escludendo l'operatività del divieto di concessione dei benefici nei confronti dei condannati che si trovano nell'incolpevole impossibilità di collaborare per l'ormai avvenuto accertamento dei fatti e delle responsabilità o per la minima partecipazione al reato commesso (Corte Cost. sent. n. 357/1994).

<sup>117</sup> Sull'interpretazione del nuovo art. 4-bis comma 1-ter la dottrina è divisa. L'interpretazione prevalente ritiene che le fattispecie di violenza sessuale semplice, aggravata e di gruppo nonché di atti sessuali con minorenne sono considerate dal nuovo comma 1-ter dell'art. 4-bis ord. pen. come fattispecie autonome (così BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Personalità sotto esame per concedere i benefici* in *Guida al*

- 3) ha aggiunto quella che, a parere di chi scrive, può definirsi una sorta di “quarta categoria” al nuovo comma 1-quater dell’art. 4-bis ord. pen. che subordina la concessione dei permessi premio, del lavoro all’esterno e delle misure alternative alla detenzione (eccetto la liberazione anticipata) per i condannati per i delitti di cui agli artt. 609-ter c.p.; 609-quater c.p. e 609-octies c.p. all’osservazione in istituto della personalità per almeno un anno.

Come appare evidente, il legislatore del 2009 non ha mantenuto ciò che di pregevole era contenuto nel decreto legge che converte: non espunge, infatti, dall’elenco dei reati di cui all’art. 4-bis ord. pen. le ipotesi di minor gravità del delitto di atti sessuali con minorenni e di violenza sessuale, limitandosi in quest’ultimo caso, a non obbligare il condannato all’osservazione della personalità per almeno un anno; statuisce, inoltre, una sorta di regime rinforzato per coloro che sono stati condannati per il delitto di violenza sessuale di gruppo, subordinando l’accesso ai benefici non solo alla collaborazione con l’autorità giudiziaria (art. 4- bis comma 1 ord. pen.), ma anche all’assenza di legami con la criminalità organizzata (art. 4- bis comma 1-ter ord. pen.), oltre all’osservazione scientifica della personalità per almeno un anno (art. 4- bis comma 1-quater ord. pen.).

La modifica risulta viziata da irragionevolezza sotto un duplice profilo: da un lato il diverso trattamento riservato a tale fattispecie non si giustifica sulla base della particolare pericolosità del soggetto o della gravità del delitto, se paragonato ad altre fattispecie ivi considerate, dall’altro non solo “*la violenza sessuale di gruppo resta un fenomeno difficilmente collegabile a forme di delitto associativo*”<sup>118</sup> ma il doppio requisito a cui l’art. 4-bis ord. pen. subordina l’accesso al beneficio per tale reato risulta

---

*Diritto* n. 19/2009, p. 47; FIORIO C., *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario* in Pacchetto Sicurezza 2009, Torino, 2009, pp. 400-401; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 956), mentre una corrente minoritaria ritiene che il reato di violenza sessuale semplice e di gruppo e di atti sessuali con minorenni rilevino ora, ai sensi del nuovo art. 4-bis comma 1-ter, solo come reati – fine (così GIORIS B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 465.). Questa tesi, seppur meritevole di ricondurre la novella ad un’interpretazione costituzionalmente orientata, contrasta con lo spirito della riforma, che certamente mira a frapporre ostacoli fra i condannati per reati sessuali e i benefici penitenziari e non ad eliminarli. Secondo tale orientamento, infatti, per i condannati ex artt. 609-bis I e II comma c.p. e ex art. 609-quater c.p. la concessione dei benefici sarebbe subordinata alla mera osservazione in carcere della personalità per almeno dodici mesi, mentre al delitto di violenza sessuale di gruppo dovrebbero applicarsi le restrizioni previste dall’art. 4-bis comma 1 ord. pen.

<sup>118</sup> GIORIS B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 464

essere tautologico visto che la collaborazione ex art. 58-ter ord. pen. è assorbente rispetto all'assenza di legami con le associazioni criminali.<sup>119</sup>

Il delitto di cui all'art. 609-octies non è il solo a destare perplessità in questa direzione: eccetto il reato di sfruttamento sessuale dei minori, quale attività di recente invalsa nelle associazioni criminali, gli altri reati contemplati sia dal comma 1 che dal comma 1-ter dell'art. 4-bis ord. pen. (sfruttamento, favoreggiamento e induzione della prostituzione minorile, la produzione e il commercio di materiale pedopornografico, il compimento di atti sessuali a pagamento con un soggetto di età compresa fra i quattordici e i sedici anni), rappresentano condotte tenute da soggetti che, nella stragrande maggioranza dei casi, sono del tutto estranei al crimine organizzato.

Gli argomenti a sostegno dell'irragionevolezza di questa modifica sono le medesime rilevate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 165/2010, che ritiene il nuovo art. 275 comma 3 c.p.p. in contrasto con l'art. 3 Cost. per l'estensione ai *sex offenders* del trattamento originariamente pensato per gli affiliati ad associazioni criminali.

Come in ambito cautelare, così in sede esecutiva, il legislatore del 2009 non effettua quell'adeguato bilanciamento fra esigenze di difesa sociale e valori di rango costituzionale, con cui la Corte Costituzionale aveva giustificato la sottrazione al giudice del potere di individuare la misura più idonea al caso concreto:<sup>120</sup> tanto prima della condanna quanto successivamente ad essa, infatti, il carcere sembra essere diventato l'unica via praticabile per gli autori di reati sessuali. Come, in fase cautelare, questa conclusione è risultata in contrasto con alcuni parametri costituzionali, fra cui la presunzione di innocenza,<sup>121</sup> anche la modifica in fase esecutiva desta perplessità, alla luce dei principi espressi nella Carta.

L'art. 27 comma 3 Cost. stabilisce che *“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.”*

---

<sup>119</sup> FIORIO C., *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*: modifiche in tema di ordinamento penitenziario in *Pacchetto Sicurezza 2009*, Torino, 2009, p. 401

<sup>120</sup> *“Non può ritenersi soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice l'apprezzamento del tipo di misura in concreto ritenuta necessaria, ben potendo tale scelta essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti, nè si può disconoscere al legislatore la facoltà di vincolare, con scelte non irragionevoli, il potere in concreto del giudice di adottare una specifica misura cautelare, fra quelle previste dalla legge”* (Corte Costituzionale ordinanza 16 aprile 2003 n. 130 in *Cassazione Penale* 2003, pp. 2638; conforme Corte Costituzionale ordinanza 6 marzo 2002 n. 40 in *Cassazione Penale* 2002, pp. 2086 e ss.)

<sup>121</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 165/2010. Sul punto si veda in questo capitolo § 1.1.

Il principio rieducativo assurge a ruolo di indiscusso criterio-guida in ambito penitenziario: *“la funzione rieducativa ha un ruolo primario nella fase dell’esecuzione della pena; ciò vuol dire non solo che la sanzione deve essere eseguita secondo modalità idonee a consentire la personalizzazione del trattamento punitivo, ma anche che il legislatore deve già in partenza introdurre tipologie sanzionatorie adatte ad agevolare un’esecuzione personalizzata o, comunque, non desocializzante.”*<sup>122</sup>

E’ ciò che, secondo parte della dottrina, ha inteso fare il legislatore attraverso l’imposizione dell’osservazione scientifica della personalità per i condannati per i delitti previsti dagli artt. 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies c.p.<sup>123</sup>

Il nuovo comma 1-quater inserito nell’art. 4-bis ord. pen. che impone, ai fini della concessione delle misure alternative, dei permessi premio o del lavoro all’esterno, l’osservazione scientifica della personalità, condotta per almeno un anno, dei condannati per il delitto di violenza sessuale semplice e aggravata, di atti sessuali con minorenni e di violenza sessuale di gruppo rappresenta, senza alcun dubbio, la modifica più innovativa introdotta dalla legge n. 38/2009 alla disciplina di accesso ai benefici penitenziari per i *sexual offenders*. Secondo la novella tale osservazione deve avvenire “collegialmente” all’interno del carcere anche con l’aiuto di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica (art. 80 comma 4 ord. pen.).

La legge n. 38/2009 si limita a sancire il periodo minimo di osservazione della personalità, ma nulla dice né sul termine da cui l’annualità deve essere fatta decorrere<sup>124</sup>, né sulle modalità di conduzione dell’osservazione che, però, si ritiene

---

<sup>122</sup> FIANDACA G., *Commento all’art. 27 comma 3 Cost.* in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) BRANCA G., PIZZORUSSO A., Bologna, 1991, p. 275.

<sup>123</sup> GIORS B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 466.

<sup>124</sup> E’ recentemente intervenuta una pronuncia della Corte di Cassazione che ha stabilito, correggendo l’interpretazione data dai primi commentatori alla norma, che nel computo dell’anno previsto per l’osservazione scientifica della personalità dal nuovo art. 4-bis comma 1-quater ord. pen., rientra anche il periodo scontato dal detenuto in regime di custodia cautelare in carcere. Secondo la Corte, infatti, *“in tema di concessione delle misure alternative in favore dei condannati per reati di violenza sessuale, il periodo di un anno dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente non può essere fatto decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, dovendo il Tribunale di sorveglianza valutare, sulla base della disciplina dell’art. 4 bis, comma primo quater, L. n. 354 del 1975 nella formulazione introdotta dall’art. 3 del D.L. n. 11 del 2009, conv. in L. n. 38 del 2009, i risultati dell’osservazione svolta nel periodo di custodia cautelare carceraria sofferta prima dell’entrata in vigore della legge che ha subordinato all’osservazione scientifica della personalità la concessione dei benefici.”* (Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 18 febbraio 2010 n. 9110 in CED Cass. Pen. 2010)

debbano avvenire, ai sensi dell'art. 27 comma 4 reg. esec. ord. pen., senza soluzione di continuità.<sup>125</sup>

Sarà il Tribunale di Sorveglianza a dover decidere, una volta acquisito il parere sulla modificazione da parte del condannato dei comportamenti devianti e sulle sue possibilità di reinserimento sociale, in merito all'ammissione ai benefici: l'accoglimento della domanda è, quindi, rimessa alla valutazione discrezionale e motivata dell'autorità giudiziaria, non essendo automatica alla scadenza dell'annualità<sup>126</sup>.

La lettura combinata del nuovo articolo 4-bis comma 1-quater ord. pen. con il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 656 comma 9 c.p.p. impone, quindi, di concludere che tutti i condannati per il delitti di violenza sessuale aggravata e semplice, escluse le ipotesi attenuate, atti sessuali con minorenne e violenza sessuale di gruppo dovranno trascorrere in carcere almeno dodici mesi prima di accedere ai benefici di cui all'art. 4- bis ord. pen.

Occorre chiedersi se, alla luce della *ratio legis* della riforma, l'osservazione coatta della personalità per almeno un anno corrisponda all'esigenza di rieducazione del condannato, legata, ad esempio, al fatto che il trattamento dei *sex offenders* richiede tempi lunghi per essere efficace, oppure sia guidata da quella ferma logica repressiva che, stimolata dall'allarme sociale, porta “*a privilegiare decise involuzioni del sistema penitenziario ancorandosi caparbiamente all'idea che il problema della criminalità possa essere risolto attraverso l'isolamento e l'emarginazione della parte deviante della società.*”<sup>127</sup>

Una parte della dottrina ha letto in questa novità la volontà legislativa di rendere l'art. 4-bis ord. pen. più coerente con il dettato costituzionale, grazie alla presa di coscienza che il trattamento penitenziario, per i condannati sessuali, “*quale rimedio ad una pericolosità sociale che per essere eliminata o quantomeno ridotta non presuppone la*

---

<sup>125</sup> MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 958-959.

<sup>126</sup> Secondo PALMUCCI V., *La presa in carico del delinquente sessuale: caratteristiche e finalità dei principali modelli utilizzati nel panorama mondiale in AAVV Aggressori sessuali; dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*, Milano, 2006, pp. 193: “*L'esigenza di difesa sociale e quindi la tutela di interessi diffusi investe, infine, la magistratura di sorveglianza, la quale, come anello terminale del circuito preposto al controllo sociale, rappresenta l'istituzione che per eccellenza ha il compito di difendere la collettività dai suoi membri più pericolosi.*”

<sup>127</sup> COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie in Criminalità organizzata e politiche penitenziarie* (a cura di ) PRESUTTI A., Milano, 1994, p. 33



*dissociazione da gruppi criminali, bensì l'attivazione di idonei percorsi di recupero del condannato*"<sup>128</sup>.

La tesi non convince.

Si guardi, innanzitutto, al dettato di cui all'art. 27 comma 2 reg. pen. secondo cui il programma di trattamento del detenuto deve essere disposto, sulla base dell'osservazione della personalità effettuata dall'ingresso in carcere, entro nove mesi dall'inizio dell'esecuzione.

L'osservazione intramuraria della personalità finalizzata, ai sensi dell'art. 13 ord. pen., a *"rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale"* è stata concepita dal legislatore, nelle prime fasi dell'esecuzione della pena, come strumento da cui ricavare dati per individualizzare il programma rieducativo a cui sottoporre il condannato nel corso della detenzione.

La lettura del combinato disposto di cui agli art. 4-bis comma 1-quater ord. pen. e art. 27 comma 2 reg. pen. fa emergere un'insanabile contraddizione: se, da un lato, l'osservazione scientifica della personalità per almeno un anno ha come scopo quello di ridurre il rischio di recidiva, allora i dodici mesi previsti risultano certamente troppo brevi per *"l'attivazione di un serio percorso rieducativo e terapeutico mirato alla riduzione della pericolosità sociale"*, dall'altro il termine di un anno potrebbe, invece, risultare eccessivo per quei casi in cui è la stessa carcerazione a rivelarsi sproporzionata all'entità del fatto e alla pena comminata con la sentenza di condanna.<sup>129</sup>

L'efficacia della previsione introdotta dalla novella deve, poi, fare i conti con le risorse economiche e umane disponibili: la legge n. 38/2009 né impone che i *sex offenders* siano rinchiusi nelle (poche) carceri dove esistono sezioni specializzate per il loro trattamento, né stanziava nuovi finanziamenti per la creazione di nuovi progetti di recupero o per il potenziamento di quelli già esistenti, né per l'aumento del personale esperto che si occupi dell'osservazione della personalità prevista come obbligatoria<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> GIORIS B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 466.

<sup>129</sup> GIORIS B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 470.

<sup>130</sup> Da una recente indagine condotta dal Dipartimento dell'esecuzione penale esterna, volta a sondare le risorse, le metodologie e le strategie operative per l'esecuzione delle misure alternative alla detenzione, per gli autori di reati di natura sessuale è emerso che fra le ragioni della limitata collaborazione degli psicologi e del mancato sviluppo delle attività di rete con i servizi e le agenzie vi è la carenza strutturale di risorse specialistiche interne ed esterne agli uffici. in *"Temi di esecuzione penale"*, *"I sex offenders. Un'analisi valutativa sulla gestione di alcune tipologie di condannati in misura alternativa o di comunità"*, n. 2/2009, p. 46

Si consideri, infatti, che l'art. 13 ord. pen. impone l'osservazione della personalità di tutti coloro che fanno ingresso in carcere e per ciascuno dei quali deve essere predisposto un trattamento individualizzato finalizzato al reinserimento sociale.

Il nuovo comma 1-quater dell'art. 4-bis ord. pen., oltre che introdurre una disparità di trattamento dei condannati per reati sessuali rispetto ai detenuti per reati diversi, impone senza alcun dubbio un aumento della mole di lavoro degli esperti che lavorano all'interno del carcere.

Non essendo state previste risorse per l'assunzione di nuovo personale, non sembra irragionevole pensare che, non solo l'osservazione della personalità non inizierà immediatamente varcate le porte del carcere, ma che le relazioni sulle basi delle quali l'autorità giudiziaria deciderà per l'ammissione ai benefici, giungeranno con ritardo all'organo giudicante e ben oltre il rispetto all'annualità prevista dalla legge.

Il condannato, dunque, pagherà con la propria libertà personale le disfunzioni dell'amministrazione penitenziaria, messa in crisi dalla carenza di risorse e dal sovraffollamento delle carceri, problematica certamente preesistente alla legge n. 38/2009, ma che la novella, anziché ridimensionare, non fa che acuire.

Qualche riflessione, infine, sulle limitazioni dell'accesso alle misure alternative e al lavoro all'esterno<sup>131</sup> imposto ai *sex offenders*, alla luce del principio sancito dall'art. 27 comma 3 Cost.

Le misure alternative alla detenzione costituiscono una *“versione più realistica e disincantata dello stesso finalismo rieducativo”*: preso atto degli effetti desocializzanti della reclusione, il legislatore, mosso dall'ambizione di *“superare la frattura tra l'universo penitenziario e la realtà esterna”* introduce modalità di espiatione della pena detentiva diverse dal carcere *“in vista del progressivo reinserimento del reo nella società libera.”*<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Secondo l'art. 15 comma 2 ord. pen. *“ai fini del trattamento rieducativo, salvo i casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro”*. Il lavoro sia penitenziario che all'esterno della struttura è concepito dalla legge, al pari delle misure alternative alla detenzione, come strumento di rieducazione, avendo perso le connotazioni afflittive, ex art. 20 ord. pen. che aveva in passato. La Corte Costituzionale nella sentenza n. 1087 del 1988 ha individuato, fra le peculiarità del lavoro penitenziario, la finalità di redenzione e di riadattamento del detenuto alla vita sociale e l'acquisizione di una professionalità che possa agevolarne il suo reinserimento sociale.

<sup>132</sup> FIANDACA G., *Commento all'art. 27 comma 3 Cost.* in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) BRANCA G., PIZZORUSSO A., Bologna, 1991, p. 298; sul valore rieducativo delle misure alternative alla detenzione si veda anche D'AMICO M., *Commento all'art. 27 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, pp. 575 e ss.

E' opinione condivisa nella letteratura specializzata che per gli aggressori sessuali la pena detentiva non rappresenti un valido deterrente, poiché il loro gesto violento è di natura compulsiva; inoltre, il loro isolamento all'interno del carcere, dettato da evidenti ragioni di sicurezza e di tutela della loro incolumità, risulta controproducente a livello rieducativo, poiché la loro condizione di "esclusi- protetti" limita la libertà di movimento, l'accesso agli spazi comuni e alle attività ricreative (attività sportive, culturali ecc.).<sup>133</sup>

Uno studio condotto dal Dipartimento dell'esecuzione penale esterna volto a verificare l'esito delle misure alternative alla detenzione per i condannati per reati sessuali ha dimostrato che solo nel 7% dei casi non si è ottenuto un soddisfacimento completo degli obiettivi e solo nel 5% dei casi la misura alternativa è stata revocata.<sup>134</sup>

Ma il legislatore del 2009 non ha evidentemente tenuto conto di questi dati né delle voci di chi in sede di lavori preparatori rimarcava il valore rieducativo delle misure alternative alla detenzione<sup>135</sup>.

Dopo la riforma, infatti, il carcere rappresenta per i *sex offenders*, almeno per un periodo di tempo, l'unica alternativa che non solo non è idonea a favorirne la risocializzazione, ma a causa delle lacune normative e della carenza di risorse, rischia di non rappresentare nemmeno una valida occasione per intraprendere un percorso rieducativo idoneo a riabilitare il condannato e a non renderlo più pericoloso per la collettività<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> TOCCAFONDI I. – SCALA P., *Percorsi tratta mentali per il delinquente sessuale a partire dal carcere: analisi della relazione socio educativa e patto di fiducia* in AA.VV. *Aggressori sessuali; dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*, Milano, 2006, pp. 475 e ss.

<sup>134</sup> Lo studio è stato condotto dal 3 aprile 2008 fino al febbraio 2009 e ha avuto ad oggetto un campione di 210 condannati per reati sessuali sottoposti a misura alternativa o di comunità nel periodo 2005-2005-2007, di cui 67 in Emilia Romagna, 18 nel Lazio, 71 in Lombardia, 22 in Piemonte e 32 in Puglia. I risultati della ricerca sono stati pubblicati nella rivista "Temi di esecuzione penale", fascicolo n. 2, dal titolo "I sex offenders. Un'analisi valutativa sulla gestione di alcune tipologie di condannati in misura alternativa o di comunità", finito di stampare nel novembre 2009.

<sup>135</sup> L'On. Beltrandi, in sede di discussione assembleare, nella seduta n. 160 del 7 aprile 2009 rileva che "all'articolo 3, l'esclusione dei benefici penitenziari fondati solo sul titolo del reato introducono una deroga ai principi contenuti nella legge Gozzini, che rappresenta un indiscutibile baluardo dei diritti civili dei detenuti potenzialmente in grado di aprire a futuri possibili interventi di modifica della legge stessa, con il rischio di peggiorare le condizioni di vivibilità nelle carceri, sempre più sovraffollate, tra l'altro, e di vanificare l'indubbia e proficua capacità di risocializzazione dei rei, dimostrata dai risultati ottenuti con l'adozione delle misure alternative al carcere".

<sup>136</sup> Secondo DE LEO G. e DI TULLIO D'ELISIIS M.S. in *Attendi al lupo, Pedofilia e vittime per progetti integrati di trattamento penitenziario* (a cura di) DE LEO G.- CULLA L., Milano, 2005, pp. 213-214 la necessità di offrire un aiuto alla persona che ha commesso il reato sessuale, da un lato, e le esigenze di tutela della collettività, dall'altro, richiedono l'applicazione anche in Italia di interventi mirati per i sex offenders sulla base delle più evolute esperienze straniere. "A questo proposito è importante sottolineare

Il nostro ordinamento, infatti, a differenza di altri ordinamenti stranieri<sup>137</sup>, non impone un trattamento obbligatorio per gli autori di reati sessuali;<sup>138</sup> ciò significa che solo in rari casi il detenuto sarà inserito in un programma di recupero formato sulle peculiari problematicità di chi si macchia di tal genere di crimini; ciò accadrà in Italia solo nelle poche carceri a tal fine attrezzate.<sup>139</sup>

L'osservazione scientifica della personalità per almeno un anno, così come disciplinata dal legislatore del 2009, certamente non si configura come percorso terapeutico obbligato, ma solo come un modo di tenere lontano dalla società, per un certo lasso di tempo, il "socialmente pericoloso".

Se, inoltre, secondo lo spirito della riforma, le esigenze di tutela della vittima devono prevalere nel bilanciamento con altri valori costituzionalmente garantiti, esse possono

---

*che al momento attuale non esiste in Italia una sperimentazione che sia scientificamente mirata al sex offender e che possa inserirsi all'interno del piano trattamentale generalizzato e previsto dagli istituti penitenziari (ma anche al di fuori degli essi). La mancanza di un'attenzione specifica a questo tipo di problema interferisce con la possibilità di realizzare previsioni sulla ripetizione del comportamento deviante, poiché le valutazioni realizzate attualmente dagli operatori che hanno in carico il sex offender si basano sull'osservazione del suo comportamento aspecifico all'interno del carcere e non si centrano sulle informazioni inerenti il reato, quali la sessualità del reo ed il suo potenziale d'azione entro quest'area." E' quanto emerge anche dallo studio condotto dal Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'esecuzione penale esterna, secondo cui, dall'indagine del trattamento a cui è stato sottoposto il campione dei condannati ammesso alle misure alternative è emersa "la prevalenza del lavoro condotto con gli strumenti classici del colloquio (45%), contatti telefonici (19%) e visita domiciliare (18%), mentre le patologie o i disturbi della sfera comportamentale sessuale non sono state indagate per la scarsità e spesso per l'assenza dello psicologo." in "Temi di esecuzione penale", "I sex offenders. Un'analisi valutativa sulla gestione di alcune tipologie di condannati in misura alternativa o di comunità", numero 2, finito di stampare nel novembre 2009.p. 43*

<sup>137</sup> In Belgio esiste il trattamento terapeutico coatto, imposto dall'autorità giudiziaria: la normativa in materia prevede che l'obbligo del trattamento sia imposto prima che sia pronunciata sentenza come alternativa alla custodia cautelare in carcere e successivamente alla pronuncia della sentenza di condanna, che spesso prevede direttamente la presa in carico del soggetto, come sostituzione della pena o come condizione per la sua liberazione. Anche in Canada si è approntato un sistema di intervento coordinato in rete tra operatori del trattamento in carcere e servizi socio-psicologici territoriali al fine di attuare una presa in carico globale di colui che ha commesso atti sessuali contro minori. L'obbligo della cura è previsto quando il detenuto, condannato per tali condotte, richiede l'ammissione a misure alternative, la cui concessione e il mantenimento sono subordinate all'affettiva adesione al percorso trattamentale. In Francia, attraverso l'istituto della "suivi socio-judiciare" (presa in carico socio-giudiziaria) del sex offender si prevede, a pena espiata, una sanzione autonoma nel caso in cui egli non abbia rispettato l'obbligo di cura.

<sup>138</sup> Sul trattamento obbligatorio per i condannati la dottrina è divisa; c'è chi come PALMUCCI V., *La presa in carico del delinquente sessuale: caratteristiche e finalità dei principali modelli utilizzati nel panorama mondiale* in AA.VV. *Aggressori sessuali; dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*, Milano, 2006, pp. 193 e ss. lo auspica, sulla base delle esperienze straniere in materia e invece chi, come FIANDACA G., *Commento all'art. 27 comma 3 Cost.* in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) BRANCA G., PIZZORUSSO A., Bologna, 1991, p. 280 ritiene che "affinchè il processo rieducativo possa avere corso senza risolversi in una imposizione coercitiva e possa aspirare a un minimo di successo sul piano effettuale, è necessario prima accertare una plausibile disponibilità psicologica del destinatario".

<sup>139</sup> Le prime in Italia a prevedere programmi tratta mentali specifici per i sex offenders sono state le Case Circondariali di Bollate e Prato.

essere adeguatamente soddisfatte da una normativa che non si preoccupa del destino del pedofilo fuori dal carcere?

L'assenza della previsione di *“percorsi trattamentali che nascano nel contesto intramurario, ma che proseguano nel territorio”* e di una rete di sostegno socio-terapeutico, *“costringe il più delle volte, il Tribunale di Sorveglianza a rifiutare l'accesso alle misure alternative privilegiando l'esigenza di difesa sociale rispetto alla tutela dei diritti del condannato ad un reinserimento graduale nella comunità esterna.”*<sup>140</sup>

A ciò si aggiunga la constatazione che l'impossibilità di accedere al lavoro all'esterno imposto al *sex offender* non solo rallenta il suo reinserimento nella società, ma riduce drasticamente le probabilità che la vittima venga risarcita, soprattutto se si considera il fatto che attualmente non risultano istituiti fondi per il risarcimento degli offesi da reati sessuali.

La riforma dell'art. 4-bis ord. pen. operata dalla legge n. 38/2009 è, dunque, un preoccupante segnale di un sistema che si ostina ad ignorare come la *“risposta di tipo custodialistico non risolve, ma rinvia soltanto ad un momento successivo, i problemi del reinserimento del criminale pericoloso nel circuito sociale e come la pericolosità sarà allora addirittura accentuata dall'effetto disadattante che l'istituzione produce al di fuori di ogni tentativo di risocializzazione”*.<sup>141</sup>

Nel delicato bilanciamento, connaturato all'ambito penitenziario, fra le opposte finalità della prevenzione speciale e la rieducazione, da un lato, e la prevenzione generale e della sicurezza collettiva dall'altro il legislatore sancisce, senza alcun dubbio, la

---

<sup>140</sup> PALMUCCI V., *La presa in carico del delinquente sessuale: caratteristiche e finalità dei principali modelli utilizzati nel panorama mondiale* in AA.VV. *Aggressori sessuali; dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*, Milano, 2006, pp. 193. Come emerge dall'indagine condotta dal Dipartimento dell'esecuzione penale esterna, pur essendoci, fra gli obiettivi istituzionali connessi all'esecuzione della pena, anche il rispetto delle prescrizioni, il controllo della condotta per il contenimento della recidiva e la riparazione del danno alla vittima o del danno sociale, *“manca la traduzione di tali obiettivi generali in azioni concrete che integrino e sviluppino l'efficacia del lavoro dell'assistente sociale nella relazione di servizio con l'utente.”* Il coinvolgimento dello psicologo e la partecipazione delle agenzie esterne nella definizione e implementazione del piano di intervento risulta assai limitato (pari circa al 30%) in *“Temi di esecuzione penale”*, *“I sex offenders. Un'analisi valutativa sulla gestione di alcune tipologie di condannati in misura alternativa o di comunità”* numero 2/2009, p. 46.

<sup>141</sup> MOSCONI G. *La controriforma carceraria in Dei delitti e delle pene*, Bologna, 1991 p. 149

prevalenza di quest'ultima, aprendo la strada a possibili e auspicate declaratorie di illegittimità costituzionale.<sup>142</sup>

### **2.3 L'ammissione al gratuito patrocinio dell'offeso: una pericolosa agevolazione di dubbia efficacia.**

La portata repressiva delle novità introdotte dal d.l. 11/2009 convertito in l. n. 38/2009, non può essere compresa appieno, se si tralasciano le modifiche apportate dalla novella ad ambiti diversi rispetto a quello strettamente penalistico, sostanziale e processuale.

Fra queste spicca la modifica dell'art. 76 del Testo Unico in materia di Spese di Giustizia (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115) che, attraverso l'inserimento del nuovo comma 4-ter, ha variato i criteri di accesso al gratuito patrocinio per le persone offese da alcuni reati sessualmente connotati, tassativamente individuati dal legislatore<sup>143</sup>.

Ai sensi dell'art. 76 comma 4-ter DPR n. 115/2002: *“la persona offesa dai reati di cui agli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, può essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito previsti dal presente decreto.”*

La vittima del reato di violenza sessuale, atti sessuali con minorenne e violenza sessuale di gruppo potrà, quindi, ricorrere al gratuito patrocinio, anche se goda delle condizioni economiche che, in via generale, ai sensi dell'art. 76 commi 1 e 2 D.P.R. n. 115/2002, non ne legittimerebbero l'accesso. Si tratta di un'ipotesi di accesso “automatico” dell'abbiente, che trova il suo unico precedente nell'art. 10 della l. 3.8.2004 n. 206, in materia di terrorismo<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Le esigenze di prevenzione generale che si prefigge la legge n. 38/2009 non vengono scalfite qualche mese dopo con l'entrata in vigore della legge 15 luglio 2009 n. 94 che modifica il comma 5 dell'art. 600 sexies introducendo una nuova attenuante per i reati sessuali consistente in una sorta di “collaborazione premiata”, poiché le restrizioni imposte dall'art. 4-bis ord. pen. non si basano sul quantum di pena comminato, ma sulla tipologia del reato.

<sup>143</sup> La dottrina ritiene che la norma vada applicata anche alle fattispecie di violenza sessuale aggravata di cui all'art. 609-ter c.p.p. Così RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss. A parere della scrivente il carattere eccezionale della norma dovrebbe escludere la legittimità di qualsiasi interpretazione analogica, che estenda la sua applicazione ad altri reati diversi da quelli specificamente indicati dal legislatore, anche se attinenti alla sfera sessuale.

<sup>144</sup> L'art. 10 della l. 3.8.2004 n. 206 *“Nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice”* consente alle vittime e ai superstiti di eventi terroristici di accedere al gratuito patrocinio in deroga ai limiti di reddito generalmente previsti, nei procedimenti penali, civili, amministrativi e contabili.

La locuzione “può”, inserita nella lettera della norma, parrebbe sconfessare tale automatismo.

Si ritiene, al contrario, che tale dato letterale non sia riferibile al potere discrezionale del giudice di valutare la condizione reddituale del soggetto ed eventualmente di escluderlo, ma semplicemente subordini l’ammissione dell’offeso ad una istanza fatta nelle forme previste dalla legge e nell’ambito dei procedimenti per i soli reati di cui agli artt. 609-bis, 609-quater, 609-octies c.p.<sup>145</sup>

Data la formulazione della norma, una volta accertata l’iscrizione della notizia di reato per uno di questi addebiti, il provvedimento ammissivo sarà difficilmente revocato, poiché tutte le ipotesi di revoca, ai sensi dell’art. 112 T.U. n. 115/2002, fanno riferimento alle condizioni reddituali che non sono, in questo caso, oggetto di sindacato, ai fini dell’ammissione del richiedente.<sup>146</sup>

Lo Stato sopporterà, quindi, non solo i costi relativi alla difesa tecnica, ma anche all’attività svolta da investigatori privati autorizzati, da consulenti tecnici e dall’interprete di fiducia, nel caso in cui l’offeso sia straniero.<sup>147</sup>

La nuova disposizione genera una serie di perplessità, che possono essere facilmente comprese, solo se si considera la *ratio* dell’istituto nel sistema processuale italiano.

Il gratuito patrocinio trova la propria legittimazione costituzionale nell’art. 24 comma 3 Cost. secondo cui “*sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione*” e nell’art. 3 Cost., che impone allo Stato di eliminare le disuguaglianze formali e sostanziali, anche di ordine economico, che possano comportare una discriminazione dei cittadini davanti alla legge.

---

<sup>145</sup> Così la dottrina maggioritaria BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., Patrocinio a spese dello Stato per la persona offesa in Guida al Diritto n. 10/2009, pp. 52; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, p. 960; Negano, invece, l’automatismo dell’accesso al gratuito patrocinio per le vittime di violenza sessuale GIORIS B. *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 4*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, p. 477; DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali* in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, n. 4/2009, p. 429.

<sup>146</sup> BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., Patrocinio a spese dello Stato per la persona offesa in Guida al Diritto n. 10/2009, pp. 52; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, p. 960;

<sup>147</sup> “*Deve essere dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 102 d.P.R. n. 115 del 2002, nella parte in cui non prevede, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, la possibilità di nominare un proprio interprete. Resta fermo che il legislatore dovrà compiutamente disciplinare la materia inerente a questa figura di interprete.*” Corte Costituzionale 6 luglio 2007 n. 254, in *Cass. Pen.* 12/2007, pp. 4439 con nota di NAPPI D. “*La spinta garantista della Corte Costituzionale verso la difesa dello straniero non abbiente.*”

Corollario del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e dell'uguaglianza sostanziale, che deve realizzarsi anche a livello processuale, è il principio della parità delle armi tra i soggetti coinvolti nella controversia, che implica l'eliminazione di qualsiasi privilegio tecnico- processuale, consentendo alle parti un “*pari trattamento dalla instaurazione alla definizione del giudizio, beneficiando di un'identità di poteri paralleli.*”<sup>148</sup>

La prima e più intuitiva esigenza a cui l'istituto del gratuito patrocinio va incontro è, quindi, quella di garantire la difesa a coloro che non sono in grado di sopportare il costo di un processo. Il criterio in base a cui stabilire se concedere il beneficio dell'ammissione è costituito non dalla gravità del reato subito, ma dal parametro reddituale<sup>149</sup>.

Il nuovo comma 4-ter dell'art. 76 D.P.R. n. 115/2002 deroga alla *ratio* dell'istituto, poiché assume quale criterio per l'ammissione al gratuito patrocinio, non il reddito del richiedente, ma il tipo di reato che si presume commesso nei suoi confronti, gravando l'erario del pagamento delle spese di chi potrebbe autonomamente sostenerle.

La norma introduce un privilegio processuale per l'offeso, a cui consente un'attivazione “agevolata” del procedimento penale nei confronti dell'imputato che, invece, non potrà godere del gratuito patrocinio, se non rientra nei limiti di reddito previsti, in via generale, dall'art. 76 comma 1 D.P.R. n. 115/2002.

Se la disuguaglianza di situazioni fra chi si presume aver subito un reato e chi si presume averlo commesso non sembra configurare una lesione del principio di uguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost.<sup>150</sup>, la stessa conclusione non si può trarre con riferimento alla presunzione di innocenza di cui all'art. 27 comma 3 c.p.p. e al principio di parità delle parti contenuto nell'art. 111 comma 2 Cost., che opera non solo fra pubblico ministero e imputato, ma anche fra imputato e parti eventuali del giudizio<sup>151</sup>.

Il beneficio, così come costruito, si pone di fronte al binomio offeso - imputato in un'ottica non consentita, *ante iudicio*, dai principi fondamentali del processo penale, che

---

<sup>148</sup> POLICE A., Art. 24 in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino 2006, p. 513.

<sup>149</sup> RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.

<sup>150</sup> MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, p. 960.

<sup>151</sup> ANDRONIO A., Art. 111, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino 2006, p. 2114.



sembra guardare all'offeso come alla vittima certa di un imputato considerato colpevole fin dall'avvio del procedimento.

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi, non di scuola, in cui l'accusa mossa dall'offeso si riveli infondata e, in alcuni casi, volutamente falsa<sup>152</sup>.

Nel procedimento per il reato di calunnia contro quest'ultimo, potrà l'imputato abbiente, divenuto parte lesa, accedere al beneficio del gratuito patrocinio, per difendersi contro colui che ha ingiustamente desiderato la sua condanna?

Nulla è previsto in tal senso: la novella non si preoccupa di prevedere rimedi atti a restaurare quella parità violata.

In un sistema così congegnato e apertamente ispirato da logiche repressive, i tradizionali strumenti risarcitori ex art. 185 c.p., che esplicano la loro efficacia soddisfacente solo al termine della vicenda processuale e con i tempi ad essa correlati, sembrano ormai insufficienti per determinare un adeguato bilanciamento dei diritti contrapposti.

Il denunciato intento della modifica normativa è quello di mettere al centro del procedimento penale la vittima, per troppo tempo marginalizzata da un processo penale costruito sulla figura dell'imputato, fornendogli una sorta di tutela rafforzata.

Nei lavori preparatori si legge che *“la finalità della norma è quella di garantire alle vittime di tali reati, tutte le possibilità di tutela giudiziaria che, invece, oggi, in via di fatto, possono mancare, anche quando, formalmente, la vittima del reato abbia un reddito maggiore di quello che oggi consente di accedere al gratuito patrocinio. Troppo spesso le vittime non denunciano i reati di violenza sessuale perché non hanno, di fatto, possibilità economiche per quanto abbiano un reddito superiore a quello minimo previsto per il gratuito patrocinio. A tutti gli ostacoli psicologici, che spesso impediscono alla vittima di denunciare il reato, si aggiungono ostacoli economici. Con la norma in oggetto lo stato interviene sui secondi.”*<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> Il problema si fa ancora più pregevole se si considera l'irrevocabilità della querela prevista per i reati di cui all'art. 609-bis c.p. e 609 – quater c.p. che, quindi, sottrae alla persona offesa il potere di decidere se far proseguire o arrestare il procedimento penale e costringe l'autorità inquirente alla verifica della fondatezza della notizia di reato, vigendo il principio di obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost., con l'inevitabile coinvolgimento dell'indagato.

Si consideri, inoltre, che nel caso in cui la prova principe per accertare la responsabilità dell'imputato sia data dalla testimonianza dell'offeso minorenne (il che accadrà quasi sicuramente nei procedimenti per il reato di cui all'art. 609-quater c.p.); ai sensi dell'art. 497 comma 2 c.p.p. l'offeso infraquattordicenne che mente, non incorrerà nelle responsabilità penali previste per i testimoni falsi o reticenti.

<sup>153</sup> Intervento dell'On. Lussana nella seduta alla Camera del 30.3.2009.

L'accesso al gratuito patrocinio dell'offeso sarebbe, quindi, un modo per eliminare un ostacolo all'avvio del procedimento e, conseguentemente, alla repressione di questi odiosi reati.

Per come è formulata la norma difficilmente l'obbiettivo perseguito verrà raggiunto.

Si badi, innanzitutto, al catalogo dei reati di cui all'art. 76 comma 4 – ter D.P.R. n. 115/2002: dell'ampio ventaglio di condotte che offendono la sfera sessuale, solo tre sono state prese in considerazione dal legislatore della novella, che ha tralasciato fattispecie dotate della medesima, se non superiore gravità.

Tale constatazione ha portato la dottrina a ritenere fondatamente il nuovo comma dell'art. 76 D.P.R. n. 115/2002 in contrasto con il parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost.<sup>154</sup>

Nell'ottica della “massima tutela” apprestata alla vittima, il legislatore avrebbe certamente dovuto estendere, attraverso l'ampliamento delle tipologie di reato, il numero dei procedimenti a cui consentire l'accesso dell'offeso al patrocinio gratuito; così facendo, invece, il legislatore, offrendo alla vittima una tutela solo parziale, ridimensiona anche quell'efficacia repressiva che ad essa si crede sottesa.<sup>155</sup>

Il carattere eccezionale e derogatorio della nuova norma suggerisce un'interpretazione restrittiva, non solo con riguardo ai reati, la cui elencazione deve ritenersi tassativa, ma anche con riferimento alla locuzione di “persona offesa”.

La dottrina è concorde nell'escludere che il beneficio possa estendersi anche ai danneggiati dal reato diversi dall'offeso, come per esempio, gli enti o le associazioni

---

<sup>154</sup> Come ha evidenziato la dottrina sono rimasti esclusi dalla previsione i reati di sfruttamento della prostituzione minorile ex art. 600- bis c.p.; di pornografia minorile ex art. 600 ter c.p. “*delitti tanto gravi da esigere la custodia cautelare carceraria obbligatoria proprio in base alla novella che si commenta*”. Così DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali* in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, n. 4/2009, p. 429, ma anche GIORIS B. *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 4*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, p. 477; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, p. 960.

<sup>155</sup> Un'estensione del numero dei reati, e quindi dei procedimenti, a cui garantire il patrocinio gratuito all'offeso indipendentemente dai limiti di reddito, è contenuto nel disegno di legge c. 2326-A di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno. Viene così modificato il comma 4-ter dell'art. 76 D.P.R. n. 115/2002 “ *La persona offesa dai reati di cui agli art. 609 – bis, 609-quater e 609-octies, nonché ove commessi in danno dei minori, da reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-quinquies e 609-undecies del codice penale, può essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti previsti dal presente decreto.*”

esponenziali degli interessi lesi dal reato che possono validamente costituirsi in giudizio e avanzare pretese risarcitorie nei confronti dell'imputato.<sup>156</sup>

Ma *quid iuris* nel caso in cui l'offeso decida di costituirsi parte civile?

Se davvero si intende privilegiare un'interpretazione restrittiva della norma, che parla di persona offesa e non di parte civile, allora sorge il legittimo dubbio che la vittima possa essere ammessa al gratuito patrocinio solo per le attività, invero poche e praticabili anche personalmente senza l'ausilio del difensore,<sup>157</sup> che precedono la costituzione di parte civile.

Infine un'annotazione di carattere pratico, ma significativa di come l'innovazione rischi di non trovare attuazione e di risultare inefficace rispetto agli obiettivi preposti.

L'accesso al gratuito patrocinio, seppur per pochi reati, dell'offeso abbiente comporta, senza dubbio, l'aumento della spesa pubblica.

La novella, laddove affronta il problema della copertura finanziaria, non prevede risorse ulteriori rispetto "agli ordinari stanziamenti di bilancio"<sup>158</sup>.

Secondo la nota di lettura (n. 40 – Aprile 2009) elaborata dal servizio di bilancio dello Stato con riguardo all' A.S. 1505 "Conversione in legge, con modificazioni del D.L. 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", "*dal punto di vista finanziario gli effetti derivanti dall'estensione del beneficio risultano compresi nell'ambito del quadro provvisoriale delle spese di giustizia, tenuto anche conto delle risorse della norma che esclude i condannati per reati di tipo mafioso dal patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dal reddito. Tale previsione determina evidenti risparmi di spesa a valere sulle spese di giustizia.*"

La norma a cui si riferisce la relazione è il comma 4-bis dell'art. 76 D.P.R. n.115/2002, inserito dall'art. 12-ter del D.L. 23 maggio 2008 n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, che pone una presunzione di superamento dei limiti

---

<sup>156</sup> BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., Patrocinio a spese dello Stato per la persona offesa in Guida al Diritto n. 10/2009, pp. 52; GIORS B. *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 4*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, p. 478; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, p. 961..

<sup>157</sup> Per esempio ha il potere, anche senza il difensore, di chiedere per iscritto al p.m. di promuovere l'incidente probatorio oppure mediante il difensore può assistere agli accertamenti tecnici irripetibili ex art. 360 c.p.p. oppure può svolgere le investigazioni difensive previste dall'art. 327-bis c.p.p.

<sup>158</sup> RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.

di reddito previsti per l'accesso al patrocinio gratuito, nei confronti dei soggetti già condannati con sentenza definitiva per reati associativi legati alla criminalità organizzata di stampo mafioso, al narcotraffico e al contrabbando di tabacchi lavorati esteri<sup>159</sup>.

E' evidente come tale previsione, di segno opposto rispetto a quella introdotta dalla legge n. 38/2009, avrebbe sollevato lo Stato dall'ingente esborso economico dovuto per il patrocinio di questi soggetti, quasi sempre formalmente "nullatenenti", nonostante il possesso di una ricchezza sommersa di derivazione illecita<sup>160</sup>.

Il recente intervento della Corte Costituzionale<sup>161</sup> che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 76 comma 4-bis del D.P.R. n. 115/2002, laddove non ammette prova contraria rispetto alla presunzione del superamento dei limiti di reddito, rischia di mettere in crisi la copertura finanziaria che il legislatore aveva ritenuto sussistente proprio sulla base dell'operatività di tale norma.

Tale pronuncia, in mancanza di nuovi stanziamenti, concreta il pericolo che le risorse risultino inadeguate a garantire l'effettività del comma 4-ter dell'art.76 D.P.R. n. 115/2002 e rende la legge n. 38/2009 suscettibile di essere in contrasto con l'art. 81 comma 4 Cost.<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> Più ampiamente sulla modifica apportata dal Decreto Sicurezza in materia di spese di giustizia ANTONUCCIO E., Il nuovo comma 4 bis dell'art. 76 T.U. sull'accesso al patrocinio a spese dello Stato in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 2/2010 pp. 139 e ss.; CASSIBBA F., *Le modifiche al D.P.R. n. 115 del 2002 in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, (a cura di) MAZZA O., VIGANO' F., Torino, 2008, pp. 401 e ss; RUSSO N., *Modifiche al gratuito patrocinio in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, pp. 295 e ss.; CORBETTA S., *Modifiche al T.U. in materia di spese di giustizia* in AA.VV. *Decreto Sicurezza: tutte le novità*, Ipsoa, 2008, pp. 285 e ss.

<sup>160</sup> Secondo la nota di lettura sopra citata "il numero delle persone condannate per i delitti di mafia è stato pari nel triennio 2005-2007 a 21.864 (con una media di 7.288 persone condannate all'anno). L'impossibilità di essere ammessi in futuro al beneficio del patrocinio a carico dello Stato per tali soggetti, considerata una prudenziale incidenza di recidività pari al 30%, determinerà risparmi annui valutati in quasi due milioni di euro."

<sup>161</sup> Corte Costituzionale, sentenza 16 aprile 2010 n. 139, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 76 comma 4-bis D.P.R. n. 115/2002 "nella parte in cui stabilendo per i soggetti già condannati con sentenza definitiva per i reati indicati nella stessa norma il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non ammette la prova contraria." Secondo la Corte "ciò che contrasta con i principi costituzionali è il carattere assoluto di tale presunzione, che determina una esclusione irrimediabile, in violazione degli artt. 3 e 24, secondo e terzo comma, Cost."

<sup>162</sup> La dottrina aveva già previsto il sorgere di tale problema e il susseguente contrasto con la norma costituzionale. Così RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.

Anche questa novità, dunque, sembra avere i connotati della c.d. “norma-manifesto”,<sup>163</sup> rimarcando lo spirito della l. 38/2009 che, per rispondere alle pressanti richieste di sicurezza collettiva, elabora disposizioni di forte impatto sociale funzionali a mere strategie del consenso,<sup>164</sup> senza badare al quadro costituzionale di riferimento e alla predisposizione di strumenti in grado di tradurre in realtà demagogiche enunciazioni di principio.

---

<sup>163</sup> DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali* in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, n. 4/2009, p. 428. Così anche RESTA F. che definisce l’art. 4 d.l. 11/2009 una “norma simbolo” in *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.

<sup>164</sup> Così RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.

## Conclusioni

Il processo è parte integrante dell'apparato coercitivo dello Stato ed essendo strumentalmente diretto a rendere applicabile la sanzione, persegue gli stessi obiettivi di controllo sociale e di sicurezza collettiva che sono propri dell'intero sistema normativo, ma al contempo esprime una funzione essenziale di garanzia della libertà della persona, poiché è strutturato per consentire un accertamento imparziale e non preventivo, che avvenga nelle forme del contraddittorio e nel rispetto del principio di parità delle armi fra accusa e difesa.<sup>1</sup>

Compito della disciplina contenuta nel codice di rito è, dunque, quello di mantenere elevato lo standard delle garanzie processuali, in modo da far fronte e non assecondare gli eccessi repressivi spesso contenuti nella normativa sostanziale.<sup>2</sup>

Il legislatore processuale, nel riformare la disciplina dei reati sessuali, non sembra essersi dimostrato all'altezza di questo importante dovere, che si impone in un moderno Stato di diritto.

Non si può celare che, nel corso della storia, il processo penale abbia assolto la funzione di difesa della collettività dal delitto, ma ciò è avvenuto nell'ambito di sistemi di governo totalitari, in cui il processo, asservito a logiche di controllo sociale, ha rappresentato il luogo di affermazione delle scelte politiche volute dallo Stato.

L'analisi della disciplina processuale applicabile, dal 1996 ad oggi, ai delitti lesivi della sfera sessuale, mette in evidenza come il processo sia stato progressivamente privato del suo ruolo di strumento garantistico di accertamento della colpevolezza dell'imputato ed asservito ad interessi extraprocessuali di natura eminentemente politica.

Il legislatore processuale trasforma il processo in docile recettore delle *“istanze di difesa sociale di cui il diritto sostanziale si fa sollecito interprete, a fronte di particolari fenomeni criminali”*<sup>3</sup> e, per non deludere le aspettative repressive nutrite da un'opinione

---

<sup>1</sup> TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, p. 3

<sup>2</sup> Sui rapporti fra diritto processuale e diritto sostanziale V. *supra* Cap. 1 § 1.1

<sup>3</sup> PAPA M. *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale “microsistema di tutela integrata”* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, ( a cura di ) CADOPPI A., 1996, p. 433. CARNELUTTI F., *Cenerentola* in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, pp. 3 e ss. evidenziava l'insufficienza della scienza processuale rispetto a quella penale, da cui scaturiva inevitabilmente una relazione di subordinazione della prima nei confronti della seconda.

pubblica allarmata, modifica la disciplina del codice di rito, sprezzante dei principi costituzionali che lo dominano.

Sceglie così, con la recente riforma rappresentata dalla legge n. 38/2009, di facilitare l'accesso al processo per la persona offesa, di potenziare gli strumenti di restrizione della libertà personale e le modalità di raccolta delle prove, di irrigidire il trattamento penitenziario, ridimensionando la portata dei principi costituzionali e, conseguentemente, delle garanzie difensive ad essi sottese.<sup>4</sup>

L'evolversi della procedura, dal 1930 ad oggi, ha mostrato la nascita, all'interno del processo penale, di una serie di microsistemi caratterizzati da regole processuali peculiari, derogatorie rispetto a quelle generali, e preordinate a determinati scopi.<sup>5</sup> Uno di questi è rappresentato dalla materia dei reati sessuali.

Il processo penale che si trovi ad accertare la colpevolezza dell'imputato per delitti di tal genere ha mutato progressivamente la sua funzione, trasformandosi da microsistema volto alla tutela del minore infrasedicenne, coinvolto nella vicenda processuale come testimone e/o vittima dell'abuso, a strumento di prevenzione generale e di difesa sociale.

E' l'analisi delle riforme intervenute a plasmarne la disciplina a condurre a questa conclusione.

\*\*\*

Per comprendere appieno la portata della scelta legislativa occorre prendere le mosse dalla prima grande riforma dei reati sessuali avvenuta con la legge n. 66/1996.

Le cautele introdotte dal legislatore con la legge n. 66/1996 (implementate con la successiva legge n. 269/1998), creando un sottosistema volto alla tutela del minore infrasedicenne, si sono rivelate doverose e opportune, poiché rispondenti all'intento di evitare al minore quell'esperienza di seconda vittimizzazione, che il processo può rappresentare.

Gli elementi che caratterizzano i processi di abuso sessuale sui minori non riguardano, infatti, solo gli aspetti più strettamente giudiziari e investigativi, ma sconfinano anche

---

<sup>4</sup> V. *supra* Cap. 3 § 1 e § 2.

<sup>5</sup> Così anche PAPA M. *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale "microsistema di tutela integrata"* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, ( a cura di ) CADOPPI A., 1996, p.428 secondo cui "i complessi legislativi speciali ed interdisciplinari, raccogliendo gruppi di norme accomunate quasi esclusivamente da meri nessi funzionali, propongono piuttosto modelli di sistematicità fortemente condizionati dall'idea dello scopo"

nell'ambito psicologico di valutazione della personalità e del comportamento, specie della presunta vittima. Spesso il minore non è solo testimone di fatti aberranti quali quelli di abuso sessuale, ma è anche offeso dal reato e, pertanto, protagonista assoluto della vicenda giudiziaria insieme al suo carnefice.

Egli assurge irrimediabilmente a ruolo di prova principe nell'accertamento della responsabilità dell'abuso; da ciò consegue che la miglior strategia di difesa per l'imputato si traduce, nella gran parte dei casi, nel minare la credibilità della testimonianza.

La testimonianza costituisce, dunque, *“il punto più a rischio di incroci traumatici tra il bambino ed il sistema legale”*:<sup>6</sup> tale considerazione ha indotto il legislatore del 1996 ad adattare alle esigenze del minore gli istituti processuali che riguardano la sua delicata posizione di parte lesa chiamata a testimoniare contro l'imputato.<sup>7</sup>

Si spiega così la deroga alla *cross examination* imposta dall'art. 498 comma 4 c.p.p.<sup>8</sup> che dispone che *“l'esame testimoniale del minore è condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti. Nell'esame il presidente può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile”* e l'esame c.d. *“schermato”* *“mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico”* previsto dall'art. 498 comma 4-ter.<sup>9</sup>

Ciò consente all'imputato e al suo difensore di seguire l'esame del minore senza essere visti da quest'ultimo, il che, da un lato, contribuisce a diminuire il peso della tensione emotiva che la vista dell'imputato (magari un familiare del minore) inevitabilmente porta con sé, incidendo negativamente sui meccanismi della memoria e, quindi, sulla

---

<sup>6</sup> MALACREA, LORENZINI in op. cit. p. 264.

<sup>7</sup> SERGIO, *Protezione ed assistenza in giudizio del minore vittima di violenza sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova 1997, p. 245. V. *supra* Cap. 2 § 1.2.3.

<sup>8</sup> Tale comma è stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 283 del 1997 per contrasto con l'art. 3 Cost. laddove non prevedeva le medesime modalità di svolgimento dell'esame testimoniale per il testimone maggiorenne infermo di mente. Afferma SCOMPARIN, *Art. 498 - Esame diretto e controesame dei testimoni* in *Commento al Codice di procedura penale* (a cura di CHIAVARIO), Vol. IV, Torino, p. 102 – *“Nello specifico campo dell'infermità mentale, che rende più facilmente pregiudizievole il coinvolgimento nel processo del testimone, il silenzio normativo non sembrava in realtà consentire un'adeguata garanzia del rispetto della personalità”*. Dopo la pronuncia della Corte Costituzionale la deroga alla *cross examination* è prevista anche nel caso di teste maggiorenne infermo di mente, se l'esame diretto possa nuocere alla sua personalità. In ossequio a tale pronuncia il legislatore, con la legge n. 38/2009, ha esplicitamente esteso le modalità dell'esame testimoniale previste dall'art. 498 comma 4 ter c.p.p. anche al *“maggiorenne infermo di mente vittima di reato.”*

<sup>9</sup> Il comma 4-ter è stato aggiunto dalla legge 269/1998 che ne ha stabilito l'applicabilità ai casi in cui si proceda per i reati di cui agli artt. 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale.



veridicità della deposizione, dall'altro tutela il diritto dell'imputato che, assistendo alla dichiarazione del minore, potrà strutturare meglio la propria difesa.<sup>10</sup>

L'art. 472 comma 3-bis c.p.p.<sup>11</sup> aggiunge alle tutele previste per il minore abusato<sup>12</sup> nella fase dibattimentale, che il giudizio venga celebrato “*sempre a porte chiuse*”.

Certamente la deroga alla forma dell'interrogatorio incrociato e la celebrazione del dibattimento con esclusione del pubblico, attenuano l'impatto del minorenne con l'apparato giudiziario; ma si tratta di forme in sé insufficienti se si considera il numero delle persone adulte che, sia pure a porte chiuse, assistono in dibattimento all'esame della parte lesa minorenne (almeno quattro magistrati, il cancelliere e l'usciera, un familiare del minore e l'ausiliario del presidente).

Per ovviare a tale problema la legge n. 66/1996 ha introdotto in dibattimento, ai sensi dell'art. 498 comma 4-bis c.p.p.<sup>13</sup> la c.d. audizione protetta del minore, inizialmente prevista dall'art. 398 comma 5-bis c.p.p.<sup>14</sup> solo per l'assunzione della prova in incidente probatorio.

L'istituto dell'incidente probatorio rileva non solo per le modalità di audizione del teste in forma protetta, ma soprattutto poiché, in seguito alla legge n. 66/1996 diviene luogo privilegiato di acquisizione del contributo probatorio del minore: l'aver previsto una più ampia possibilità di procedere all'audizione del testimone minorenne con le forme dell'incidente probatorio, al di fuori dei tradizionali casi previsti dall'art. 392 c.p.p.,

---

<sup>10</sup> SERGIO, *Protezione del minorenne vittima di violenza sessuale*, in *Abuso di sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p. 248.

<sup>11</sup> Il comma è stato aggiunto dalla legge di riforma dei reati sessuali n. 66/1996 ed è stato successivamente integrato dalla legge n. 269/1998 e dalla legge n. 228/2003.

<sup>12</sup> I reati a sfondo sessuale richiamati dalla norma sono quelli previsti dagli artt. 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter e 609-octies. Va però sottolineato che la regola vale anche e a maggior ragione per i delitti di cui agli artt. 609-quater e 609-quinquies dove la persona offesa è sempre minorenne. Per ragioni di completezza va detto, inoltre, che la norma dà la possibilità anche alla persona maggiorenne, offesa da uno di questi delitti, di chiedere che il dibattimento si svolga, anche solo parzialmente, a porte chiuse. La *ratio* della disposizione va ricercata nella generale tutela alla riservatezza, resa ancor più doverosa, dal fatto che tali tipi di reato invadono la sfera più intima delle persone.

<sup>13</sup> Il comma 4-bis dell'art. 498 c.p.p., introdotto dalla legge n. 269/98, così dispone: “Si applicano, se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario, le modalità di cui all'articolo 398, comma 5-bis”.

<sup>14</sup> Il comma 5-bis dell'art. 398 c.p.p. è, infatti, stato introdotto dalla legge n. 66/1996 ed è poi stato integrato dalle leggi n. 269/98, n. 228/2003 e n. 38/2006. La norma è stata recentemente modificata dalla legge n. 38/2009, che ha consentito che l'incidente probatorio si svolga nelle forme dell'audizione protetta se, ad essere escusso, sia non più un minore di anni sedici, ma un infradiciottenne. Inoltre la scelta dell'audizione protetta, che dal 2009 può svolgersi anche presso l'abitazione “della persona interessata all'assunzione della prova” e non più solo del minore, non è più subordinata alle esigenze del minore, ma genericamente “*alle esigenze di tutela delle persone*”, ivi compresi quindi anche i maggiorenni. Per osservazioni critiche sulla novella V. *supra* Cap. 3 § 2.1.

risponde alla volontà del legislatore di tutelarne la dignità e la riservatezza, assumendone la testimonianza in un contesto garantito dall'organo giurisdizionale *super partes*<sup>15</sup> e riducendo le occasioni di ascolto del minore, per evitare che egli sia costretto a narrare più volte, prima in sede di indagine e successivamente in dibattimento, un fatto tanto doloroso quale è la vicenda dell'abuso.<sup>16</sup>

\*\*\*

Il sempre maggior credito accordato alle esigenze di difesa sociale ha indotto il legislatore ad introdurre lo strumento dell'agente provocatore anche nella normativa dei reati sessuali, quale “*segno dell'insufficienza dei metodi investigativi tradizionali rispetto alle aspettative collettive di repressione del fenomeno criminale*”<sup>17</sup>

La presa di coscienza della necessità di contrastare il dilagante fenomeno della pedofilia *on line* ha costretto l'ordinamento a dotarsi di strumenti investigativi, in alcuni casi completamente nuovi, in altri solo parzialmente innovati, adeguati alle nuove forme di perpetrazione di tale grave crimine.

Il comune denominatore sotteso a queste iniziative, che si rinvergono nella legge n. 269 del 1998 e nella legge n. 38 del 2006, consiste nel dotare le autorità di più ampi poteri che, supportati da adeguate tecnologie, consentano un'attività investigativa maggiormente efficace e idonea allo scopo di prevenire e reprimere le “nuove” forme di criminalità sessuale.<sup>18</sup>

Il legislatore italiano, anticipando le indicazioni fornite dalle fonti comunitarie,<sup>19</sup> che suggeriscono forme di “investigazioni speciali” al fine di porre in essere un contrasto efficace al fenomeno, ha consentito, attraverso l'art. 14 della legge n. 269/1998, una serie di attività di indagine “*under cover*”, già previste nel nostro ordinamento per altri gravi reati. Nonostante evidente sia stato lo sforzo di configurare la disciplina dell'agente provocatore nell'ambito delle indagini di pedopornografia *on line* in senso più garantista di quanto non sia accaduto in materia di stupefacenti e di criminalità organizzata, l'opacità della disciplina potrebbe indurre a ritenere che l'attività di contrasto abbia uno scopo preventivo, ovvero che non sia finalizzata all'acquisizione di

---

<sup>15</sup> PIATTOLI in op. cit. p. 404.

<sup>16</sup> Sui problemi legati all'ascolto del minore V. *Supra* Cap. 2 § 1.1.

<sup>17</sup> MELILLO G.- MOTTA C., *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 2/2001, p. 131

<sup>18</sup> V. *supra* Cap. 2 § 2.1.

<sup>19</sup> V. *supra* Cap. 2 § 2.1.3.

elementi di prova per vagliare l'ipotesi di reato, ma sia volta alla ricerca di nuove notizie di reato, che riguardano delitti diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali il legislatore le ha espressamente consentite.<sup>20</sup>

Preso atto delle incertezze che originano dal dato letterale della norma, si ritiene che, per considerare compatibile il disposto di cui all'art. 14 l. 269/1998 con la riserva di legge, imposta nel nostro ordinamento dalla Carta Costituzionale e, ora anche dalla CEDU<sup>21</sup>, l'elencazione delle attività di contrasto (acquisto simulato, attività di intermediazione, utilizzazione di indicazioni di copertura per attivare siti nelle reti ecc.) in esso contenuta, debba considerarsi tassativa e non meramente esemplificativa.

Esser di diverso avviso significherebbe legittimare, nell'ambito dell'attività investigativa di prevenzione e lotta alla pedopornografia, qualsiasi attività atipica che possa, in via interpretativa, trovare cittadinanza fra le righe della norma, in violazione della riserva di legge.

\*\*\*

Le modifiche, apportate alla disciplina dei reati sessuali dalla legge 6 febbraio 2006 n. 38 contengono chiari segnali della tendenza del legislatore ad equiparare i reati sessuali ai reati di criminalità organizzata, anche sul piano dell'accesso agli istituti processuali di carattere premiale.<sup>22</sup>

Le novità introdotte, non solo rinforzano la tesi secondo cui la normativa dei reati sessuali costituisce un microsistema processuale, che si affianca a quello costituito dalle norme finalizzate al contrasto e alla repressione dei reati associativi,<sup>23</sup> ma rappresentano

---

<sup>20</sup> V. *supra* Cap. 2 § 2.1.2.1.

<sup>21</sup> Le recenti sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349/2007, n.39/2008, n. 311 e n. 317/2009 e, da ultimo, la n. 93/2010, hanno determinato una sorta di "rivoluzione copernicana" nella gerarchia delle fonti del diritto, stabilendo la diretta applicabilità nel nostro ordinamento delle norme contenute nella Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e attribuendo loro la qualifica di norme interposte, superiori alla legge ordinaria e inferiori solo alla Costituzione. *Rebus sic stantibus*, l'interpretazione non tassativa dell'art. 14 legge n. 269/1998, viola certamente la riserva di legge, se non con riferimento ai parametri costituzionale che tutelano la riservatezza delle comunicazioni (art. 13, art. 14, art. 15), con riferimento all'art. 8 CEDU. Sul punto si veda, MARCOLINI S., *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cassazione Penale* n. 3/2010, pp. 2855 e ss

<sup>22</sup> Come si è visto nei paragrafi precedenti anche l'introduzione dell'agente provocatore nelle indagini per reati sessuali costituisce un segno evidente della progressiva equiparazione legislativa di questo tipo di reati a quelli che tradizionalmente destano allarme sociale, fra cui rientrano certamente quelli associativi e di stampo mafioso. V. *supra* Cap. 2 § 2.2

<sup>23</sup> BELLANTONI G., *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un microsistema in evoluzione in Diritto Penale e processo* n. 8/2007, pp. 985 e ss; AMODIO E., *Il processo penale fra disgregazione e recupero del sistema* in *L'Indice Penale* n. 1/2003 pp. 7 e ss.; PAPA M., *Osservazioni sulla disciplina dei*

anche un primo forte segnale della propensione legislativa ad utilizzare la strategia repressiva per placare l'allarme sociale e riscuotere consensi.<sup>24</sup>

Il diritto viene funzionalmente forgiato in modo da *“suscitare l'emotività collettiva attorno ad immagini che se, da un lato, trasferiscono l'attenzione su problemi e pericoli enfatizzati, dall'altro offrono buon gioco alle risposte istituzionali, di presentarsi come le sole adeguate e possibili.”*<sup>25</sup>

Il divieto di patteggiamento<sup>26</sup> e un trattamento penitenziario più severo<sup>27</sup> per i responsabili di reati che attentano alla sfera sessuale, sono il risultato dell'accoglimento da parte del legislatore, delle istanze di sicurezza collettiva provenienti dall'opinione pubblica attraverso disposizioni che, solo apparentemente, garantiscono alla vittima, in particolare, e ai consociati, in generale, un'effettiva tutela da questi reati.

Si badi, infatti, che, per come è stato novellato l'art. 444 comma 1-bis c.p.p., il legislatore non ha introdotto un divieto generalizzato di patteggiamento per tutti i reati sessuali.

Rimangono definibili attraverso l'applicazione della pena su richiesta delle parti, i procedimenti per i reati di detenzione di materiale pornografico di modica quantità (art. 600-quater comma 1 c.p.) e di corruzione di minorenni (art. 609-quinquies c.p.).

Essendo tali reati puniti con la reclusione non superiore nel massimo a tre anni e valutata la riduzione della pena fino ad un terzo, quale effetto della scelta del rito speciale, i responsabili di tali reati, così come di quelli previsti dall'art. 600 bis comma

---

*reati sessuali quale “microsistema di tutela integrata” in Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova, 1996, pp. 427 e ss.

<sup>24</sup> MOSCONI G, *Dentro il carcere oltre la pena*, Padova, 1998, pp. 215 parla di *“amministrazione dell'allarme sociale”* quale *“potente arma di controllo dell'opinione pubblica”*. Secondo l'autore, che elenca questo aspetto fra quelli ostativi all'affermazione delle misure alternative, *“la riduzione delle misure repressive crea nell'opinione pubblica la preoccupazione che i criminali non vengano puniti e che vengano meno le condizioni generali di sicurezza della convivenza sociale.”* Le modifiche in questo senso riguardano anche i profili sostanziali che non verranno trattati in questa sede, come ad esempio l'innalzamento della cornice edittale dei reati offensivi della sfera sessuale.

<sup>25</sup> MOSCONI G, *Dentro il carcere oltre la pena*, Padova, 1998, pp. 347

<sup>26</sup> V. *supra* Cap. 2 § 2.2.1.

<sup>27</sup> V. *supra* Cap. 2 § 2.2.2.

2 c.p.<sup>28</sup> e dall'art. 600-ter comma 4 c.p.,<sup>29</sup> potranno accedere anche al patteggiamento c.d. semplice, godendo del corredo premiale di cui all'art. 445 c.p.p.<sup>30</sup>

L'accesso al patteggiamento semplice sarà, inoltre, consentito anche nel caso di reati espressamente esclusi dal patteggiamento allargato, se la condotta tenuta dall'autore sarà tale da contenere la pena, una volta diminuita fino ad un terzo, entro i due anni di reclusione. E' questo il caso delle fattispecie previste dagli artt. 600-bis comma 3 c.p., 600-ter comma 3 c.p. e 609-bis commi 2 e 4 c.p.<sup>31</sup>

Il legislatore, dunque, non solo non impone un divieto generalizzato per i *sex offenders* di accedere al patteggiamento, ma permette loro, nelle ipotesi di minor gravità, di godere dei benefici connessi al rito speciale "nella versione *minor*".<sup>32</sup>

Si consideri poi che, per tutti i reati sessuali, è possibile procedere mediante il giudizio abbreviato il cui accesso, scelta esclusiva e insindacabile dell'imputato, non è subordinato al consenso né del pubblico ministero, né del giudice.

Se l'intenzione del legislatore era quella di evitare vantaggiose riduzioni di pena per gli autori di tal genere di crimini, la mancata modifica dei presupposti per accedere al rito abbreviato vanifica l'obiettivo poiché, grazie ad esso, gli sconti di pena potranno essere ancora maggiori rispetto a quelli ottenibili mediante il patteggiamento<sup>33</sup>.

E' chiaro che se si guarda al sistema nella sua globalità il novellato art. 444 c.p.p. risulta essere una norma di forte impatto sociale, ma che fallisce l'obiettivo di una maggior

---

<sup>28</sup> La fattispecie punisce chi compie atti sessuali a pagamento con un minore di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni.

<sup>29</sup> Punisce, in via residuale, la condotta di chi "consapevolmente cede ad altri anche a titolo gratuito, materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto."

<sup>30</sup> Art. 445 c.p.p.: "Effetti dell'applicazione della pena su richiesta 1. La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento né l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale. 1-bis. Salvo quanto previsto dall'articolo 653, la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi. Salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna 2. Il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale, e se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena."

<sup>31</sup> NIGRO M., *Le norme processuali e penitenziarie in Diritto penale e processo* n. 8/2006, pp. 951-952.

<sup>32</sup> L'espressione è di AMODIO E. *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo in Cassazione penale* n. 10/2006, p. 3410.

<sup>33</sup> MUGNAINI S., *La nuova disciplina in tema di prostituzione e pornografia minorile: testi e contesti in Legislazione Penale* n. 2/2008, p. 197 *contra* GERACI M.R. *La legittimità del patteggiamento allargato in Cassazione Penale* n. 6/2007, p. 2454.

tutela della collettività da questo genere di crimini. Lo stesso discorso si può fare con riferimento alle modifiche apportate all'art. 4-bis ord. pen. dal medesimo provvedimento.

La legge del 2006 “slega” dalla componente associativa la gravità dei reati sessuali, equiparandoli ai delitti di criminalità organizzata solo sulla base dell'allarme sociale che sono in grado di destare: il pedofilo viene riconosciuto soggetto socialmente pericoloso e impossibile da rieducare al pari del mafioso e, nel delicato bilanciamento fra principi di rango costituzionale, le esigenze di difesa sociale vengono ritenute prevalenti rispetto alle garanzie individuali.

Le perplessità della modifica in ambito penitenziario originano dall'uguaglianza di trattamento riservata dal legislatore a situazioni diverse, tale da rendere la norma di dubbia legittimità costituzionale per contrasto con il parametro dell'art.3 Cost. e dell'art. 27 comma 2 Cost.: imponendo il “carcere duro”, il legislatore dimostra di disinteressarsi della rieducazione di tal tipo di delinquenti, negando, per un cospicuo periodo di tempo, una serie di opportunità di reinserimento sociale, anche nel caso in cui costoro si siano resi responsabili di episodi bagatellari. Non vengono, infatti, escluse dall'applicazione dell'art. 4-bis ord. pen. le fattispecie di violenza sessuale e atti sessuali con minorenni di “minor gravità”, così da portare l'interprete a concludere che la limitazione dei benefici penitenziari si estenda anche ai condannati per le ipotesi attenuate, senza che sia adeguatamente valutata la loro capacità di risocializzazione.<sup>34</sup>

Si ritiene, quindi, che la legge n. 38/2006 non si sia rivelata idonea a perseguire quegli obiettivi di sicurezza pubblica che intendeva prefiggersi: si badi al fatto che solo in rari casi il detenuto viene stato sottoposto, durante la permanenza in carcere, ad un trattamento rieducativo specifico, che possa ridurre il rischio di condotte recidivanti.<sup>35</sup>

\*\*\*

---

<sup>34</sup> DEL SIGNORE *Commento art. 4-bis, L. 26 Luglio 1975, n. 354 in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, (a cura di) Cadoppi, Padova, 2006, p. 996. Si ricordi che la giurisprudenza di legittimità riconduce ai delitti di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenni anche condotte che abbiano solo minimamente leso la sfera intima della vittima, come per esempio il bacio o lo sfioramento delle zone erogene del corpo. Fra le tante Cass, 13 febbraio 2007 in *Cassazione Penale*, 2008, pp. 1039 e ss; Cass. 24 novembre 2000 in *Cassazione Penale* 2002, pp. 1430 e ss; Cass. 18 gennaio 2001 in *Foro Italiano*, 2002, II, pp. 502 e ss; Cass. 4 dicembre 1998 in *Giustizia Penale*, 1999, II, 584.

<sup>35</sup> Le problematiche legate al trattamento penitenziario dei condannati per reati sessuali verrà affrontato più compiutamente nel capitolo 3 § 2.2.

La tendenza del legislatore a rassicurare i consociati attraverso l’emanazione di norme-manifesto conosce la sua massima espressione con la recentissima riforma apportata alla materia dalla legge n. 38/2009.

L’orientamento general-preventivo espresso dall’esecutivo, in sede di emanazione del Decreto Legge n. 11/2009 è stato trasferito nella provvedimento legislativo che, a livello processuale, lascia pressoché immutata la disciplina dibattimentale in materia di reati sessuali, incidendo invece cospicuamente sulla fase delle indagini preliminari e sui suoi istituti tipici; rafforza i poteri delle autorità inquirenti e correlativamente limita i diritti di libertà dell’indagato, creando parecchie frizioni con il dettato costituzionale.

Significativa è la modifica di cui all’art. 275 comma 3 c.p.p., che ha comportato l’ampliamento delle ipotesi di custodia cautelare in carcere “obbligatoria”.<sup>36</sup>

Si allunga l’elenco dei reati per cui il giudice deve emettere ordinanza di custodia cautelare, verificata la sola sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, salvo che vi siano elementi che dimostrino l’inesistenza delle esigenze cautelari di cui all’art. 274 c.p.p.

Dall’entrata in vigore della riforma la presunzione di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere non opera solo per i delitti e le attività connesse alle associazioni mafiose di cui all’art. 416 – bis c.p., ma anche per i delitti attinenti alla sfera sessuale quali il reato di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis c.p.); pornografia minorile (art. 600-ter comma 1, 2,3 c.p.)<sup>37</sup>; iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-quinquies c.p.);violenza sessuale (art. 609 bis c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609 – quater c.p.) e violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.), salvo che ricorrano le ipotesi attenuanti.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Durante la discussione in Assemblea dell’8 aprile 2009, l’On. Lussana così risponde all’On. Mantini, che sosteneva la natura obbligatoria della nuova ipotesi di custodia cautelare in carcere: “ (...) *ho sentito parlare di automatismo, dunque di obbligo della custodia cautelare in carcere anche in assenza delle esigenze cautelari. Vorrei dire anche all’onorevole Mantini che non è assolutamente così. È vero che con la lettera a), novellando l’articolo 275, noi deroghiamo al principio generale, prevedendo la custodia cautelare in carcere come misura prioritaria. Di conseguenza, deroghiamo al principio generale per cui si dovrebbe provvedere alla custodia cautelare in carcere, solo salvo quando un’altra misura non risulti chiaramente adeguata.*” V. *supra* Cap. 3 § 1.1.

<sup>37</sup> L’unica condotta esclusa dall’applicazione dell’art. 275 comma 3 c.p. fra quelle previste dall’art. 600-ter c.p. è la cessione di materiale pedopornografico.

<sup>38</sup> L’originario testo del decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11 prevedeva che fosse esclusa dall’applicazione dell’art. 275 comma 3 c.p.p. solo l’ipotesi attenuata del delitto di violenza sessuale ex art. 609 c.p. e non anche le ipotesi attenuate di cui all’art. 609 – quater c.p. e all’art. 609 – octies c.p., incluse invece in sede di conversione.

La nuova disposizione prevede due tipi di presunzione: la prima relativa (*iuris tantum*), con riferimento all'esistenza di almeno una delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. a fronte della provata sussistenza in capo all'indagato dei gravi indizi di colpevolezza; la seconda assoluta (*iuris et de iure*) con riguardo all'adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere e alle esigenze cautelari presupposte e non sconfessate da prova contraria.<sup>39</sup>

La presunzione *iuris tantum* di esclusività della misura restrittiva più severa può essere vinta solo se siano acquisiti elementi da cui risulti l'assenza del *periculum libertatis*<sup>40</sup>.

A tale presunzione si accompagna il rovesciamento dell'onere della prova: sarà la difesa a dover dimostrare che non sussistono esigenze cautelari volte a legittimare l'emissione dell'ordinanza che dispone la custodia cautelare in carcere.

Alla sfiducia nell'organo giudicante, la novella accompagna una marginalizzazione, propria del Codice di rito del 1930,<sup>41</sup> del principio di cui all'art. 27 comma 2 Cost., principio da cui l'Assemblea Costituente prese le mosse verso l'auspicato rinnovamento, in senso liberale, del processo penale.<sup>42</sup>

La presunzione di adeguatezza e l'inversione dell'onere della prova in ordine alle esigenze cautelari sono una chiara dimostrazione di come il legislatore abbia trascurato la valenza processuale della presunzione di innocenza, tanto come canone probatorio,

---

<sup>39</sup> Così MOSCARINI P., *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Diritto Penale e Processo* n. 2/2010, pp. 229; Secondo DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali* in *Archivio della nuova procedura penale* n. 4/2009, pp. 427 e ss, la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere avrebbe valore di presunzione *iuris tantum*.

<sup>40</sup> Sulla *probatio diabolica* imposta dall'art. 275 comma 3 c.p.p. si erano già espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 5 ottobre 1994, Demitry in *Cass. Pen.* 1995, pp. 842 e ss. secondo cui “ *in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati nell'art. 275 comma 3 c.p.p., deve essere senz'altro applicata la misura della custodia cautelare in carcere, senza necessità di accertare le esigenze cautelari che sono previste dalla legge. Ne consegue che al giudice di merito incombe solo l'obbligo di dare atto della inesistenza di elementi idonei a vincere tale presunzione, mentre l'obbligo di motivazione diventa più oneroso nell'ipotesi in cui l'indagato o la sua difesa abbiano evidenziato elementi idonei a dimostrare l'insussistenza di esigenze cautelari, dovendosi allora addurre, o quanto meno dedurre, gli elementi di fatto sui quali la prognosi positiva può essere fatta.*” Di recente Cass. Pen. sez. IV 22 gennaio 2008 Licciardello.

<sup>41</sup> Alfredo Rocco definiva, nella Relazione al Progetto Preliminare del Nuovo Codice di Procedura Penale, la presunzione di non colpevolezza come “*una stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali; una tale enormità, una così patente inversione del senso logico e giuridico, che non può essere ammessa neppure come modo di dire.*” in *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, vol. VII, pp. 22 e ss.

<sup>42</sup> DOMINIONI O., *Commento all'art. 27 comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di) Branca G., Pizzorusso A. 1991, pp. 188 e ss.



quanto come regola di trattamento<sup>43</sup>. Bene si è espressa la dottrina quando ha affermato che, nella legge di riforma dei reati sessuali, *“la custodia cautelare, quale pena anticipata e sommaria, sovente affetta da caratteri di esemplarità, diviene lo strumento immediato di appagamento dell’opinione pubblica, aldilà della presunzione di non colpevolezza”*.<sup>44</sup>

Le preoccupazioni sollevate dalla dottrina per il contrasto dell’art. 275 comma 3 c.p.p. con i parametri costituzionali di cui agli artt. 3, 13, primo comma, 27 secondo comma e 111 sono state ridimensionate dall’intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 165/2010, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 275 comma 3 c.p.p. nella parte in cui, facendo valere la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i delitti di cui agli artt. 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater c.p., *“non fa salva l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.”*

Secondo la Consulta, infatti, *“l’eliminazione o riduzione dell’allarme sociale cagionato dal reato del quale l’imputato è accusato, o dal diffondersi di reati dello stesso tipo, o dalla situazione generale nel campo della criminalità più odiosa o più pericolosa, non può essere annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione.”*

---

<sup>43</sup> In sede di lavori preparatori era già stato brutalmente evidenziato come questa modifica fosse lesiva della presunzione di innocenza prevista dalla Costituzione. Secondo l’On. Mecacci: *“Questa norma è una di quelle più illiberali che siano state introdotte nel nostro ordinamento penale negli ultimi anni. Mi sembra che si rivada ai cosiddetti decreti Cossiga e alle leggi speciali contro il terrorismo, dove si estende il principio della presunzione di colpevolezza, invece di difendere il principio costituzionale della presunzione d’innocenza che. (...) è l’unico principio che vige nel nostro ordinamento”*. Noi proponiamo un emendamento col quale vogliamo eliminare l’obbligo della custodia cautelare, in quanto vi sono altre forme per garantire contro la pericolosità: gli arresti domiciliari, l’obbligo di dimora e tante altre misure che sono applicate per tutti gli altri reati. Voi volete solo aizzare le piazze con la demagogia sulla violenza sessuale, che in questo Paese è diminuita invece di aumentare. È veramente una vergogna perché ci si proclama liberali e, invece, si propone questo tipo di norma.”. Secondo l’On. Zamparutti: *“con questa norma l’indagato, l’accusato è già di per sé un colpevole, che deve dimostrare la sua innocenza. Vengono scardinati i principi essenziali del nostro ordinamento. Vi è la compressione della libertà personale dei cittadini, viene sottratta del tutto al giudice la valutazione di adeguatezza delle misure.”*

<sup>44</sup> Così GARGANI A., Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, *Premessa*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 417, che denuncia tra l’altro una preoccupante *“trasfigurazione teleologica degli istituti processuali, chiamati ad assolvere ad un anomala ed indebita funzione di giustizia “in tempo reale” in cui il giudice rischia di divenire la mera cinghia di trasmissione di un messaggio “forte” che dal legislatore deve giungere senza ostacoli o freni, direttamente ai consociati.”* .

La Corte, dunque, coglie l'irragionevolezza dell'equiparazione dei *sex offenders* ai responsabili di delitti associativi e ridimensiona il dettato legislativo, quasi a rimproverare il legislatore per non aver tenuto in debita considerazione il peculiare *status* dei delinquenti sessuali, non solo, nella gran parte dei casi, soggetti attivi di reati ontologicamente individuali, ma spesso bisognosi di misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, in grado di soddisfare tanto le esigenze cautelari, quanto il principio del "*minor sacrificio necessario*",<sup>45</sup> quale criterio guida per la restrizione della libertà personale *ante iudicio*<sup>46</sup>.

Si ritiene che le obiezioni della Corte Costituzionale debbano essere estese anche ad altre norme novellate dalla legge n. 38/2009, in particolare al nuovo art. 4-bis ord. pen. in materia di accesso ai benefici penitenziari.<sup>47</sup>

La norma, dopo essere stata modificata, come si è detto, dalla legge n. 38/2006 è stata nuovamente rivista dalla più recente novella che impone, ai fini della concessione delle misure alternative, dei permessi premio o del lavoro all'esterno, l'osservazione scientifica della personalità, condotta per almeno un anno, dei condannati per il delitto di violenza sessuale semplice e aggravata, di atti sessuali con minorenne e di violenza sessuale di gruppo; tale osservazione deve avvenire "collegialmente" all'interno del carcere anche con l'aiuto di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica (art. 80 comma 4 ord. pen.).

La legge n. 38/2009 si limita a sancire il periodo minimo di osservazione della personalità, ma nulla dice né sul termine da cui l'annualità deve essere fatta decorrere<sup>48</sup>,

---

<sup>45</sup> Criterio che la Corte Costituzionale ha introdotto nell'ambito della scelta delle misure cautelari nella sentenza n. 299/2005.

<sup>46</sup> Secondo la Corte Costituzionale "*con particolare riguardo alla tutela penale della libertà sessuale, si sarebbe, infatti, al cospetto di fenomeni di devianza individuale che si manifestano attraverso condotte della più diversa gravità, spesso conseguenti a patologie, le quali possono, in un non trascurabile numero di casi, risultare contenibili, sul piano cautelare, con misure diverse dalla custodia in carcere: donde un insopprimibile bisogno di differenziare, sulla base di un apprezzamento in concreto, i vari fatti riconducibili al paradigma legale e astratto.*" (Corte Cost. sentenza 7 luglio 2010 n. 165)

<sup>47</sup> V. *supra* Cap. 3 § 2.2.

<sup>48</sup> E' recentemente intervenuta una pronuncia della Corte di Cassazione che ha stabilito, correggendo l'interpretazione data dai primi commentatori alla norma, che nel computo dell'anno previsto per l'osservazione scientifica della personalità dal nuovo art. 4-bis comma 1-quater ord. pen., rientra anche il periodo scontato dal detenuto in regime di custodia cautelare in carcere. Secondo la Corte, infatti, "*in tema di concessione delle misure alternative in favore dei condannati per reati di violenza sessuale, il periodo di un anno dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente non può essere fatto decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, dovendo il Tribunale di sorveglianza valutare, sulla base della disciplina dell'art. 4 bis, comma primo quater, L. n. 354 del 1975 nella formulazione introdotta dall'art. 3 del D.L. n. 11 del 2009, conv. in L. n. 38 del 2009, i risultati dell'osservazione svolta nel periodo di custodia cautelare carceraria sofferta prima dell'entrata in vigore*

né sulle modalità di conduzione dell'osservazione che, però, si ritiene debbano avvenire, ai sensi dell'art. 27 comma 4 reg. esec. ord. pen., senza soluzione di continuità.<sup>49</sup>

Sarà il Tribunale di Sorveglianza a dover decidere, una volta acquisito il parere sulla modificazione da parte del condannato dei comportamenti devianti e sulle sue possibilità di reinserimento sociale, in merito all'ammissione ai benefici: l'accoglimento della domanda è, quindi, rimessa alla valutazione discrezionale e motivata dell'autorità giudiziaria, non essendo automatica alla scadenza dell'annualità.<sup>50</sup>

La lettura combinata del nuovo articolo 4-bis comma 1-quater ord. pen. con il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 656 comma 9 c.p.p. impone, quindi, di concludere che tutti i condannati per il delitti di violenza sessuale aggravata e semplice, escluse le ipotesi attenuate, atti sessuali con minorenne e violenza sessuale di gruppo dovranno trascorrere in carcere almeno dodici mesi prima di accedere ai benefici di cui all'art. 4- bis ord. pen.

Non si condivide la tesi di una parte della dottrina che ha visto in questa novità la volontà di rendere l'art. 4- bis ord. pen. più coerente con il dettato costituzionale, grazie alla presa di coscienza che il trattamento penitenziario, per i condannati sessuali, *“quale rimedio ad una pericolosità sociale che per essere eliminata o quantomeno ridotta non presuppone la dissociazione da gruppi criminali, bensì l'attivazione di idonei percorsi di recupero del condannato”*.<sup>51</sup>

L'insanabile contraddizione che emerge dal combinato disposto di cui agli artt. 4 – bis comma 1 quater ord. pen. e 27 comma 2 reg. pen.<sup>52</sup> costringe a prendere le distanze da questa tesi: se, da un lato, l'osservazione scientifica della personalità per almeno un

---

*della legge che ha subordinato all'osservazione scientifica della personalità la concessione dei benefici.”* (Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 18 febbraio 2010 n. 9110 in CED Cass. Pen. 2010)

<sup>49</sup> MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 958-959.

<sup>50</sup> Secondo PALMUCCI V., *La presa in carico del delinquente sessuale: caratteristiche e finalità dei principali modelli utilizzati nel panorama mondiale in AAVV Aggressori sessuali; dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*, Milano, 2006, pp. 193: *“L'esigenza di difesa sociale e quindi la tutela di interessi diffusi investe, infine, la magistratura di sorveglianza, la quale, come anello terminale del circuito preposto al controllo sociale, rappresenta l'istituzione che per eccellenza ha il compito di difendere la collettività dai suoi membri più pericolosi.”*

<sup>51</sup> GIORIS B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 466.

<sup>52</sup> Secondo tale norma il programma di trattamento del detenuto deve essere disposto, sulla base dell'osservazione della personalità effettuata dall'ingresso in carcere, entro nove mesi dall'inizio dell'esecuzione. Si noti che l'osservazione intramuraria della personalità finalizzata, ai sensi dell'art. 13 ord. pen., a *“rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale”* è stata concepita dal legislatore, nelle prime fasi dell'esecuzione della pena, come strumento da cui ricavare dati per individualizzare il programma rieducativo a cui sottoporre il condannato nel corso della detenzione.

anno ha come scopo quello di ridurre il rischio di recidiva, allora i dodici mesi previsti risultano certamente troppo brevi per “*l’attivazione di un serio percorso rieducativo e terapeutico mirato alla riduzione della pericolosità sociale*”, dall’altro il termine di un anno potrebbe, invece, risultare eccessivo per quei casi in cui è la stessa carcerazione a rivelarsi sproporzionata all’entità del fatto e alla pena comminata con la sentenza di condanna.<sup>53</sup>

L’efficacia della previsione introdotta dalla novella deve, poi, fare i conti con le risorse economiche e umane disponibili: la legge n. 38/2009 né impone che i *sex offenders* siano detenuti nelle (poche) carceri dove esistono sezioni specializzate per il loro trattamento, né stanziava nuovi finanziamenti per la creazione di nuovi progetti di recupero o per il potenziamento di quelli già esistenti, né per l’aumento del personale esperto che si occupi dell’osservazione della personalità prevista come obbligatoria<sup>54</sup>.

Si consideri, infatti, che l’art. 13 ord. pen. impone l’osservazione della personalità di tutti coloro che fanno ingresso in carcere e per ciascuno dei quali deve essere predisposto un trattamento individualizzato finalizzato al reinserimento sociale.

Il nuovo comma 1-quater dell’art. 4-bis ord. pen., oltre che introdurre una disparità di trattamento dei condannati per reati sessuali rispetto ai detenuti per reati diversi, impone senza alcun dubbio un aumento della mole di lavoro degli esperti che lavorano all’interno del carcere.

Non essendo state previste risorse per l’assunzione di nuovo personale, è ragionevole pensare che, non solo l’osservazione della personalità non inizierà immediatamente varcate le porte del carcere, ma che le relazioni sulle basi delle quali l’autorità giudiziaria deciderà per l’ammissione ai benefici, giungeranno con ritardo all’organo giudicante e ben oltre il rispetto all’annualità prevista dalla legge.

Il condannato, dunque, pagherà con la propria libertà personale le disfunzioni dell’amministrazione penitenziaria, messa in crisi dalla carenza di risorse e dal

---

<sup>53</sup> GIORIS B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 – Art. 3*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009 p. 470.

<sup>54</sup> Da una recente indagine condotta dal Dipartimento dell’esecuzione penale esterna, volta a sondare le risorse, le metodologie e le strategie operative per l’esecuzione delle misure alternative alla detenzione, per gli autori di reati di natura sessuale è emerso che fra le ragioni della limitata collaborazione degli psicologi e del mancato sviluppo delle attività di rete con i servizi e le agenzie vi è la carenza strutturale di risorse specialistiche interne ed esterne agli uffici. in “*Temi di esecuzione penale*”, “*I sex offenders. Un’analisi valutativa sulla gestione di alcune tipologie di condannati in misura alternativa o di comunità*”, n. 2/2009, p. 46

sovraffollamento delle carceri, problematica certamente preesistente alla legge n. 38/2009, ma che la novella, anziché ridimensionare, non fa che acuire.

Il legislatore della riforma, configurando il carcere come unica via possibile *post delictum* per i *sexual offenders*, oltre a trascurare il valore rieducativo del lavoro esterno e delle misure alternative alla detenzione, non ha considerato che, nella gran parte dei casi, la pena detentiva non rappresenta, per gli aggressori sessuali, un valido deterrente, poiché il loro gesto violento è di natura compulsiva; inoltre, il loro isolamento all'interno del carcere, dettato da evidenti ragioni di sicurezza e di tutela della loro incolumità, incrementa gli effetti desocializzanti della detenzione, poiché la loro condizione di “*esclusi-protetti*” limita la libertà di movimento, l'accesso agli spazi comuni e alle attività ricreative (attività sportive, culturali ecc.).<sup>55</sup>

L'osservazione scientifica della personalità per almeno un anno, così come disciplinata dal legislatore del 2009, non si configura come percorso terapeutico obbligato, ma solo come un modo di tenere lontano dalla società, per un certo lasso di tempo, il “socialmente pericoloso”. La modifica dell'art. 4-bis ord. pen., dunque, è un preoccupante segnale di un sistema che si ostina ad ignorare come la “*risposta di tipo custodialistico non risolve, ma rinvii soltanto ad un momento successivo, i problemi del reinserimento del criminale pericoloso nel circuito sociale e come la pericolosità sarà allora addirittura accentuata dall'effetto disadattante che l'istituzione produce al di fuori di ogni tentativo di risocializzazione*”.<sup>56</sup> La riforma, quindi, fallisce anche l'obiettivo, tanto blasonato, di difesa della collettività che, nel caso di delinquenti sessuali, non può proficuamente ottenersi prescindendo dalla cura del pedofilo.

Oltre alla mancata difesa dei consociati, la riforma non riesce a garantire nemmeno una tutela effettiva alla vittima del reato, scopo che si è inteso perseguire con vigore e dietro cui si celano, invece, i reali intenti repressivi, volti a raccogliere consensi, e si giustificano le modifiche, derogatorie rispetto ai principi del giusto processo, apportate ad alcuni istituti.<sup>57</sup>

Per quanto riguarda la fase esecutiva, il mancato accesso ai benefici penitenziari per almeno un anno, non solo non mira alla rieducazione di questo genere di condannati, e

---

<sup>55</sup> TOCCAFONDI I. – SCALA P., *Percorsi tratta mentali per il delinquente sessuale a partire dal carcere: analisi della relazione socio educativa e patto di fiducia* in AA.VV. *Aggressori sessuali; dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*, Milano, 2006, pp. 475 e ss.

<sup>56</sup> MOSCONI G. *La controriforma carceraria* in *Dei delitti e delle pene*, Bologna, 1991 p. 149

<sup>57</sup> V. *supra* Cap. 3 § 2.1.

riduce grandemente la possibilità di sperimentare una qualsivoglia forma di giustizia riparativa finalizzata riconciliazione fra vittima e condannato,<sup>58</sup> ma ridimensiona drasticamente anche le possibilità concrete che essa possa venir risarcita, a causa dell'impossibilità per il condannato di accedere al lavoro per un lungo periodo.

Tale aspetto è ancor più grave nell'ottica del concreto ristoro della vittima, se si considera che ad oggi non risulta essere stato stanziato alcun fondo specificamente destinato alle vittime di reati sessuali, nonostante le numerose sollecitazioni provenienti da differenti ambiti.<sup>59</sup>

Una modifica che sembra inconfutabilmente introdotta con il pacifico intento di favorire la vittima dell'abuso nel processo è l'aggiunta, all'art. 76 DPR n. 155/2002, del comma 4-ter secondo cui: *“la persona offesa dai reati di cui agli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, può essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito previsti dal presente decreto.”*<sup>60</sup>

In base alla novella la vittima del reato di violenza sessuale, atti sessuali con minorenne e violenza sessuale di gruppo potrà ricorrere al gratuito patrocinio, anche se gode delle condizioni economiche che, in via generale, ai sensi dell'art. 76 commi 1 e 2 D.P.R. n. 115/2002, non ne legittimerebbero l'accesso. Si tratta di un'ipotesi di accesso “automatico” dell'abbiente, poiché le condizioni reddituali non sono oggetto di sindacato, ai fini dell'ammissione del richiedente.

---

<sup>58</sup> Sull'opportunità che il processo si preoccupi non solo alla condanna del colpevole, ma anche alla ricomposizione del conflitto delinquente/vittima, fra i tanti, si veda DEL RE M., *Il minore vittima. L'audizione nel processo penale, tra normativa interna e prescrizioni europee. Il ruolo appropriato ed effettivo* in *L'Indice Penale* n. 3/2006, p. 1254.

<sup>59</sup> Le sollecitazioni per la creazione di fondi di garanzia specificamente destinati al risarcimento delle vittime di reati sessuali sono venute da diverse associazioni fra cui l'associazione Meter fondata da Don Di Noto che il 18 giugno 2008 ha incontrato il ministro Carfagna per chiedere l'istituzione di un fondo per le vittime della pedofilia, in [www.antimafiaduemila.com](http://www.antimafiaduemila.com) e alcune associazioni campane che, nel gennaio 2010, hanno sottoscritto una proposta di legge volta all'istituzione di un fondo di garanzia per il risarcimento delle donne vittime di violenza sessuale. Il testo della proposta, predisposto da Stefania Cantatore, Rosaria Esposito e dagli avvocati Elena Coccia, Mariagiorgia de Gennaro e Mariapia De Riso, è pubblicato sul sito web [www.noidonne.org](http://www.noidonne.org). Si cita inoltre il disegno di legge n. 1697 “*Nuove disposizioni in materia di prevenzione e contrasto alla violenza di genere e di tutela e sostegno alle vittime*”, comunicato alla presidenza del Senato il 20 luglio 2009 che, all'art.1 comma 2, si prefiggeva di *“contrastare, in particolare, la violenza sessuale contro le donne in tutte le sue forme e manifestazioni, attraverso il sostegno all'educazione e all'informazione (...)”*

<sup>60</sup> V. *supra* Cap. 3 § 2.3.

Al di là delle perplessità che sorgono con riferimento ai parametri costituzionali di cui agli artt. 27 comma 3 Cost. e 111 comma 2 Cost., già affrontate nel corso della trattazione,<sup>61</sup> si noti un particolare che mette in crisi l'effettività della norma.

La novella, laddove affronta il problema della copertura finanziaria, non prevede risorse ulteriori rispetto “agli ordinari stanziamenti di bilancio”.<sup>62</sup>

Secondo la nota di lettura (n. 40 – Aprile 2009) elaborata dal servizio di bilancio dello Stato con riguardo all' A.S. 1505 “Conversione in legge, con modificazioni del D.L. 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”, *“dal punto di vista finanziario gli effetti derivanti dall'estensione del beneficio risultano compresi nell'ambito del quadro provvisorio delle spese di giustizia, tenuto anche conto delle risorse della norma che esclude i condannati per reati di tipo mafioso dal patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dal reddito. Tale previsione determina evidenti risparmi di spesa a valere sulle spese di giustizia.”*

La norma a cui si riferisce la relazione è il comma 4- bis dell'art. 76 D.P.R. n.115/2002, inserito dall'art. 12-ter del D.L. 23 maggio 2008 n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, che pone una presunzione di superamento dei limiti di reddito previsti per l'accesso al patrocinio gratuito, nei confronti dei soggetti già condannati con sentenza definitiva per reati associativi legati alla criminalità organizzata di stampo mafioso, al narcotraffico e al contrabbando di tabacchi lavorati esteri<sup>63</sup>.

E' evidente come tale previsione, di segno opposto rispetto a quella introdotta dalla legge n. 38/2009, avrebbe sollevato lo Stato dall'ingente esborso economico dovuto per

---

<sup>61</sup> V. *supra* Cap. 3 § 2.3.

<sup>62</sup> RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale in Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.

<sup>63</sup> Più ampiamente sulla modifica apportata dal Decreto Sicurezza in materia di spese di giustizia ANTONUCCIO E., *Il nuovo comma 4 bis dell'art. 76 T.U. sull'accesso al patrocinio a spese dello Stato in Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 2/2010 pp. 139 e ss.; CASSIBBA F., *Le modifiche al D.P.R. n. 115 del 2002 in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, (a cura di) MAZZA O., VIGANO' F., Torino, 2008, pp. 401 e ss; RUSSO N., *Modifiche al gratuito patrocinio in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, pp. 295 e ss.; CORBETTA S., *Modifiche al T.U. in materia di spese di giustizia in AA.VV. Decreto Sicurezza: tutte le novità*, Ipsoa, 2008, pp. 285 e ss.

il patrocinio di questi soggetti, quasi sempre formalmente “nullatenenti”, nonostante il possesso di una ricchezza sommersa di derivazione illecita<sup>64</sup>.

Il recente intervento della Corte Costituzionale,<sup>65</sup> che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 76 comma 4-bis del D.P.R. n. 115/2002, laddove non ammette prova contraria rispetto alla presunzione del superamento dei limiti di reddito, rischia di mettere in crisi la copertura finanziaria che il legislatore aveva ritenuto sussistente proprio sulla base dell’operatività di tale norma.

Tale pronuncia, in mancanza di nuovi stanziamenti, concreta il pericolo che le risorse risultino inadeguate a garantire l’effettività del comma 4-ter dell’art.76 D.P.R. n. 115/2002 e rende la legge n. 38/2009 suscettibile di essere in contrasto con l’art. 81 comma 4 Cost.<sup>66</sup>

Ad accrescere le perplessità sulla bontà dell’operato del legislatore si aggiungono le modifiche che incidono sulla natura stessa degli istituti asservendoli ad esigenze diverse rispetto a quelle per le quali erano stati inizialmente introdotti nell’ordinamento. Derogatorio rispetto ai principi del giusto processo e alla configurazione originaria dell’istituto è sicuramente l’ampliamento, sotto il profilo soggettivo, dei casi di incidente probatorio: si può attualmente ricorrere a tale istituto se è necessario assumere la testimonianza del minore di diciotto anni, anche se non offeso dal reato e del maggiorenne, purchè persona offesa nel procedimento.<sup>67</sup>

L’estensione dell’assunzione anticipata della prova non solo all’infradiciottenne, ma anche al maggiorenne, purchè offeso dal reato, operata dalla legge n. 38/2009 ha certamente snaturato la *ratio* originaria dell’art. 392 comma 1-bis c.p.p., al punto che una parte della dottrina ha parlato di modifica “*di portata generale e rivoluzionaria*”

---

<sup>64</sup> Secondo la nota di lettura sopra citata “*il numero delle persone condannate per i delitti di mafia è stato pari nel triennio 2005-2007 a 21.864 (con una media di 7.288 persone condannate all’anno). L’impossibilità di essere ammessi in futuro al beneficio del patrocinio a carico dello Stato per tali soggetti, considerata una prudenziale incidenza di recidività pari al 30%, determinerà risparmi annui valutati in quasi due milioni di euro.*”

<sup>65</sup> Corte Costituzionale, sentenza 16 aprile 2010 n. 139, che dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 76 comma 4-bis D.P.R. n. 115/2002 “*nella parte in cui stabilendo per i soggetti già condannati con sentenza definitiva per i reati indicati nella stessa norma il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti per l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non ammette la prova contraria.*” Secondo la Corte “*ciò che contrasta con i principi costituzionali è il carattere assoluto di tale presunzione, che determina una esclusione irrimediabile, in violazione degli artt. 3 e 24, secondo e terzo comma, Cost.*”

<sup>66</sup> La dottrina aveva già previsto il sorgere di tale problema e il susseguente contrasto con la norma costituzionale. Così RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale in Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.

<sup>67</sup> V. *supra* Cap. 3 § 2.1.



che costringe a riflettere sulla natura stessa dell'incidente probatorio, il quale sembra ormai aver perso il carattere di eccezionalità che lo contraddistingueva.<sup>68</sup>

Alla domanda se alla lesione del principio dell'immediatezza nella formazione della prova e all'inevitabile appesantimento della fase delle indagini corrisponda, quale adeguato bilanciamento, un'effettiva tutela del minore, offeso e non, e della vittima maggiorenne, non è possibile rispondere positivamente.

Si cominci con l'evidenziare che, se l'estensione dell'incidente probatorio all'assunzione della testimonianza dell'infradiciottenne non solo risponde alle indicazioni provenienti dalle fonti comunitarie e internazionali<sup>69</sup>, ma può essere giustificata ancora una volta con la natura "vulnerabile" del testimone, difficile è concludere nello stesso modo per il maggiorenne non infermo di mente<sup>70</sup>.

La novella, a tal proposito, introduce un regime differenziato che, pur estendendo i casi di incidente probatorio, non consente di equiparare il minore e il maggiorenne infermo di mente all'adulto normodotato.

All'audizione di quest'ultimo, infatti, non si può procedere con le forme protette d'esame di cui agli artt. 398 comma 5-bis, 498 commi 4-bis e 4-ter c.p.p., essendo così limitato il suo beneficio all'esclusione della pubblicità dibattimentale<sup>71</sup>.

Questo "privilegio" è ridimensionato dalla mancata modifica, da parte del legislatore del 2009, dell'art. 190 – bis comma 1-bis c.p.p., che non esclude che il maggiorenne, pur escusso in incidente probatorio mediante il metodo della *cross – examination*, possa essere riascoltato sugli stessi temi in dibattimento, riducendo così drasticamente i vantaggi che egli poteva trarre dall'esame anticipato.

---

<sup>68</sup> In questo senso BORASI I., *L'anticipazione dell'assunzione probatoria nel processo penale: evoluzione e prospettive future* in *Archivio della nuova procedura penale* n. 1/2010, pp. 22 e ss.

<sup>69</sup> Le fonti comunitarie e internazionali che tutelano il minore dall'abuso e nell'ambito del processo intendono riferendosi al "minorenne" il minore di anni 18 e non di anni 16. Fra queste fondamentale è la sentenza "Pupino" della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 16 giugno 2005 C- 105/03 in *Cassazione Penale*, 2005, pp. 3167 e ss. e alcune direttive UE fra cui si segnalano la Decisione Quadro 2001/220/GAI; la Decisione Quadro 2004/68/GAI e la Direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004.

<sup>70</sup> CASSIBBA F., *La tutela dei testimoni "vulnerabili"* in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, ( a cura di) Mazza O. – Viganò F., Torino, 2009, p. 301. Il legislatore, considerando le pronuncia di illegittimità della Corte Costituzionale, ha equiparato il minore al maggiorenne infermo di mente, quali soggetti "deboli".

<sup>71</sup> Il legislatore della novella non ha recepito le indicazioni della Corte Costituzionale che nella sentenza n. 63/2005 auspicava che si procedesse mediante audizione protetta anche nel caso in cui persona offesa da uno dei delitti di cui all'art. 398 comma 5 –bis c.p.p. fosse un maggiorenne. La declaratoria di illegittimità costituzionale contenuta in questa pronuncia ha invece trovato attuazione nei novellati artt. 498 comma 4-ter c.p.p. e 398 comma 5-bis c.p.p. che estendono le peculiari modalità di escussione al maggiorenne infermo di mente.

Con riferimento al maggiorenne, dunque, la tesi, sostenuta da parte della dottrina<sup>72</sup>, secondo cui la riforma non intenderebbe tutelare solo il minore, ma la persona della vittima in quanto tale subisce una prima smentita.

In realtà la tutela è solo apparente non solo per il maggiorenne offeso, ma anche per il minore a qualunque titolo coinvolto nel processo per un reato a sfondo sessuale.

Si torni alla mancata modifica dell'art. 190-bis c.p.p. che dispone che l'esame di persone già sentite in sede di incidente probatorio può avvenire nuovamente in dibattimento solo se il giudice o qualcuna delle parti lo ritenga necessario *“sulla base di specifiche esigenze”* oppure se riguardi fatti diversi rispetto a quelli su cui il soggetto ha già deposto, quando, ai sensi del comma 1-bis c.p.p., *“si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici.”*

La grave svista del legislatore della riforma<sup>73</sup> che, oltre a non aver integrato l'elenco dei reati con le fattispecie di atti persecutori e maltrattamenti in famiglia, contemplati dal nuovo art. 392 comma 1-bis c.p.p, non ha innalzato l'età del minore testimone a diciotto anni, ha come conseguenza che il minore, ultrasedicenne, testimone in un processo per reati sessuali, pur escusso in incidente probatorio, potrà essere di nuovo sentito in dibattimento venendo così vanificata non solo l'esigenza di proteggere il minore dallo stress e dalla pubblicità dibattimentale, ma anche dal *“pericolo dell'usura psicologica collegata all'eventuale reiterazione di disposizioni sugli stessi temi”*.<sup>74</sup>

A ciò si aggiunga che nulla è stato previsto in ordine all'assunzione delle sommarie informazioni, nelle primissime fasi del procedimento, da parte della polizia giudiziaria e

---

<sup>72</sup> MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 971;

<sup>73</sup> Evidenziano il difetto di coordinamento con l'art. 190-bis comma 1 – bis c.p.p. diversi commentatori fra cui GALGANI B., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 9*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, p. 520; MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 971; CERTOSINO D., *La testimonianza del minore nel processo penale: profili giuridici e psicologici* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 1/2009 pp. 8;

<sup>74</sup> GREVI V., *Prove*, in AA.VV. *Compendio di Procedura Penale*, Milano, 2008, p. 313.

del pubblico ministero “*potendo questi ultimi procedere all’ascolto del minore anche laddove non siano dotati di sufficiente capacità e sensibilità per interrogarlo.*”<sup>75</sup>

E’, quindi, concreto il rischio che le tutele apprestate nelle fasi successive e volte ad evitare che la testimonianza nel processo rappresenti per il minore un’esperienza traumatica siano vanificate dai primi contatti che quest’ultimo ha con le autorità<sup>76</sup>.

Il legislatore, inoltre, non amplia i poteri processuali riconosciuti alla persona offesa in sede di attivazione dell’incidente probatorio. L’inserimento al comma 1 – bis dell’art. 392 c.p.p. della locuzione “*anche su richiesta della persona offesa*” non è che una ridondante aggiunta di ciò che già prevedeva l’art. 394 c.p.p., secondo cui “*la persona offesa può chiedere al pubblico ministero di promuovere un incidente probatorio*”.

Il conferimento all’offeso del potere di chiedere direttamente al giudice di procedere all’assunzione della prova in incidente probatorio avrebbe di certo rappresentato un concreto strumento di autotutela delle proprie pretese all’interno del processo.

Il mero potere di sollecitatorio riconosciuto, invece, non obbliga il pubblico ministero a richiedere l’incidente probatorio, la cui scelta sarà sempre subordinata alla strategia investigativa che quest’ultimo, *dominus* delle indagini ai sensi dell’art. 112 Cost., intende adottare. Si consideri, tra l’altro, che l’obbligo della *discovery* completa degli atti di indagine imposta dall’art. 393 comma 2-bis c.p.p. e il fatto che gli atti assunti in incidente probatorio confluiscono direttamente nel fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell’art. 431 comma 1 *lett. e* c.p.p., possano dissuadere il pubblico ministero, pur stimolato dall’offeso, dal presentare al giudice la richiesta di incidente probatorio.

L’estensione dell’incidente probatorio e del gratuito patrocinio, così come innovati dalla legge n. 38/2009, sono funzionali ad agevolare l’attivazione del processo penale, nel

---

<sup>75</sup> CERTOSINO D., *La testimonianza del minore nel processo penale: profili giuridici e psicologici* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 1/2009 pp. 8

<sup>76</sup> In verità anche la disciplina predisposta dal legislatore della novella a tutela dell’escussione dibattimentale del minore non sembra essere così garantista dei diritti del minore, come invece i sostenitori della riforma hanno voluto far apparire. L’art. 498 comma 4-ter c.p.p. che prevede che l’esame del teste avvenga “*mediante l’uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico*” si applica ai reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-octies e 612-bis del codice penale.

La legge n. 38/2009 ha escluso che tale peculiare modalità possa applicarsi nel caso si proceda per il reato di maltrattamenti in famiglia di cui all’art. 572 c.p. Vero è che nel caso in cui si proceda per tale reato il dichiarante minore può essere escusso in dibattimento nelle forme protette di cui all’art. 398 comma 5-bis c.p.p., ma bisogna anche considerare che in quest’ultimo caso la modalità di assunzione della testimonianza sia rimessa alla scelta discrezionale del giudice, mentre l’esame “schermato” può avvenire dietro la semplice richiesta dell’offeso o del suo difensore.

primo caso, e ad estendere la possibilità di ingresso di dichiarazioni accusatorie fin dalle primissime fasi del procedimento, nel secondo.

Dietro il nobile intento di apprestare la massima protezione alla vittima non si cela altro che la volontà statale, di carattere repressivo, di acquisire nel più breve tempo possibile quelle dichiarazioni da cui potrebbe già dipendere l'esito del processo<sup>77</sup> e sulla base delle quali legittimare la restrizione della libertà personale dell'indagato, perseguendo il contenimento dell'allarme sociale attraverso provvedimenti esemplari e di forte impatto mediatico.

Lo stesso obiettivo si rinviene nell'ampliamento dei casi di conclusione sommaria, attraverso riti non premiali, dei processi per reati attinenti alla sfera sessuale, reso possibile dall'inserimento della lettera *d - bis* all'art. 380 comma 2 c.p.p. e dalle modifiche apportate al giudizio direttissimo e al giudizio immediato dalla legge n. 125/2008. Le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza, che si aggiungono a quelle introdotte dalle leggi intervenute prima del 2009, sono state estese al reato di violenza sessuale di cui all'art. 609 – bis c.p., con esclusione delle fattispecie di minor gravità di cui al comma 3 del medesimo articolo, e alla violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-octies c.p.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Come bene evidenzia GALANTINI N. *Commento art. 393 c.p.p. in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* (a cura di) CADOPPI A., Padova, 2006, p. 917 “ *Non bisogna dimenticare, infatti, che spesso quando si procede per reati di pedofilia o per delitti comunque di natura sessuale non è raro che il materiale probatorio raccolto consista semplicemente nella parola della vittima contro la parola dell'accusato, senza che siano presenti ulteriori e diversi elementi di prova a carico e a discarico.*”

<sup>78</sup> La scelta dei reati a cui estendere l'arresto obbligatorio in flagranza ha, fin da subito, destato perplessità. Nel parere del CSM sul testo del D.L. 23 febbraio 2009 n. 11 si legge a tal proposito: “ (...) *l'ipotesi di minor gravità di cui all'art. 609 – bis c.p. – l'unica che esclude l'automatismo dell'arresto obbligatorio in flagranza e della misura coercitiva carceraria- è, secondo l'orientamento della giurisprudenza, circostanza attenuante speciale che in quanto tale può essere oggetto di applicazione solo dal giudice all'esito della valutazione processuale di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi della vicenda. La costruzione normativa al contrario demanda un' eccentrica valutazione del fatto di reato, al momento della notizia criminis a soggetti- la polizia giudiziaria nella fase dell'arresto e il pubblico ministero nella fase della contestazione iniziale del reato per la richiesta di misura coercitiva – non in grado, anche per la limitatezza del materiale probatorio ancora in fase di formazione, di effettuarla. Tale forzatura, pur se determinata dall'intento di evitare che, per ogni condotta suscettibile nella fattispecie di cui all'art. 609 – bis (si pensi ad esempio al contatto voluto sui mezzi di trasporto), si avvii un automatismo limitativo della libertà personale (arresto obbligatorio e custodia carceraria), è sotto il profilo tecnico, irrazionale e irragionevole*”. In senso critico anche la dottrina MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 954; DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali* in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, n. 4/2009, p. 428, che evidenzia l'irragionevolezza del mancato inserimento dell'art. 609-quater c.p. che ha, nelle ipotesi base, la medesima cornice editale prevista per l'art. 609-bis c.p.p.; sottolinea, inoltre, che l'esclusione dell'ipotesi attenuata di cui all'art. 609 c.p. si tradurrà nella prassi, a

Dalla combinata lettura dei novellati articoli 380 comma 2 c.p.p. e 275 comma 3 c.p.p., ad opera della legge n. 38/2009, con il nuovo giudizio direttissimo e immediato, plasmata dalla legge n. 125/2008, emergono chiaramente gli effetti, orientati in senso general-preventivo, che il legislatore ha voluto ottenere in materia, sacrificando la *ratio* originaria degli istituti.<sup>79</sup>

Il Codice di Procedura Penale del 1989 concepiva il giudizio direttissimo come un rito celere, che trovava la propria legittimazione nell'evidenza probatoria, qualificata dalla legge, rispondendo alle logiche dell'accertamento, prima che alla funzione intimidatoria, pur ad esso attribuibile, *“nel solco di una gradualità affidata alla discrezionalità relativa o guidata del pubblico ministero, il quale può scegliere il modo di esercizio più congeniale alle esigenze investigative poste a monte del guado”*.<sup>80</sup>

La scelta di procedere nella forma del giudizio direttissimo era, infatti, facoltativa e rimessa alla discrezionalità, seppur vincolata dai presupposti legislativamente stabiliti, del P.M. Il breve termine di quindici giorni entro cui poteva essere chiesto il rito direttissimo testimoniava che ad esso non si sarebbe potuto procedere se non si fosse stati di fronte ad una reale evidenza probatoria, che rendesse superfluo il compimento di tutte le altre fasi processuali proprie del rito ordinario.

Il legislatore del 2008 ha introdotto all'interno del codice di rito due ipotesi obbligatorie di direttissimo nel caso in cui l'indagato abbia confessato durante l'interrogatorio (art. 449 comma 5 c.p.p.) e quando sia stato arrestato in flagranza di reato e l'arresto sia stato convalidato dal giudice per le indagini preliminari (art. 449 comma 4 c.p.p.).<sup>81</sup>

---

causa della difficoltà di valutazione dei casi di minor gravità, nel prevalere dell' *“orientamento coercitivo”*; RUGGERI S., *Commento al D.L. 23.2.2009 n. 11 conv. con mod. in l. 23.4.2009, n. 38, Art. 2*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 431, secondo cui l'inclusione, fra i casi di arresto obbligatorio, delle ipotesi attenuate di cui all'art. 609-octies c.p. crea dei problemi di coordinamento con la disciplina vigente nel procedimento minorile, che consente per i minori solo l'arresto facoltativo o il fermo. Si pensi, infatti, all'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 112 comma 1 n. 3 e 4 c.p., un infermo di mente o un minore degli anni diciotto sia stato spinto a commettere il reato.

<sup>79</sup> V. *supra* Cap. 3 § 1.2.

<sup>80</sup> DE CARO A., *La riforma del giudizio direttissimo in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, pp. 156 e ss.

<sup>81</sup> Permane un'ipotesi di giudizio direttissimo facoltativo, quando il PM ritenga di dover richiedere la convalida dell'arresto al giudice del dibattimento ai sensi dell'art. 449 comma 1 c.p.p. Le recenti pronunce della Corte di legittimità hanno cercato di ridimensionare la portata della novella, affermando che la valutazione del *“grave pregiudizio alle indagini”* consente un margine di discrezionalità al p.m.. Non si tratterebbe, quindi, di un vero e proprio obbligo di procedere con direttissimo, che sarebbe in contrasto con il principio del monopolio del pubblico ministero nella fase di indagine. Così Cass. Pen. sez. II, 4 febbraio 2010 n. 7822; Cass. Pen. sez. III 25 febbraio 2010 n. 12573.

Il PM è sollevato dall'obbligo di procedere con direttissimo solo se “*ciò pregiudichi gravemente le indagini*” e deve condurre davanti al giudice l'imputato che sia stato legittimamente arrestato o che abbia confessato non più entro quindici giorni, ma entro trenta giorni, con l'evidente possibilità di prolungare i tempi da dedicare alle indagini.

La scelta del PM. di procedere con rito direttissimo non è sottoposta ad alcun preventivo sindacato giurisdizionale, che interviene solo a posteriori per verificare che la pubblica accusa non abbia promosso l'azione penale fuori dai casi espressamente previsti dalla legge (art. 405 c.p.p. in relazione all'art. 452 comma 1 c.p.p.).

Il PM ha trenta giorni per indagare e decidere se accedere al direttissimo: un termine intermedio che, se da un lato consente di procedere nelle forme del direttissimo anche in casi in cui l'evidenza della prova sia attenuata, dall'altro può non essere sufficiente quando le indagini risultino laboriose.

Come già è stato rilevato in dottrina, nei casi più complessi, se non vi è il rischio di pregiudizio per le indagini, “*il pubblico ministero è costretto ad approssimare l'esercizio dell'azione penale o a far decorrere i termini senza chiedere il rito direttissimo, assumendo la responsabilità di una scelta diversa da quella legislativamente imposta.*”<sup>82</sup>

Queste considerazioni fanno propendere per la conclusione che nel caso di violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo, si procederà quasi certamente “per direttissima”, considerato anche il fatto che, alla luce del novellato art. 275 comma 3 c.p.p., l'indagato si troverà *in vinculis*,<sup>83</sup> con un evidente compressione delle garanzie difensive dell'indagato a favore della speditezza del procedimento proprie del rito speciale.

Fino al momento dell'udienza dibattimentale non vi è, infatti, alcuna *discovery* degli atti di indagine: la difesa apprende l'addebito dalla contestazione che viene fatta oralmente dal P.M. all'imputato in udienza. Di fronte alla contestazione del fatto di reato la difesa ha due alternative: può chiedere un breve termine a difesa non superiore a dieci giorni,<sup>84</sup> ai sensi dell'art. 451 comma 6 c.p.p, oppure può ottenere che il giudizio direttissimo

---

<sup>82</sup> DE CARO A., *La riforma del giudizio direttissimo in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, p. 165.

<sup>83</sup> Sulla difficoltà di esperire il giudizio direttissimo se l'imputato libero si sottragga al dibattimento si veda DE CARO A., *La riforma del giudizio direttissimo in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, p. 166. Sul punto anche Cass. Pen. sez. IV 4.06.2009 n. 26450, che impone il divieto di procedere nelle forme del direttissimo e la susseguente restituzione degli atti al P.M. nel caso in cui l'imputato non sia presentato all'udienza.

<sup>84</sup> Termine non modificato dal D.L. n. 92/2008 convertito in l. n. 125/2008.

venga convertito in un rito premiale, scelta che nel caso di reati sessuali è limitata al giudizio abbreviato.

Il combinato disposto del novellato art. 275 comma 3 c.p.p. con l'art. 453 comma 1-bis c.p.p., modificato dalla legge n. 125/2008, riduce ancora di più le possibili alternative di definizione del giudizio in materia, ampliando i casi di ricorso al giudizio immediato.<sup>85</sup>

Il nuovo art. 453 comma 1-bis c.p.p. affianca all'ipotesi tradizionale di giudizio immediato, il "nuovo" giudizio immediato "custodiale" (art. 453 comma 1-bis c.p.p.),<sup>86</sup> che ha come presupposti oggettivi l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari (vista l'equiparazione fra queste forme detentive ai sensi dell'art. 284 comma 5 c.p.p.), a cui l'imputato sia stato assoggettato con una certa stabilità; prima di poter chiedere l'immediato, infatti, il P.M. deve attendere che la misura sia stata confermata dal Tribunale della Libertà oppure che siano decorsi i termini per impugnare davanti a quest'ultimo.<sup>87</sup> La novella, inoltre, allunga i termini entro cui il P.M. può trasmettere la richiesta, fissandoli in centottanta giorni dall'esecuzione della misura cautelare e non dall'iscrizione della notizia di reato, come invece accade nel caso di immediato basato sull'evidenza della prova di cui all'art. 453 comma 1 c.p.p.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> V. *supra* Cap. 3 § 1.2.

<sup>86</sup> TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008, p. 714

<sup>87</sup> L'art. 453 comma 1-ter c.p.p. è stato interpretato restrittivamente dalla giurisprudenza di merito che ha ritenuto che la pendenza del ricorso in Cassazione avverso l'ordinanza che dispone la misura custodiale non sia ostativa all'instaurazione del giudizio immediato. "*Secondo quanto disposto dall'art. 453 comma 1 ter c.p.p. (recentemente introdotto dall'art. 2 lett. g d.l. 23 maggio 2008 n. 92) qualora la prova appaia evidente, la richiesta di giudizio immediato è formulata dopo la definizione del procedimento di cui all'art. 309, ovvero dopo il decorso dei termini per la proposizione della richiesta di riesame. Con la predetta disposizione il legislatore non ha inteso subordinare alla formazione del giudicato cautelare all'instaurazione del rito immediato, ma ha unicamente attribuito rilevanza alla pendenza del termine per la proposizione del riesame ovvero al procedimento instauratosi ex art. 309 c.p.p., non ritenendosi, viceversa, ostativa alla legittima richiesta e concessione di giudizio immediato l'eventuale pendenza o definizione del ricorso per cassazione proposto ex art. 311 c.p.p.*". Così Trib. Milano sez. IV 2.02.2009 in *Foro Ambrosiano* n. 1/2009, pp. 19 ss.

<sup>88</sup> Esattamente il doppio del tempo previsto dall'art. 454 comma 1 c.p.p., che impone che la richiesta di immediato sia trasmessa dal pm alla cancelleria del gip "*entro novanta giorni dalla iscrizione della notizia di reato.*" Si ritiene che le annotazioni critiche fatte al D.L. n. 92/2008 convertito in l. n. 125/2008, secondo cui la novella avrebbe snaturato il giudizio direttissimo asservendolo demagogicamente alle esigenze di esemplarità richieste dall'opinione pubblica, possano essere riferite anche alle modifiche apportate all'istituto del giudizio immediato.

Ciò implica che la durata delle indagini che precedono la scelta del rito possa anche essere elevata, in aperta contraddizione con la natura di “rito acceleratorio”, che il legislatore del 1989 aveva inteso conferire al giudizio immediato<sup>89</sup>.

Il rischio che il processo ordinario e più garantistico rappresenti un’ipotesi meramente residuale di definizione dei giudizi per reati sessuali è stato ridimensionato dalla pronuncia della Corte Costituzionale, che ha trasformato la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere prevista per gli indagati per i delitti di cui agli artt. 600 – bis, primo comma, 609- bis e 609-quater c.p. da assoluta in relativa.

\*\*\*

In conclusione si ritiene che l’abuso degli istituti processuali e la loro configurazione derogatoria rispetto ai principi fondamentali del giusto processo non possa trovare valida giustificazione in un sistema che non solo tutela solo astrattamente la vittima, ma la utilizza asservendola alle esigenze della repressione penale.

Ad oggi la sentenza della Corte Costituzionale n. 165/2010 è l’unica ad essere intervenuta sulla disciplina processuale dei reati sessuali, così come forgiata dalla legge n. 38/2009. Sono auspicabili nuovi interventi della Consulta che valgano a correggere, in ossequio ai dettami contenuti nella Carta, molte delle novità recentemente introdotte e che sovvertono la tendenza del legislatore che, per rispondere alle pressanti richieste di sicurezza collettiva, elabora disposizioni di forte impatto sociale funzionali a mere strategie del consenso,<sup>90</sup> senza badare al quadro costituzionale di riferimento e alla predisposizione di strumenti in grado di tradurre in realtà demagogiche enunciazioni di principio.

---

<sup>89</sup> La giurisprudenza di legittimità ha specificato che il termine di centottanta giorni deve considerarsi tassativo solo ai fini della durata delle indagini, ma ordinatorio con riferimento alla richiesta di giudizio immediato. Così Trib. La Spezia 16.6.2009; Cass. Pen. sez. I 9.12.2009 n. 2321; Cass. Pen. sez. VI 20.10.2009 n. 41038. L’interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità al predetto termine se, da un lato, pone un correttivo al rischio di una durata spropositata delle indagini in un procedimento che dovrebbe essere caratterizzato dalla celerità, dall’altra non esclude, nel caso in cui l’imputato venga prosciolto, un indebito prolungamento dei tempi di restrizione della libertà personale dell’indagato.

<sup>90</sup> Così RESTA F. *Il decreto – legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale in Giurisprudenza di Merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.



## **Bibliografia**

- AA.VV. *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007;
- AA.VV., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, (a cura di) Pavarini M., vol. I, Torino, 2004;
- AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, (a cura di) Cadoppi, Padova, 1996;
- AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, (a cura di) Cadoppi, Padova, 2006.
- AA.VV. *Dalla parte della vittima*, (a cura di) Gulotta-Vagaggini, Milano, 1980;
- AA. VV. *Diritto e nuove tecnologie*, a cura di Carla Faralli, Giusella Finocchiaro, Milano, 2007;
- AA.VV. *Diritto penale dell'informatica – dai computer crimes alla digital forensic*, a cura di D'Agostini, Forlì, 2007
- AA.VV., *Diritto penale e informatica* (a cura di) Plantamura V- Manna A., Bari, 2007;
- AA.VV. *Il Diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, (a cura di) Picotti L., Padova, 2004;
- AA.VV. *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, (a cura di) LoRusso – Manna, Milano, 2007
- AA.VV. *L'ordinamento penitenziario fra riforma ed emergenza* (a cura di) Grevi V., Padova, 1994;
- AA.VV. *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, Ipsoa, 2008
- AA.VV. *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001
- AA.VV. *La pedofilia : aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimologici*, (a cura di) Luisella de Cataldo Neuburger, MILANO, 1999
- AA.VV. *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, (a cura di) Flora G., Milano, 1987;
- AA.VV. *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006;
- AA.VV., *Internet e Legge Penale* (a cura di D.AMMIRATI), Torino, 2002.
- AA.VV., *L'abuso sessuale sui minori:prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia* (a cura di) Lorusso S., Manna A., Milano, 2007;
- AA.VV., *Sessualità, diritto e processo* (a cura di) Gulotta G.- Pezzati S., Milano, 2002;
- AA.VV. “*Temì di esecuzione penale*”, “*I sex offenders. Un'analisi valutativa sulla gestione di alcune tipologie di condannati in misura alternativa o di comunità*”, a cura del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, n. 2/2009;
- AA.VV., *Tutela della vittima e mediazione penale*, 1995

- AGNESE, DE GIOIA, DE SIMONE, PULIATTI, ROTUNNO, *Violenza sessuale e Stalking – Commento al D.L. 23.02.2009 n. 11 convertito con modifiche in L. 23.04.2009 n. 38*, Experta Edizioni, 2009;
- AGNOLETTO V., *AIDS e violenza sessuale in Democrazia e Diritto*, 1996, pp. 171 e ss.;
- AMATO G., *La definizione della posizione processuale dell'agente provocatore: riflessioni sulla capacità a rendere testimonianza in Cassazione Penale*, 1996, pp. 2388 ss.;
- AMATO G., *Qualche puntualizzazione sulla figura dell'agente provocatore in materia di acquisto simulato di sostanze stupefacenti in Cassazione Penale*, 1995, pp. 710 ss.;
- AMBROSINI G., *Le nuove norme sulla violenza sessuale – Legge 15 febbraio 1996 n. 66*, Torino, pp. 87 e ss.
- AMBROSINI G., *Violenza Sessuale in Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, 1999.
- AMODIO E., BONDONIO P.V., CARNEVALI U., GALLI G, GREVI V., PISANI M, RUBINI L, *Vittime del delitto e solidarietà sociale – Una proposta di politica legislativa*, Milano 1975
- AMODIO E., *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo in Cassazione Penale n. 10/2006*, pp. 3406 e ss
- AMODIO E., *Il processo penale fra disgregazione e recupero del sistema in L'Indice penale n. 1/2003*, pp. 7 e ss.;
- AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema in AA.VV. Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003;
- AMODIO E., *La persona offesa dal reato in Studi in memoria di P. Nuvolone*, Milano, 1991, pp. 9 ss.;
- AMODIO E., *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento in Cassazione Penale*, 2004, pp. 700 e ss.
- ANDRONIO A., Art. 111, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino 2006;
- ANGELETTI R., *La prova nella violenza sessuale*, Torino, 2009;
- ANGELOTTI C., *Il silenzio del minore e la testimonianza de relato in Cassazione Penale n. 12/2007*, pp. 4754 ss.;
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale parte speciale- I*, Milano, 2002.
- ANTONUCCIO E., *Il nuovo comma 4 bis dell'art. 76 T.U. sull'accesso al patrocinio a spese dello Stato in Archivio della Procedura Penale*, n. 2/2010, pp. 139 e ss
- APA, *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore in Giurisprudenza Italiana*, 1999, pp. 40 ss.;
- APRILE E., *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale in Cassazione Penale*, 2003, pp. 1722 ss.;
- APRILE E., *Limiti all' utilizzabilità processuale del sequestro di materiale informatico acquisito mediante siti web "civetta" in Diritto dell'Internet*, 2005, pp. 39 ss.;
- APRILE- SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali : innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, MILANO, 2004

- AVENIA F. – PISTUDDI A., *Manuale sulla sexual addiction: definizioni, diagnosi, interventi*. 2007;
- BALBI, *Violenza Sessuale in Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1998.
- BALBO, *Pedofilia. Un primo approccio internazionale in Cassazione Penale*, Giugno 2004 n. 6, pp.2167- 2173
- BALDELLI A., BOUCHARD M., *Le vittime del reato nel processo penale*, Torino, 2003;
- BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002
- BANA, *Le dichiarazioni rese dalla persona offesa minorenni: l'assunzione della testimonianza durante l'incidente probatorio e il vaglio di una perizia psicologica*, Cassazione Penale, Luglio/Agosto 2004 n. 7/8, pp.2560- 2564
- BANDINI T., Voce *Vittimologia* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, 1993, pp. 1008 e ss.
- BARAZZETTA A. – CORBETTA S. *Modifiche al Codice di Procedura Penale in AA.VV. Decreto Sicurezza: tutte le novità*, Torino, 2008;
- BARBIERI C., *Esibizionismo femminile e reato sessuale: riflessioni critiche sui possibili rapporti tra personalità marginale e parafilia intesa come disturbo dell'identità di genere e di ruolo* in *Rassegna Italiana di Criminologia* n. 3-4/2003, pp. 445 e ss.
- BARTOLO P., *I profili processuali in I reati sessuali* (a cura di) Coppi, Torino, 2000, pp. 298 ss.
- BASSO, *Violazione dei diritti dei bambini*, Gruppo Abele, 1995.
- BELLANTONI G., *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un micro-sistema in evoluzione in Diritto penale e processo* n. 8/2007, pp. 985 ss.
- BELLANTONI G., *La riparazione alle vittime da reato tra istanze risarcitorie e politica assistenziale in L'Indice Penale*, 1985, pp. 535 ss;
- BELLAVISTA, ROSSI, *La prostituzione e lo sfruttamento sessuale dei minori*, Cassazione Penale, Luglio/Agosto 2004 n. 7/8, pp. 2584- 2587
- BELLINI, *Realtà materiale e realtà giuridica nel processo secondo Francesco Carrara in L'Indice penale*, n. 1/2006, pp. 491 e ss.;
- BELTRANI, *Violenza sui minori e giusto processo. L'imputato deve interrogare le vittime*, in *Diritto e Giustizia*, n. 5/2006,.
- BERGAMINI C., AMBROSONI G., FRACCHIOLLA M., CIARPI M., CALABRESE P., RUGGIERO D., *I sex offenders. Un'analisi valutativa sulla gestione di alcune tipologie di condannati in misura alternativa o di comunità in Temi di esecuzione penale*, Roma, n. 2/2009
- BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 1, Milano, 2004, 5.
- BERNARDI, *Prove ematologiche, poteri coercitivi del giudice e libertà personale in Legislazione Penale*, n. 2/1986, pp. 365 ss;
- BIANCHETTI, *Minori e diritto*, Cassazione Penale, Marzo 2003 n. 3, pp.1077-1079
- BIFARINI R., *Il lavoro penitenziario tra istanze rieducative e tutela dei diritti in Giurisprudenza di merito* n. 12/2007, pp. 3239 e ss.

- BOEZIO - D'ALESSIO, *Internet e responsabilità penali*, in AA.VV., *Internet e responsabilità giuridiche* (a cura di G. VACIAGO), serie Nuove voci del diritto (a cura di G. CASSANO), Piacenza, 2002.
- BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003
- BONETTI, *Riservatezza, diritti dell'uomo e processo penale: aspetti problematici*, in *Ind. Pen.* 1995, pp. 581 e ss.
- BONIFAZI - MACRI', *Pedofilia: aspetti clinici e psicosociali*, in AA.VV., *Proposte di criminologia applicata 2002*, (a cura di C. SERRA), Milano, 2002.
- BONINI, L. 15/02/1996 *Norme contro la violenza sessuale- art. 11*, in *La legislazione penale* n. 3-4 1996, pp. 486 e ss.
- BORASI I, *L'anticipazione dell'assunzione probatoria nel processo penale: evoluzione e prospettive future* in *Archivio della Procedura Penale*, n. 1/2010, pp. 22 e ss;
- BORONI V., *Il test per l'accertamento dell'infezione da HIV tra consenso ed imposizione* in *Medicina e Diritto* (a cura di) Barni M., Santosuosso A., Milano, 1995;
- BOTTI, *Nota a sentenza Cassazione Penale, sez. V, 27 febbraio 2002, n. 16130* in *D&G – Diritto e Giustizia*, 2002 f. 14 pp. 22 e ss.
- BRESCIANI L. *Commento all'art. 15 ( accertamenti sanitari) della l. 3/8/1998 n. 269 (Norme anti pedofilia)*, in *Legislazione Penale* n. 1-2/ 1999, pp. 166 ss
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Detenzione a vita se il soggetto muore in Guida al diritto* n. 10/2009, pp. 42 e ss;
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere* in *Guida al diritto* n. 10/2009, pp. 45 e ss;
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Niente benefici senza collaborazione* in *Guida al diritto* n. 10/2009, pp. 49;
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Patrocinio a spese dello stato per la persona offesa* in *Guida al diritto* n. 10/2009, pp. 52;
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Personalità sotto esame per concedere i benefici* in *Guida al diritto* n. 19/2009, pp. 47;
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Reati attenuati senza l'obbligo della custodia cautelare in carcere* in *Guida al diritto* n. 19/2009, pp. 46;
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Sulla circostanza aggravante dell'omicidio c'è il rischio di interpretazioni forzate* in *Guida al diritto* n. 19/2009, pp. 43 e ss;
- BUONUOMO, *Metodologia delle indagini informatiche* in BORRUSO, BUONUOMO, CORASANTI, D'AIETTI *Profili penali dell'Informatica*, Milano, 1994, pp. 148 ss.
- BUSIA G., *Privacy a rischio per la durata della conversazione* in *Guida al Diritto* n. 30/2009, pp. 77 e ss.
- BUZZELLI S., *L'art. 513 c.p.p. tra esigenze di accertamento e garanzia del contraddittorio* in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/1999, pp. 280 e ss.
- CADOPPI A., *Atti persecutori: una normativa necessaria* in *Guida al diritto* n. 19/2009, pp. 49;
- CADOPPI A., *Efficace la misura dell'ammonimento del questore* in *Guida al diritto* n. 19/2009, pp. 53

- CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, *Guida al diritto* 4 Marzo 2006, n. 9.
- CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, *I reati contro la persona. III Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, Torino, 2006
- CALLARI F., *Il processo penale come dubbio nel pensiero di Girolamo Bellavista* in *L'Indice Penale* n. 2/2007, pp. 911 e ss.
- CAMALDO, *La valutazione della testimonianza dei minori nella giurisprudenza di legittimità e di merito*, *Cassazione Penale*, Giugno 2003 n. 6 pp. 2088-2092
- CAMALDO, *Uno statuto speciale per il testimone minorenni* in *Cassazione Penale*, n. 4/2004, pp. 1435-1438;
- CAMMARATA, *Internet e pedofilia: ancora proposte assurde*, in *InterLex* [www.interlex.it], 18 marzo 2003.
- CAMMARATA, *Internet, il bambino e l'acqua sporca*, in *InterLex* [www.interlex.it], 10 settembre 1998.
- CAMMARATA, *Passaggi impegnativi per gli internet provider*, in *InterLex* [www.interlex.it], 18 marzo 2002;
- CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, PADOVA, 1996
- CAMPISI, *Note sulle modifiche in tema di violenza sessuale* in *Rivista Penale*, 1996.
- CANEPA, LAGAZZI, *I delitti sessuali*, Padova, 1988.
- CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale* in *Diritto Penale e Processo* n.10/2003 pp. 1193 ss.
- CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000
- CARNELUTTI F., *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950;
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale – Del giudizio criminale*, Bologna, 2004
- CASAROLI G., voce *Misure alternative alla detenzione* in *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII, Torino, 1994
- CASAROLI, *La Convenzione Europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 560 ss;
- CASAROLI, *Un altro passo europeo in favore della vittima del reato: la raccomandazione n. R (85) 11 sulla posizione della vittima nel diritto e nella procedura penale* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 623 ss;
- CASSIBBA F., *La tutela dei testimoni "vulnerabili"* in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, ( a cura di) Mazza O. – Viganò F., Torino, 2009, p. 308;
- CASSIBBA F., *Le modifiche al D.P.R. n. 115 del 2002 in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, (a cura di) MAZZA O., VIGANO' F., Torino, 2008, pp. 401 ss;
- CASTELLANETA M., *Uno scambio di informazioni tra gli Stati per rafforzare la lotta al crimine organizzato* in *Guida al Diritto* n. 30/2009, pp. 63 e ss.
- CATALANO E. M., *L'abuso del processo*, Milano, 2004
- CATALANO E.M., *L'accertamento dei fatti processuali*, in *L'Indice Penale*, n. 5/2002, pp. 521 ss;
- CATANIA F., *Pedofilia e Internet: l'analisi dei mass-media e le problematiche politiche e giuridiche* in *Cyberspazio e diritto*, n. 4/2004, pp. 337 e ss.

- CATTORINI, *AIDS fra responsabilità e coercizione. Considerazioni etiche sull'opportunità di introdurre forme di screening obbligatorio per l'infezione da HIV in Rivista Italiana di Medicina Medico Legale*, n. 1 /1989, pp. 23 ss;
- CERETTI A., MORETTI B., *Dinamica del conflitto e esigenze di punizione nei reati di violenza sessuale in Rassegna Italiana di Criminologia* n. 2/2002, pp. 227 e ss.
- CERTOSINO D., *La testimonianza del minore nel processo penale: profili giuridici e psicologici in Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 1/2009, pp. 3 ss.
- CHIAVARIO, *L'impatto delle nuove tecnologie tra diritti umani e interessi sociali in Dir. Pen. Proc.* 1996, p. 139 e ss.
- CIAPPI S., PALMUCCI V., TOCCAFONDI I, SCALA P., *Aggressori sessuali. Dal carcere alla società. Ipotesi e strategie di intervento*, Milano, 2006;
- CIRILLO, DEL CORVO, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti del minore in ambito processual- penalistico, Cassazione Penale*, Maggio 2004 n. 5, pp.1800- 1807
- CISTERNA A., *Attività sotto copertura, arriva lo statuto in Guida al diritto* n. 17/2006, pp. 80 ss;
- CISTERNA A., *La negativa conclusione dell'iter acquisitivo cancella le residue possibilità di azione in Guida al Diritto* n. 27/2005 pp. 77 ss;
- CISTERNA A., *Mafia: illegittimo escludere l'udienza pubblica nei riti per l'applicazione delle misure cautelari in Guida al Diritto* n.13/2010, pp. 76 e ss.;
- CISTERNA A., *Perquisizioni in caso di fondato motivo in Guida al Diritto* n. 16/2008, pp. 66 e ss.
- CISTERNA A., *Previsto uno statuto processuale ad hoc in Guida al Diritto* n. 16/2008, pp. 64 e ss.
- CISTERNA A., *Una decisione supportata dai giudici di Strasburgo che si erano già espressi per le udienze "aperte" in Guida al Diritto*, n. 13/2010, pp. 81 e ss.;
- COLOMBO C., *L'agente provocatore e la figura dell'infiltrato in Rivista Penale* n. 1/2007, pp. 9 e ss;
- COLUCCIA A., CALVANESE E., *Pedofilia – Un approccio multi prospettico*, Milano, 2003;
- COMOGLIO L.P., *Misure anti-aids e problemi costituzionali in Il Foro Italiano*, 1988, pp. 289 e ss.
- COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie in Criminalità organizzata e politiche penitenziarie* (a cura di ) PRESUTTI A., Milano, 1994, p. 33;
- CONSO G. - GREVI V., *Compendio di Procedura Penale*, Milano, 2008;
- CONSO G., *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano in Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1966, pp. 412 ss.;
- CORBETTA S., *Modifiche al T.U. in materia di spese di giustizia in AA.VV. Decreto Sicurezza: tutte le novità*, Torino, 2008, pp. 285 ss;
- CORDERO F., *Ideologie del processo penale*, 1997;
- CORDERO F., *Procedura Penale*, Milano, 2003;
- CORDERO P., *Considerazioni in tema di detenzione di materiale pedo-pornografico*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 6, 2003, 1167.

- CORDI' L. *Commento all'art. 8 l. 18.3. 2008 n. 48 in Legislazione Penale n. 3/2008*, pp. 281 ss;
- CORDI' L., *Commento all'art. 13 della l. 18.3.2008 n. 48 (Criminalità Informatica) in Legislazione Penale n. 3/2008* pp. 318 e ss.
- CORDI' L., *Commento all'art. 8 della l. 18.3.2008 n. 48 (Criminalità Informatica) in Legislazione Penale n. 3/2008* pp. 280 e ss.
- CORNILS, *Il luogo di commissione dei reati di manifestazione del pensiero in Internet*, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2002, pp. 891 ss
- CORRERA M., RIPONTI D., *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale – Un approccio criminologico*, Padova, 1990
- COSTANZO, *I reati contro la libertà sessuale. Profili sostanziali, probatori, processuali*, UTET, 2008
- CREMA S., *La rappresentazione mediatica della pedofilia e dell'abuso all'infanzia in La televisione del crimine ( a cura di) Forti G., Bertolino M., Milano, 2005;*
- CULLA L.M. – DE LEO G., *Attenti al lupo: pedofilia e vittime per progetti integrati di trattamento penitenziario: il progetto europeo FOR W-O-L-F;*
- CURTO, DI BARI, FORNO, MALACREA, MIOLA, RIZZI, *Processo penale e vittima d'incesto: l'audizione protetta*, in *L'abuso sessuale*, Milano, 1994
- D'AMATO, *Agenti provocatori: le prove eterodosse sono utili solo per avviare altre indagini in Diritto e Giustizia*, n. 9/2005, p. 44;
- D'AMELIO, *Commento alla sentenza Cassazione Penale sez. III 3-12-2001 in Giurisprudenza Italiana*, 2003, pp. 522 ss.
- D'AMICO M., *Commento all'art. 27 Costituzione in Commentario alla Costituzione (a cura di) Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., vol. I, 2006*, pp. 563 e ss.
- D'AMICO M., *L'Europa e la lotta alla pornografia infantile: verso un diritto penale europeo? in Quaderni Costituzionali n. 3/2000*, pp. 696 ss.;
- DA VALLE G. *D.l. 23.2.2009, n.11 conv. con modif. in l. 23.04.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, *Commento all'art. 12-ter, in Legislazione Penale n. 3/2009*, pp. 534 e ss
- DA VALLE G., *Commento all'art. 9 della l. 18.3.2008 n. 48 (Criminalità Informatica) in Legislazione Penale n. 3/2008* pp. 297 e ss.
- D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, 1996.
- DALIA A – PIERRO G, voce *Giurisdizione penale in Enciclopedia del Diritto Treccani*, pp. 1 e ss.
- DALIA A.A.; FERRAIOLI M. *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2006
- DAMASKA M., *I volti della giustizia e del potere – Analisi comparatistica del processo*, Ed Il Mulino, 2002;
- DANNA D., *Lo sfruttamento della prostituzione in La criminalità in Italia ( a cura di) Barbagli M., Gatti U., pp. 149 e ss.*
- DE AMICIS G., CALVANESE E., *La rete giudiziaria europea:natura, problemi e prospettive in Cassazione Penale n. 2/2001*, pp. 698 e ss;
- DE AMICIS G., *La “nuova” rete giudiziaria europea ed il suo rapporto con Eurojust in Cassazione Penale*, 2008, pp. 566 e ss.

- DE CARO A., *La riforma del giudizio direttissimo in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, pp. 156 ss;
- DE CATALDO NEUBURGER, *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Cedam, 1997.
- DE CATALDO NEUBURGER, *La prova scientifica nel processo penale*, Milano, 2007
- DE CATALDO NEUBURGER, *La testimonianza del minore tra "scienza del culto del cargo" e fictio juris*, MILANO, 2005
- DE FRANCESCO G., *Beni offesi e logiche del rischio nelle fattispecie a tutela dell'integrità sessuale dei minori: tra presente e futuro* in *Legislazione Penale* n. 2/2008, pp. 209 e ss
- DE LEO F., *Il P.M. tra completezza investigativa e ricerca dei reati in Cassazione Penale* 1995, pp. 1431 ss;
- DE MAGLIE, *Gli "infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, pp. 1049 ss;
- DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1991;
- DE MARSICO A., *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale in Nuovi Studi di Diritto Penale*, Napoli, 1951, pp. 71 e ss.
- DE NATALE D., *Pornografia minorile e internet. Brevi note sui primi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali*, in *Rivista Penale* n.3/2004, pp. 269 e ss.
- DE SIMONE G., *Le forme di tutela della vittima in Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, ( a cura di) Venafro E., Piemontese C., Torino, pp. 55 e ss
- DEL CORSO S., L. 15/2/1996 n. 66, *La legislazione penale* anno XVI, n. 3-4, 1996, Ed. Utet.
- DEL CORSO S., *Prostituzione e pornografia minorile: una normativa in bilico fra esigenze repressive e latitanza dei principi* in *Legislazione Penale* n. 2/2008, pp. 174 e ss
- DEL CORVO, KING, *Il caso Mangiafuoco*, *Cassazione Penale*, Maggio 2005 n. 5, pp. 1693- 1703
- DEL RE M., *Il minore vittima. L'audizione nel processo penale, tra normativa interna e prescrizioni europee. Il ruolo appropriato ed effettivo*, in *L'indice Penale* n. 3/2006, pp. 1243 e ss.
- DEL RE M., *La paura del crimine: prospettive di politica criminale e vittimologica*, in *L'Indice Penale*, 1988, pp. 366 ss;
- DEL TUFO M., *La tutela della vittima in una prospettiva europea* in *Diritto Penale e Processo*, 1999, pp. 889 ss;
- DEL TUFO V, Voce *Vittima del reato* in *Enciclopedia Del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, pp. 996 e ss;
- DELL'ORTO D., *Pedopornografia on line e indagini informatiche – complessità e peculiarità tecnico-giuridiche della materia* in *Cassazione Penale*, 2007, pp. 879 e ss
- DELLA MARIANNA, VERRENGIA, *Una ricerca sulla pedofilia in internet: bambini virtuali in rete* (Relazione al Convegno "Libertà e sessualità", Roma 26 e 27 giugno 1999, Sala assemblea, ICCRI, Via Sicilia 185) in *Psychomedia Telematic Review* [www.psychomedia.it], 16 Marzo 2001.



- DI BLASIO P.- PROCACCIA R., *Elaborazione delle informazioni e suggestionabilità nella fruizione di un programma televisivo sull'abuso sessuale in La televisione del crimine* ( a cura di) Forti G., Bertolino M., Milano, 2005;
- DI BUGNO C., *Commento all'art. 14 della l. 3/8/1998 n. 269* (Norme anti pedofilia), in *Legislazione Penale* n. 1-2/ 1999, pp. 148 e ss
- DI CHIARA G., *Coordinate planimetriche della ristrutturazione del rito patteggiato: le risagomature dello spettro applicativo e del regime premiale in Patteggiamento "allargato" e giustizia penale* (a cura di) PERONI F., Torino, 2004, pp. 38 ss;
- DI CHIARA G., *L'inquisizione come "eterno ritorno": tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte Costituzionale* in *Il Foro Italiano*, pp. 2013 e ss.
- DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali* in *Archivio della nuova procedura penale* n. 4/2009, pp. 425 ss;
- DI GIANNANTONIO - STRANO - VERRENGIA, L'OCCASO, *Alice nella rete delle meraviglie: esperienze di cyberpedofilia*, (Relazione al Convegno nazionale: Nuovi media e disagio psichico. Comunicazione, identità e relazione nell'era digitale. Palermo, Aula magna di Palazzo Steri, 15 aprile 2000) in *Telematic Journal of Clinical Criminology* [www.criminologia.org] e in *Psychomedia Telematic Review* [www.psychomedia.it]
- DI GIOVINE O., *Posizione e ruolo della vittima nel diritto penale* in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, ( a cura di) Venafro E., Piemontese C., Torino, pp. 25 e ss
- DI GIOVINE, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Vol. X, Lattanzi-Lupo, Milano, 2000
- DI LUCIANO F., *Lineamenti critici del reato di pedopornografia virtuale* in *Cassazione Penale* n. 7/2006, pp. 2627 e ss;
- DI MARTINO A., *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)* in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, ( a cura di) Venafro E., Piemontese C., Torino, pp. 191 e ss
- DI MARTINO, *L. 3/8/1998 n. 269 Art. 16, La legislazione penale* anno XIX 1-2, 1999, Ed. Utet.
- DI PAOLO, *"Tecnologie del controllo" e prova penale - L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, MILANO, 2008
- DI PAOLO, *L'acquisizione nel processo penale delle "dichiarazioni a contenuto testimoniale" del minorenne*, *Cassazione Penale*, Maggio 2003 n. 5, pp.1672-1676
- DI RAIMONDO, *Spunti comparatistici sui diversi strumenti di preparazione e accompagnamento giudiziale del minore*, *Cassazione Penale*, Ottobre 2005 n. 10, pp. 3139-3143
- DOLCINI E., *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* n. 2/2009, pp. 569 e ss.
- DOMINIONI O., *Art. 27 comma II* in *Commentario della Costituzione* ( a cura di) Branca G., Pizzorusso A., 1991, pp. 162 e ss.

- DOMINIONI O., *In tema di prova scientifica*, in *Diritto Penale e Processo* n. 10/2001, p. 1061 ss.
- ERAMO F., *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet. Ombre e luci* in *Famiglia e Diritto*, n. 1/2007, pp. 9 e ss;
- ERBANI S., *Art. 444 Applicazione della pena su richiesta delle parti* in *Codice di Procedura Penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* (a cura di) Lattanzi G., Lupo E., vol. V, Milano, 2008
- ESER A., *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XL, 1997, pp. 1061 ss.;
- ESER A., *Giustizia penale “ a misura d'uomo ”. Visione di un sistema penale e processuale orientato all'uomo come singolo e come essere sociale* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1998, pp. 1079 ss;
- FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro* in *Dir. Pen. Proc.* n. 5/2006 pp. 640 ss.
- FAGGIOLI, *Computer Crimes*, Napoli, 1998.
- FALCHI G. F., *Filosofia del diritto processuale penale*, Treviso, 1949;
- FANUELE C., *Il prelievo di reperti organici sulla persona dell'indagato* in *Cassazione Penale* n. 9/2008, pp. 2043 e ss.
- FAZZALARI E., *Appunti di teoria generale del processo*, Pisa, 1972;
- FAZZALARI E., voce *Procedimento e Processo (Teoria generale)* in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 819 e ss.;
- FELICIONI P., *Accertamenti sulla persona e processo penale - Il prelievo di materiale biologico*, Torino, 2007.
- FELICIONI P., *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma* in *L'Indice Penale* n. 2/1999, pp. 495 ss.
- FELICIONI P., *L'Italia aderisce al Trattato di Prum: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici* in *Diritto processuale penale* n. 2/2009, pp. 6 e ss.
- FERRAIOLI M., *La prescrizione del reato e i tempi della giustizia penale, in Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, pp. 283 e ss.;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Milano, 2002;
- FERRAJOLI L., *Sul diritto penale minimo* in *Il Foro Italiano*, 2000, pp. 125 e ss.
- FERRI, *Sociologia Criminale*, 1930, V ed., pp. 461 ss;
- FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, pp. 1455 e ss.
- FIAMMELLA, *Internet: aspetti penali e criminologici*, Intervento al Convegno " Internet: fra diritto e tecnologia ", Lanciano, 17-18 maggio 2002, [www.fiammella.it](http://www.fiammella.it);
- FIANDACA G.– MUSCO, *Diritto Penale – Parte Generale*, Bologna, 2001;
- FIANDACA G.– MUSCO, *Diritto Penale – Parte Generale*, Bologna, 2008;
- FIANDACA G., *Art. 27 comma III in Commentario della Costituzione* ( a cura di) Branca G., Pizzorusso A., 1991, pp. 222 e ss.

- FIANDACA G., *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto per la tradizione* in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1988;
- FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale* in *Foro Italiano*, 1992, I, pp. 2023 ss.;
- FIANDACA, *Violenza Sessuale* in *Enciclopedia del diritto*, Milano,
- FIORENTIN F., *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui* in *Giurisprudenza di merito*, n. 5/2009, pp. 1336 e ss.;
- FIORILLO V., *Il minore vittima di abusi. L'ascolto del minore nella fase delle indagini preliminari e nel processo* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 6/2009, pp. 683 e ss.
- FIORIO C., *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario* in *Pacchetto Sicurezza 2009*, Torino, 2009;
- FLAMINIA, *Rischio pedofilia, tre su quattro nella rete*, in *Polizia di Stato* [www.poliziadistato.it], 2002.
- FORLENZA O. *Al via un Centro nazionale per il contrasto*, *Guida al diritto* 4 Marzo 2006, n. 9.
- FORLENZA O. *Un pacchetto di misure a tutto campo per una legge dalle grandi aspettative*, in *Guida al diritto*, n. 33, 1998.
- FORLENZA O., *Polizia giudiziaria. Ecco i nuclei specializzati* in *Guida al Diritto* n. 33/1998, pp. 56 ss.;
- FORLENZA O.; *Istanza di ammonimento: una prima forma di tutela* in *Guida al diritto*, n. 10/2009 pp. 69 e ss
- FORLENZA O.; *Possibile vietare l'avvicinamento alla vittima* in *Guida al diritto*, n. 10/2009 pp. 72 e ss
- FORLENZA O.; *Sulla sicurezza urbana si apre il rebus delle ronde* in *Guida al diritto*, n. 10/2009 pp. 53 e ss.
- FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000;
- FORTI G., *Tra criminologia e diritto penale: "cifre nere" e funzione generalpreventiva della pena* in *Diritto penale in trasformazione* (a cura di Marinucci G., Dolcini E., Milano, 1985, pp. 53-74;
- FORZA A., *La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza* in *Rivista Penale* n. 5/2007, pp. 481 e ss.
- FOSCHINI G., *Tornare alla giurisdizione – Saggi critici*, Milano, 1971;
- FOTI, ROCCIA, *L'abuso sessuale sui minori*, Unicopli, 1994.
- FRATTOLIN, *La responsabilità dei providers per contenuti pornografici a danno di minori in rete*, in AA.VV., *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet* (a cura di G.CASSANO), Milano, 2002.
- FRIONI I., *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale* in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, XLV, 2002, pp. 542 ss.;
- FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali* in *Diritto, informazione e informatica*, 2003, pp. 487 e ss.
- FULVI F.R., *La Convenzione Cybercrime e l'unificazione del diritto penale dell'informatica* in *Diritto penale e Processo* n. 5/2009, pp. 639 e ss.

- FUMU G., Art. 449 c.p.p. in *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, vol. IV (a cura di) CHIAVARIO, Torino, 1990, pp. 818 ss
- GABRIELLI C., “*Accertamenti medici*” dai confini troppo incerti in *Guida al Diritto* n. 30/2009, pp. 71 e ss.
- GABRIELLI C., *Interventi sui minori senza modalità specifiche* in *Guida al Diritto* n. 30/2009, pp. 74 e ss.
- GABRIELLI C., *La decisione del “prelievo” torna al giudice* in *Guida al Diritto* n. 30/2009, pp. 67 e ss.
- GALANTINI *Commento all’art. 12 l. 269/1998 in Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia* ( a cura di ) Cadoppi, 2002, pp. 772 ss
- GALDIERI, *Internet e pedofilia* (Sintesi relazione Convegno " La rete. Autoregolamentazione o regolamentazione possibile? Pedofilia, Napster e Crimine elettronico", 31 ottobre 2000, Sala ADNKRNOS, Roma) , in *Jei - Jus e Internet* [www.jei.it], 2000 .
- GALDIERI, *L’ampia configurabilità dell’illecito penale rafforza il principio della libertà informatica*, in *Guida al Diritto* (IlSole24ore), n.4, 1997.
- GALDIERI, *Solo cessione per chi preleva le foto dei minori dopo aver dato il consenso in un contesto privato*, in *Guida al Diritto* (IlSole24ore), n. 17, 2003.
- GALLO, *Il bambino come prova: limiti e caratteristiche della testimonianza infantile*, in *Abuso di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, pp. 189 ss
- GALLO, *Privacy informatica e codice di procedura penale. Pregi, contraddizioni e disarmonie di una normativa comunque necessaria* in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, 1997 p. 257-258;
- GARGANI A., *D.l. 23.2.2009, n.11 conv. con modif. in l. 23.04.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, Premessa, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 415 ss;
- GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale*, parte generale, Milano, 2003
- GARRITANO, *Pedofilia in rete: la legge c’è, le proposte di modifica anche*, in *MediaMente* [www.mediamente.rai.it].
- GASPARINI M., *Estesa l’obbligatorietà della custodia in carcere* in *Guida al Diritto* n. 10/2009, pp. 48 ss;
- GEMMA G., PELLATI R., *Processo e verità: un’altra decisione sostanzialmente coerente della Corte* in *Giustizia Costituzionale*, 1998, pp.3153 e ss.
- GERACI M.R. *La legittimità del patteggiamento allargato* in *Cassazione Penale* n. 6/2007, pp. 2454 ss;
- GERACI R.M., *Chiaroscuri della disciplina in tema di patteggiamento allargato* in *Cassazione penale* n. 6/2007, pp. 2444 e ss.
- GIARDA A., *Astratte modellistiche e principi costituzionali del processo penale* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, pp. 889 ss;
- GIARDA A., *I Giudici della Consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/1999, pp.1447 ss;
- GIARDA A., *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Torino, 1971;

- GIARDA A., *La repressione della violenza sessuale tra legge e costume* in *Corriere Giuridico*, 1996, pp. 863 ss;
- GIARDA A., SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, 2000.
- GIORIS B., *D.l. 23.2.2009, n.11 conv. con modif. in l. 23.04.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, Commento all'art. 3 e 4 in *Legislazione Penale n. 3/2009*, pp. 460 ss;
- GIOSTRA G, CESARI C., *Commento all'art. 4-bis ord. pen. in Ordinamento Penitenziario* (a cura di) GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., 2006, pp. 44 e ss.
- GIOSTRA G, CESARI C., *Commento all'art. 58-ter ord. pen. in Ordinamento Penitenziario* (a cura di) GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., 2006, pp. 752 e ss.
- GIOSTRA G., *I limiti dell'archiviazione "in via amministrativa"*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 5/1999, pp. 749 ss.;
- GIOSTRA G., *Processo penale e informazione*, Milano, 1989.
- GIULINI P., *Principi ispiratori e premesse teoriche del progetto di trattamento per autori di reati sessuali "unità di trattamento intensificato presso la casa di reclusione di Bollate*, in AA.VV. *Aggressori sessuali – Dal carcere alla società*, Milano, 2006, pp. 453 ss;
- GRAZIANO, *Aspetti criminologici della vittimologia - con particolare riferimento a: i reati sessuali sui minori*, in *Diritto&Diritti* [www.diritto.it].
- GREVI V., *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3/1999, pp. 821 ss.;
- GRILLO A.- U.E. MOSCATO, *Riflessioni sulla prova informatica*, in *Cassazione Penale n. 1/2010*, pp. 372 e ss.;
- GUALCO B., *Carcere e territorio*, ( a cura di) Gatti V., Milano, 2003;
- GUARNIERI G., *Sulla teoria generale del processo*, Milano, 1939;
- GULOTTA L., *La formazione dei magistrati e degli avvocati nella giustizia minorile*, in *Elementi di psicologia giuridica e diritto psicologico*, Milano, 2003.
- HALL M., *The relationship between Victims and Prosecutors:Defending Victims' rights?* in *The Criminal Law Review*, Issue 1 2010, pp. 31 e ss;
- HELFER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile: una ricerca comparatistica*. Milano, 2007.
- IASELLI, *L'autotutela dei providers*, in "Studio Celentano"[www.Studiocelentano.it], 2001.
- IASELLI, *Netcrime, anche le donne denunciate in rete per pedofilia*, [www.Studiocelentano.it], 2002
- IASELLI, *Verso un elenco generale delle utenze telefoniche fisse e mobili*, in "Studio Celentano" [www.Studiocelentano.it], 2002.
- IASILLO A., *Agenti provocatori e sequestro probatorio. Male captum, (non) bene retentum?* in *Diritto e Giustizia* n. 40/2004, pp. 40 e ss;
- ICHINO, *Audizione della persona offesa minorenni e indagini difensive in Cassazione Penale*, n. 12/2004, pp.4293- 4295
- ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, MILANO, 1983

- ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte Costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255/1992* in *Giurisprudenza Costituzionale* 1992, pp. 1975 ss.;
- KOSTORIS R.E., *Prelievi ematici coattivi nei procedimenti per violenza sessuale dopo la sentenza n. 238/1996*, in *Diritto penale e processo*, 1996, pp. 1522 ss.;
- LATTANZI, *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, 2002.
- LEMME, *Libertà sessuale* in *Enciclopedia del diritto* vol. XXIV, Giuffrè, 1974.
- LISI, MURANO, NUZZOLO, *I reati informatici*, Maggioli Editore, 2004
- LIVRAGHI, *Pedofilia e Internet: la grande ipocrisia*, in *APOGEO* [www.apogeoonline.com], 29 settembre 1998
- LIVRAGHI, *Pericolo: sequestratori in agguato*, in *Interlex* [www.interlex.it], 9 giugno 1998.
- LOGLI, *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica* in *Cass. Pen.* n. 7-8/2008, pp. 2952 ss.
- LOMBARDO, *Ricerca della verità e nuovo processo penale* in *Cassazione Penale* 1993, pp. 758 ss.;
- LONG J. *A proposito di una recente condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei diritti dell'Uomo. Alcune riflessioni sui tempi e i modi dell'intervento civile in situazioni di sospetto abuso sessuale intrafamiliare*, in *Minori e Giustizia* n. 2/2009, pp. 277 e ss.
- LOZZI G., *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* n. 3/1997, pp. 669 e ss.
- LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2000.
- LUPARIA – ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica : l'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Milano, 2007
- LUPARIA L., *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa – Profili processuali*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 6/2008, pp. 717 e ss.
- LUPARIA L., *Le investigazioni informatiche in materia di pornografia minorile tra nuovi e vecchi abusi degli strumenti processuali* in *Diritto dell'Internet*, 2005, pp. 481 ss.;
- MACCHIA A., *Pedofilia, quali rischi se la tutela finisce per spingersi troppo oltre* in *Diritto e Giustizia*, 9.03.2002, pp. 16 ss.;
- MADIA, *Particolari disposizioni penali processuali in materia di pedofilia e pedopornografia* in AA.VV. *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, (a cura di) Coppi F., Torino, 2007, pp. 610 ss.;
- MAFFEI S., *Commento art. 444 c.p.p.* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, pp. 936 ss.;
- MAGLIONA B., *L'accertamento dell'infezione da HIV per l'imputato di violenza sessuale: prime riflessioni medico – legali* in *Diritto Penale e Processo*, 1996, pp. 514 ss.;
- MALACREA, LORENZINI, *Bambini Abusati*, Cortina, 2002.
- MALACREA, VASSALLI, *Segreti di famiglia*, Cortina, 1990.
- MALFATTI D., *L'abuso dei minori* in *La criminalità in Italia* ( a cura di) Barbagli M., Gatti U., pp. 127 e ss.

- MANACORDA S., *La posizione della vittima nel diritto internazionale penale in Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, ( a cura di) Venafro E., Piemontese C., Torino, pp. 117 e ss
- MANGANELLI, *Quando il web sarà una gabbia ultrasorvegliata*, in InterLex [www.interlex.it], 10 aprile 2003.
- MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia in L'Indice Penale*, n. 1/1999, pp. 47 ss.;
- MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia* in Dir. Informazione e Informatica, 2001, pp. 145 ss
- MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in Ind. Pen., 1999, pp.50 ss
- MANNA-RESTA, *I delitti di pedopornografia alla luce della legge n. 38/2006: una tutela soltanto virtuale?* in *Diritto dell'Internet* n. 3/2006
- MANNOZZI G., DAVIGO P., *La corruzione in Italia – Percezione sociale e controllo penale*, Editori Laterza, 2007;
- MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia ripartiva e mediazione penale*, Milano, 2003;
- MANNOZZI G.; HENHAM R., *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* n. 2/2005, pp. 706 e ss.
- MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi* in Arch. Giur., 1968, p. 61
- MANTOVANI, *Diritto Penale - parte generale*, Padova, 2001.
- MANTOVANI, *I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, 1998
- MANZIONE D., *Commento all'art. 11 della l. 18.3.2008 n. 48 (Criminalità Informatica)* in *Legislazione Penale* n. 3/2008 pp. 314 e ss.
- MARANDOLA A., *Audizione del minore infrasedicenne: non irragionevole la limitazione ai soli reati sessuali dell'incidente probatorio "incondizionato"* in *Famiglia e Diritto* n. 3/2003, pp. 221 e ss.
- MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* n. 8/2009, pp. 946 ss.;
- MARANDOLA A., *Il nuovo intervento in tema di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e agli atti persecutori (c.d. Stalking)* in *Studium Iuris* n. 12/2009, pp.1299 e ss
- MARANI, *I delitti contro la persona : aggiornato alla legge 11.8.2003, n. 228 (norme contro la tratta di persone), ed alla legge 6.2.2006, n. 38 (disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia a mezzo internet)*, Milano, 2007
- MARCHETTI, DI TILLIO, *La violenza sessuale. Aspetti giuridici e medico-legali*, Milano, 2000;
- MARCOLINI S., *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata - L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2005

- MARCOLINI S., *Le cosiddette perquisizioni elettroniche ( perquisizioni on line)* in *Cassazione Penale*, n. 3/2010, pp. 2855 ss
- MARIANI-BIANCHETTI, *L'abuso sessuale sui minori: un'analisi criminologica del fenomeno*, *Cassazione Penale*, Marzo 2003 n. 3, pp.1072- 1076
- MARINELLI C., *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Milano, 2007;
- MARINELLI C., *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: "straripamenti" investigativi e relative implicazioni processuali* in *Cassazione Penale*, 2005, pp. 2683 e ss
- MARINI L.M., *Acquisto simulato di droga e pretesa testimonianza dell'agente provocatore* in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, II, pp. 58 ss;
- MARINI, *Pedofilia: una nuova caccia alle streghe*, in *Lex et Jus* [www.lexetjus.net], n. 6, 2002.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999, pp. 802 e ss.
- MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la terza via delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2001.
- MARTINI A., *Commento all'art. 15 D.L. 8/06/1992 n. 306* in *Legislazione Penale*, 1993;
- MARZADURI E., *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale* in *Guida al diritto* n. 10/2009, pp. 39 e ss.
- MARZADURI E., *Quella logica costante dell'emergenza che avvelena il tessuto del codice di rito* in *Guida al Diritto* n. 10/2010, pp. 11 e ss.;
- MASELLI, *"Pedofilia e Internet"* (Atti del convegno organizzato da Caritas, Associazione permanente di solidarietà e Associazione Oratorio di Santa Maria Maggiore Sala delle conferenze del Comune di Acquaviva 5 Aprile 2001), in [www.avvocatiacquavivacassano.it]
- MASSA S., *Nuove forme di devianza ai danni dei minori e risposte normative*, Napoli, 2002;
- MAZZACUVA N., PAPPALARDO G, *Osservazioni in tema di prelievo ematico coattivo* in *L'Indice Penale* n. 2/1999, pp. 485 ss.
- MAZZONI, *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Giuffrè, 2000.
- MELILLO G., *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale* in *Diritto penale e processo* n. 1/2008, pp. 121 e ss.
- MELILLO G., *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova* in *Archivio della nuova procedura penale* n. 2/1999, pp. 97 e ss.
- MELILLO G., *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo* in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi* (a cura di) Di Chiara G., Torino, 2003, pp. 33 e ss.
- MELILLO G., MOTTA C., *Linee di una possibile evoluzione normativa della figura dell'agente provocatore* in *Archivio della nuova procedura penale* n. 2/2001, pp. 131 e ss.
- MILITELLO, *Informatica e criminalità organizzata* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1990, pp. 81 ss.;



- MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi liberali* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 1995, pp. 343 ss;
- MOCCIA S., *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale: un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, pp. 395 ss;
- MODUGNO F., voce *Funzione* in *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Milano, 1969, pp. 301 e ss.
- MONTANO, *Le funzioni di polizia postale alla prova dell'innovazione tecnologica* in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, n.3/1999, pp. 65 ss;
- MONTI, *Non si proteggono i minori creando nuovi mostri*, in InterLex [www.interlex.it], 18 marzo 2003.
- MORELLI F- GALGANI B., *D.l. 23.2.2009, n.11 conv. con modif. in l. 23.04.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, Commento all'art. 9, in *Legislazione Penale n. 3/2009*, pp. 496 e ss
- MORGANTE G. *Premessa* in *Legislazione Penale n. 3/2008*, pp. 253 ss.
- MORO, *Etica, informatica, diritto*, Milano, 2008
- MOSCARINI P. , *La perizia psicologica e il "giusto processo"* in *Dir. Pen. Proc.* n. 8/2006 pp. 929 ss
- MOSCARINI P., *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988;
- MOSCARINI P., *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato* in *Diritto Penale e Processo* n. 2/2010, pp. 227 e ss.;
- MOSCONI G, *Dentro il carcere oltre la pena*, Padova, 1998;
- MOSCONI G. *La controriforma carceraria* in *Dei delitti e delle pene*, Bologna, 1991;
- MUGNAINI S., *La nuova disciplina in tema di prostituzione e pornografia minorile: testi e contesti* in *Legislazione Penale n. 2/2008*, pp. 197 ss;
- MUGNAINI S., *La nuova disciplina in tema di prostituzione e pornografia minorile: testi e contesti* in *Legislazione Penale n. 2/2008*, pp. 186 e ss
- MULLIRI G., *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche. Gli accertamenti sanitari volti ad individuare patologie sessualmente trasmissibili*, in *Cassazione Penale*, 1996, pp. 754 ss;
- MUSACCHIO V., *Brevi considerazioni sulla nuova normativa penale "antipedofilia"*, in *Giustizia Penale*, II, 1998, pp. 666 ss.
- MUSACCHIO V., *Crimine organizzato e cybrcrime*, in *Diritto&Diritti* [www.diritto.it], 2002.
- MUSACCHIO V., *La nuova normativa penale in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia a mezzo internet "*, in *Rivista Penale n. 4/2006*, pp. 399 e ss
- MUSACCHIO V., *Le molestie sessuali nella legislazione penale comunitaria* in *La giustizia penale*, 2001, pp. 667 e ss.
- MUSSO, *Considerazioni in tema di violenza sessuale ai danni dei minori*, *Cassazione Penale*, Maggio 2005 n. 5, pp. 1704-1709

- NAPPI D, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica* in *Gazzetta Giuridica* n. 29/1996, pp. 1 ss;
- NAPPI D. *La spinta garantista della Corte Costituzionale verso la difesa dello straniero non abbiente.* in *Cassazione Penale* n. 12/2007, pp. 4439 ss;
- NATALINI A., *Male captum, bene retentum: sul sequestro penale la Suprema corte ci ripensa* in *Diritto e Giustizia* n. 31/2004, pp. 31 e ss
- NATALINI A., *Pedopornografia e diritti della difesa. Per le attività di contrasto niente analogia iuris* in *Diritto e Giustizia* n. 41/2003, pp. 16 ss;
- NATALINI A., *Stretta contro la pedopornografia in rete. Così Roma si allinea ai dettami dell'UE. Minori tutelati, no al patteggiamento allargato per reati sessuali* in *Diritto e Giustizia* n. 9/2006, pp. 112 ss;
- NATALINI A., *Delitti sessuali, addio benefici carcerari. Sospensione della pena sempre vietata,* in *Diritto e Giustizia* n. 9/2006, pp. 28 e ss.
- NEVOLI F., *Intercettazioni informatiche e telematiche: ricorso ad impianti esterni ed obbligo motivazionale del pubblico ministero* in *Archivio della Procedura Penale*, n. 1/2010, pp. 76 e ss;
- NIGRO M, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia – Le norme processuali e penitenziarie –* in *Diritto penale e processo* n. 8/2006 pp. 949 e ss.
- NOVELLINO A., *Il Viminale può chiedere di conservare i dati* in *Guida al Diritto* n. 16/2008, pp. 69 e ss;
- ORLANDO, *Pedofilia e Rete*, in [www.itportal.it], 21 marzo 2001.
- PADOVANI E., BONINI, L. 3/8/1998 n. 269 Art. 2, *La legislazione penale*, n. 1-2, 1999;
- PADOVANI E., L. 15/02/1996 n. 66- *Norme contro la violenza sessuale* in *La legislazione penale*, n. 3-4/1996.
- PADOVANI E., *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrelevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una fictio absurda* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984.
- PADOVANI E., *Osservazione e trattamento penitenziario di soggetti autori di reati sessuali e con problematiche di identità. Aspetti socio istituzionali*, in *Rassegna Italiana di Criminologia* n. 3-4/2004, pp. 443 e ss;
- PADOVANI E., *Violenza carnale e tutela della libertà* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989.
- PADOVANI T., *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace in Il giudice di pace nella giurisdizione penale ( a cura di) Giostra G. – Illuminati G., Torino, 2001, pp. XV ss*
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, VI ed., Milano, 1998;
- PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2/1992, pp. 468 ss;
- PALMA I, *I criteri d'inferenza nella valutazione della prova dei reati sessuali* in *Archivio della Nuova Procedura Penale* n. 1/2009, pp. 70 e ss.
- PALMUCCI V., *La presa in carico del delinquente sessuale: caratteristiche e finalità dei principali modelli utilizzati nel panorama mondiale* in *AAVV Aggressori sessuali; dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*, Milano, 2006, pp. 193 ss;

- PALMUCCI V., TRAVERSO G., *Le tecniche di valutazione del delinquente sessuale nell'esperienza di ricerca e di intervento in campo internazionale in Rassegna Italiana di Criminologia* n. 1/2004, pp. 97 e ss;
- PAPA M., *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale "microsistema di tutela integrata"* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova, 1996, pp. 427 ss;
- PARODI C.- CALICE, *Responsabilità penali e Internet*, Milano, 2001.
- PARODI C., *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 1442
- PARODI C., *Le persone interessate all'assunzione dell'incidente probatorio in Diritto penale e processo*, n. 6/1997.
- PASQUINI, *Per punire i colpevoli si criminalizza la Rete*, in *InterLex* [www.interlex.it], 18 giugno 1998.
- PECCIOLI, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia – Le norme penale* – in *Dir. Pen. Proc.* n. 8/2006 pp. 939 e ss.
- PECORARO, ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997
- PERONI F., *La nuova fisionomia del patteggiamento in Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi* ( a cura di) Di Chiara G., Torino, 2003, pp. 367 ss.;
- PERONI F., *La nuova tutela cautelare penale nei fenomeni di violenza intrafamiliare in Diritto Penale e Processo* 2003, pp. 868 ss;
- PERONI F., *Nuovi criteri di scelta delle misure cautelari nell'art. 275 comma 3 c.p.p. e successione di leggi nel tempo in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, pp. 1481 ss;
- PERRI P., *Profili informatico-giuridici della diffusione, mediante strumenti telematici, di materiale pedopornografico*, in *Cassazione Penale* n. 9/2008, pp. 3466 ss.
- PETRUCCELLI I, PEDATA L., *L'autore di reati sessuali: valutazione, trattamento e prevenzione della recidiva*;
- PEZZANI F, *D.l. 23.2.2009, n.11 conv. con modif. in l. 23.04.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, Commento all'art. 8, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 491 e ss;
- PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, p. 176 ss.
- PICOTTI L., *Fondamenti e limiti della responsabilità penale dei service-providers in Internet*, in *Dir. Informazione e Informatica*, 1999, pp. 379 ss
- PICOTTI L., *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa – Profili sostanziali*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 6/2008, pp. 700 e ss.
- PICOTTI L., *Profili penali della legge contro la violazione nelle relazioni familiari*, *Cassazione Penale*, Maggio 2004 n. 5, pp. 1785-1799
- PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet in Diritto dell'Informazione e dell'informatica*, 2002, pp. 320 ss
- PINNA M., *Illegittima la condanna dell'imputato alla rifusione delle spese per la costituzione di parte civile nel patteggiamento in indagini*, in *Cassazione Penale* n. 10/2009, pp. 3901 e ss.

- PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale in Diritto penale e processo*, n. 3/1996.
- PISANI M., *Per le vittime del reato in Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1989, pp. 465 ss;
- PISANI M. voce *Giurisdizione Penale in Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano, 1970, pp. 381 e ss.;
- PISANI M., *Asterischi sull'integrazione del "programma minimo" della società internazionale di difesa sociale in L'Indice Penale*, 1984, pp. 656 ss;
- PISANI, MOLARI, PERCHINUNNO, CORSO, *Manuale di procedura penale*, Monduzzi editore 1996.
- PISAPIA G.D., *Appunti di procedura penale*, vol. I e II, Milano, 1972;
- PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo, Guida al diritto* 4 Marzo 2006, n. 9.
- PISTORELLI, *Colmate le lacune della pregressa disciplina, Guida al diritto* 4 Marzo 2006, n. 9.
- PITTARO P. *Le norme contro la pedofilia – Le norme di diritto sostanziale in Diritto Penale e Processo* n. 10/1998, pp. 1219 e ss
- PITTARO, *Misure a tutela delle vittime delle violenze in famiglia in Diritto penale e processo*, n. 11/2001.
- PIZIALI G., *Reati contro la libertà sessuale – Aspetti processuali in Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 1997, pp. 196 e ss
- PIZIALI G., *Reati contro la libertà sessuale in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, pp. 214 ss;
- POLICE A., *Art. 24 in Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino 2006;
- POMANTE, *Hacker, Crimini informatici e disinformazione*, in AA.VV., *Informatica giuridica* (a cura di G. ROGNETTA), Napoli, 2001.
- POMANTE, *Internet e criminalità*, Torino, 1999.
- PORTIGLIATTI BARBOS M., *Commento all'art. 16 legge n. 66/1996 in Legislazione Penale* n. 3-4/1996, pp. 525 ss;
- PORTIGLIATTI BARBOS M., voce *Vittimologia in Digesto delle discipline penalistiche*, XV, Torino, 1999, pp. 314 ss;
- PRESUTTI A., *"Alternative" al carcere e regime delle preclusioni in Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, pp. 83 ss;
- PRESUTTI A., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994;
- PRINCIPE, *Stai andando in tribunale come testimone? Vademecum pubblicato dal Crown Office e Procurator Fiscal Service, Cassazione Penale*, Ottobre 2005 n. 10, pp. 3144-3147
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- PULITANO' D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, pp. 951ss;
- RAPETTO, *Novità legislative in materia di crimine informatico: legge 18 marzo 2008 n. 48 di ratifica della Convenzione di Budapest*, Milano, 2008
- RECCHIONE S., *Le indagini nei casi di sospetti abusi su minori. La prova dichiarativa debole e la fruibilità degli atti di indagine in Cassazione Penale*, n. 1/2009, pp. 246 e ss.

- RESTA F., *Il decreto legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale* in *Giurisprudenza di merito*, n. 4/2009, pp. 891 e ss.
- RICCI P., VENDITTO M.O., BASSI S., *Violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni critiche sulla nuova normativa penale in materia in Giustizia Penale*, 1996, I, pp. 366 e ss;
- RICCIO G., *I giuristi e la crisi del processo penale* in *Giustizia Penale* I, n. 1/2010, pp. 5 e ss.
- RICCIO G., *Ideologie e modelli del processo penale*. Scritti 1995;
- RICCIO G., *La legalità è fatta di magistrati che non cedono alle suggestioni* in *Diritto e Giustizia* n. 42/2004, pp. 86 e ss.
- RIPONTI D., *Un laboratorio normativo per fronteggiare la criminalità a sfondo sessuale* in *Diritto penale e processo*, n. 9/1996, pp. 1163 ss;
- ROCCO A., *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari: studi*, Napoli, 1906;
- ROMANO B., *"Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998"*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.4/1998, pp. 1543 e ss..
- ROMANO B., *Il rinnovato volto delle norme contro la violenza sessuale: una timida riforma dopo una lunga attesa* in *Diritto di famiglia* n. 4/1996, pp. 1610 e ss.
- ROMANO B., voce *Pedofilia* in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Aggiornamento, 2004, pp. 603 e ss.
- ROMEO, *Abusi sessuali su minori e dinamiche di acquisizione probatoria*, in *Dir. Pen. Proc.* n. 9, Milano, 2008
- ROMEO, *Violenza sessuale e processo penale*, Piacenza, 2007 (ed La Tribuna);
- ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale* in *L'Indice Penale*, n. 1/1989, pp. 12 ss;
- RUGGERI S., *D.l. 23.2.2009, n.11 conv. con modif. in l. 23.04.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, *Commento all'art. 2*, in *Legislazione Penale* n. 3/2009, pp. 429 e ss;
- RUGGIERI F., *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo* in *Per un rilancio del progetto europeo* ( a cura di) Grasso G., Sicurella R., Milano, 2008, pp. 493 e ss.
- RUGGIERI F., *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001;
- RUGGIERI F., *Profili processuali nelle investigazioni informatiche*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet* (a cura di) Picotti, pp. 153 ss.
- RUGGIERO G., *Ideologia e dogmatica sui rapporti fra diritto penale e processo* in *Diritto Penale e Processo*, n. 2/2007, pp. 255 ss;
- RUSSO L., *Le "operazioni sotto copertura" e le "attività di contrasto" in materia di delitti sessuali o per la tutela dei minori* in *Giurisprudenza di Merito*, n. 12/2008, pp. 3349 ss;
- RUSSO L., *Le "operazioni sotto copertura" e le "attività di contrasto" in materia di delitti sessuali o per la tutela dei minori* in *Cassazione Penale* n. 12/2008, pp. 3346 e ss.;

- RUSSO N., *Modifiche al gratuito patrocinio in Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, pp. 295 ss.;
- SABATINI, *Violenza Carnale in Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXXII.
- SACCHETTINI E., *Una riforma attuata solo a metà a cui manca “l’autorità di decisione”* in *Guida al Diritto* n. 24/2009, pp. 40 ss
- SACCHETTINI E., *Vittime di reati: dal Ministero della Giustizia l’iter per presentare la domanda di indennizzo – Una riforma attuata solo a metà a cui manca l’“autorità di decisione”* in *Guida al Diritto* n. 24/2009, pp. 30 e ss
- SALBERINI G., *Sfruttamento sessuale dei minori e tecnologie informatiche nella nuova legge sulla pornografia minorile*, in "I diritti dell'uomo" [www.unionedirittiumani.it], n. 2, 1998;
- SARZANA DI S. IPPOLITO C., *Informatica, internet e diritto penale*, II edizione (riveduta, corretta ed ampliata), Milano, 2003, p. 149 e ss..
- SARZANA DI S. IPPOLITO F., *Brevi note in margine ad un convegno della tutela dei minori*, in "Studio Celentano" [www.studiocelentano.it], 2002.
- SARZANA DI S. IPPOLITO, *Come opporsi alla pedofilia telematica* in *Dir. Informazione e informatica*, 1998, p. 114 e ss.
- SARZANA DI S. IPPOLITO, *Come opporsi alla pedofilia telematica* in *Diritto penale e processo* n. 1/1998, p. 112 e ss.
- SARZANA DI S. IPPOLITO, *La Convenzione Europea sulla cybercriminalità*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2002, pp. 509 ss
- SARZANA DI S. IPPOLITO, *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest: una “gatta” legislativa frettolosa* in *Diritto penale e processo*, n. 12/ 2008, pp. 1562 ss
- SATTA S., *Il mistero del processo*, Milano, 1994;
- SATTA S., voce *Giurisdizione (Nozioni Generali)* in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano, 1970, pp. 218 e ss.;
- SBISA’, *Cenni sul computer come strumento di prova nel processo penale* in *Foro Ambrosiano*, 2000, p. 95 ss.
- SCAGLIONE A., *I nuovi poteri della polizia giudiziaria nella strategia di prevenzione e di repressione della criminalità organizzata* in *Cassazione Penale*, 1993, pp. 457 ss.;
- SCALFATI A., *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista* in *Diritto penale e processo*, n. 8/2009, pp. 937 e ss.
- SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, pp. 185 e ss.
- SCAPARONE M., *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato* in *Giustizia Costituzionale*, 1998, pp.3148 e ss.
- SCAPARONE, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Milano, 1999, pp. 18 -19, 99 ss.
- SCARCELLA A., *Punibile il pubblico ufficiale che “ comunica” o “ fa uso” di dati o informazioni “ sensibili”* in *Diritto processuale penale* n. 2/2009, pp. 25 e ss.
- SCARCELLA A., *Il patteggiamento “allargato” nel quadro della programmata espansione della giustizia negoziale* in *Patteggiamento “allargato” e giustizia penale* ( a cura di) Peroni F., Torino, 2004, pp. 3 e ss.

- SELVAGGI E. *Cooperazione giudiziaria veloce ed efficace* in *Guida al Diritto* n. 16/2008, pp. 72 e ss;
- SELVAGGI E. *Task force operativa 24 ore al giorno* in *Guida al Diritto* n. 16/2008, pp. 74 ss;
- SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. Informazione e Informatica*, 1998, pp. 745 ss
- SERGIO, *Protezione ed assistenza in giudizio del minorenne vittima di violenza sessuale*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, pp. 247 ss.
- SERRA - STRANO, *Nuove Frontiere della Criminalità, la criminalità tecnologica*, Milano, 1997.
- SILVANI, *Il minore vittima di abusi in famiglia tra tutela penale e protezione cautelare*, *Cassazione penale*, Febbraio 2005 n. 2, pp. 626- 637
- SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALA', *Diritto processuale penale*, Milano, 2004 .
- SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori* in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1990.
- SPANGHER G., *Le norme contro la pedofilia – Le norme di diritto processuale* in *Diritto Penale e Processo* n. 10/1998, pp. 1222 ss
- SPAVENTI L., *Vittime dei reati e risarcimento del danno* in *Diritto Penale e Processo* n.6/2009, pp. 757 e ss.
- STANZANI - STENDARDO, *Osceno e comune senso del pudore: Antropologia della pornografia*, in *Diritto&Diritti* [www.diritto.it], 2002.
- STANZANI , *Diritti del fanciullo e pedofilia*, in *Diritto&Diritti* [www.diritto.it], 2001.
- STANZANI- STENDARDO, *Cybercrimine: pedofilia post-moderna e internet*, in [www.dirittoefamiglia.it](http://www.dirittoefamiglia.it)
- STILO, *L'influenza delle nuove tecnologie informatiche sull'originale archetipo "criminalità organizzata"*, in *Diritto della Gestione Digitale delle Informazioni*, "Il Nuovo Diritto", n. 4, 2003
- STILO, *Pornografia Minorile e chat: un reato che oscilla tra "cessione e divulgazione"*, in *Diritto della Gestione Digitale delle Informazioni* , suppl. della Rivista "Il Nuovo Diritto" n. 6, 2003.
- STILO, *Pornografia minorile e internet: lotta alla criminalità e non caccia alle streghe*, in *Diritto della gestione digitale delle informazioni*, *Il Nuovo Diritto*, n. 2-3, 2003.
- STILO, *Pornografia minorile tra chat, email e p2p*, in *Diritto della Gestione Digitale delle Informazioni*, "Il Nuovo Diritto" n. 6, 2003.
- STRANO - BUZZI - GOTTI - GENTILE, *Internet e pedofilia: un'indagine pilota sulla percezione del rischio tra i genitori* (Comunicazione al Convegno internazionale "Media digitali e psicotecnologie: viaggi nella mente dei mondi virtuali", Erice, Villa San Giovanni, 28 giugno-1 luglio 2001), in *Psychomedia Telematic Review*, 6 dicembre 2001.
- STRANO - DI GIANNANTONIO - MAROTTA - BADALAMENTI - TERRANA - CAPARESI - BASILE, *Internet e pedofilia: un'indagine pilota sui rischi per i minori* (Relazione al Convegno internazionale "Media digitali e psicotecnologie: viaggi nella mente dei mondi virtuali", Erice, Villa San

- Giovanni, 28 giugno-1 luglio 2000), in *Psychomedia Telematic Review* [www.psychomedia.it], 6 dicembre 2001.
- STRANO - GOTTI - GERMANI - QUARELLO - BUZZI, *La pedofilia e internet*, in *Psychomedia Telematic Review* [www.psychomedia.it], 16 marzo 2001.
  - STRANO M., *Uno studio clinico e criminologico dei pedofili on line* in www.criminologia.org;
  - STRUMENDO, DE STEFANI, *I diritti del bambino tra protezione e garanzie*, Cleup, 2004.
  - SUTERA SARDO A., *Una nuova ipotesi di “acquisto simulato”* in *Diritto penale e processo* n. 11/2000, pp. 1519 e ss;
  - TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritti all’equo processo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo* in *Cassazione Penale*, 2002, pp. 2920 ss;
  - TARUFFO M., *Note per una riforma del diritto delle prove* in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1986, pp. 238 ss;
  - Telefono Azzurro ed Eurispes, *4° Rapporto nazionale sulla condizione dell’infanzia e dell’adolescenza*, 2003.
  - Telefono Azzurro, *1987-2002: Il diritto di essere bambino: proposte e strategie di intervento*.
  - TERRAGNI L., *La violenza sessuale* in *La criminalità in Italia* ( a cura di) Barbagli M., Gatti U., pp. 103 e ss.
  - TESSA S., *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Torino, 1996;
  - TOCCAFONDI I. – SCALA P., *Percorsi tratta mentali per il delinquente sessuale a partire dal carcere:analisi della relazione socio educativa e patto di fiducia* in AA.VV. *Aggressori sessuali; dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*, Milano, 2006, pp. 475 ss;
  - TONINI P., *Accertamento del fatto e informazioni genetiche: un difficile bilanciamento* in *Diritto processuale penale* n. 2/2009, pp. 25 e ss.
  - TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009;
  - TRICOMI I., *Ordine di protezione della durata di un anno*, in *Guida al diritto* n. 10/2009 pp. 74 e ss
  - TRIOLO G.,*La legge sugli abusi sessuali contro l’infanzia:ragionevoli esigenze punitive e principio di offensività* in *Legislazione Penale* n. 2/2008, pp. 200 e ss
  - UBERTIS G, *La ricerca della verità giudiziale* in AA.VV. *La conoscenza del fatto nel processo penale* (a cura di) Ubertis, Milano, 1992, pp. 38 ss;
  - *Un tetto azzurro per amico: diagnosi, trattamento e accoglienza*, I Quaderni di Telefono Azzurro.
  - VARRASO G. *Il “doppio binario” del giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero* in *Il Decreto Sicurezza* (a cura di ) SCALFATI A., Torino, 2008, pp. 175 ss.
  - VENAFRO E., *Brevi cenni introduttivi sull’evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale* in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, ( a cura di) Venafro E., Piemontese C., Torino, pp. 11 ss;
  - VENAFRO E., *D.l. 23.2.2009, n.11 conv. con modif. in l. 23.04.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza*



- sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, Commento agli artt. 1 e 7, in *Legislazione Penale n. 3/2009*, pp. 427 e ss e pp. 481 e ss;
- VICOLI, *Scelte del P.M. nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, XLVI, 2003, pp. 268 ss.;
  - VIGONI D., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti* in AA.VV. *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, 2003, p. 156;
  - VIGONI D., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000;
  - VIGONI D., *Patteggiamento "allargato": riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza* in *Cassazione Penale* 2004, pp. 710 e ss.
  - VITTORIA D., *Pedofilia, violenza sessuale e pornografia in La pedofilia, aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimologici*, (a cura di) De Cataldo Neuburger L., Padova, 1999;
  - VOGLIOTTI, *La logica flue della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle testimonianze anonime* in *Giurisprudenza Italiana*, 1998, pp. 851 ss.;
  - ZAPPALA', *Pedofilia e Internet*, in AA.VV., *Sessualità, diritto e processo* (a cura di GULLOTTA- PEZZATTI), Milano, 2002.

### **Sitografia**

- [www.abusi.it](http://www.abusi.it)
- [www.altalex.com](http://www.altalex.com)
- [www.antimafiaduemila.com](http://www.antimafiaduemila.com)
- [www.bambinisoldato.it](http://www.bambinisoldato.it)
- [www.cooperativa-tre.it](http://www.cooperativa-tre.it)
- [www.corriere.it](http://www.corriere.it)
- [www.criminologia.org](http://www.criminologia.org)
- [www.diritto.it](http://www.diritto.it)
- [www.dirittoefamiglia.it](http://www.dirittoefamiglia.it)
- [www.ecpat.it](http://www.ecpat.it)
- [www.eurispes.it](http://www.eurispes.it)
- [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com)
- [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)
- [www.interno.it](http://www.interno.it)
- [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it)
- [www.noidonne.org](http://www.noidonne.org)
- [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it)
- [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it)
- [www.senato.it](http://www.senato.it)
- [www.sosinfanzia.org](http://www.sosinfanzia.org)

## **Ringraziamenti**

*Al termine di questo lavoro, i ringraziamenti più sentiti vanno alla prof.ssa Ruggieri, per l'insostituibile supporto scientifico e per la grande umanità e comprensione dimostratami in questi anni di grande cambiamento e al dott. Marcolini per avermi aiutato a sciogliere i dubbi affiorati durante lo svolgimento della tesi.*

*La mia gratitudine va, altresì, ai miei affetti più cari che meritano di essere singolarmente ringraziati, per aver sempre camminato al mio fianco.*

*A mamma, costante punto di riferimento e roccioso appoggio durante questi anni difficili.*

*A papà, per lo sforzo impiegato nel capire chi voglio diventare.*

*Alla nonna Angela, per avermi insegnato che cosa significa forza di volontà e spirito di sacrificio.*

*Al nonno Mico, per essere sempre stato fiero di me, senza se e senza ma.*

*Ad Alice per non aver mai smesso di essere nel posto giusto al momento giusto.*

*A Lucia, Amica ineguagliabile, per aver pianto e gioito insieme a me, con il mio stesso vigore, con la mia stessa intensità, con il mio stesso cuore.*

*A Roberta, mio capitano, per non aver mutato l'affetto che ci ha legato da bambine e che ci ha fatto ritrovare, così unite, alla soglia dei trent'anni.*

*Ad Antonio per avermi indicato la via.*

*Ad Andrea per essere riuscito a scuotermi quando era necessario.*

*A Luca per aver capito il mio disordine e per aver deciso, con coraggio, di intraprendere, insieme a me, la strada per porvi fine.*

*A Ciro per avermi fatto sorridere ogni volta che lo credevo impossibile.*

*A Paola per la sua generosità.*

*Alla pallacanestro, allenata e giocata, terapia nel difficile percorso verso la nuova me.*

