AEQUITAS MAGAZINE

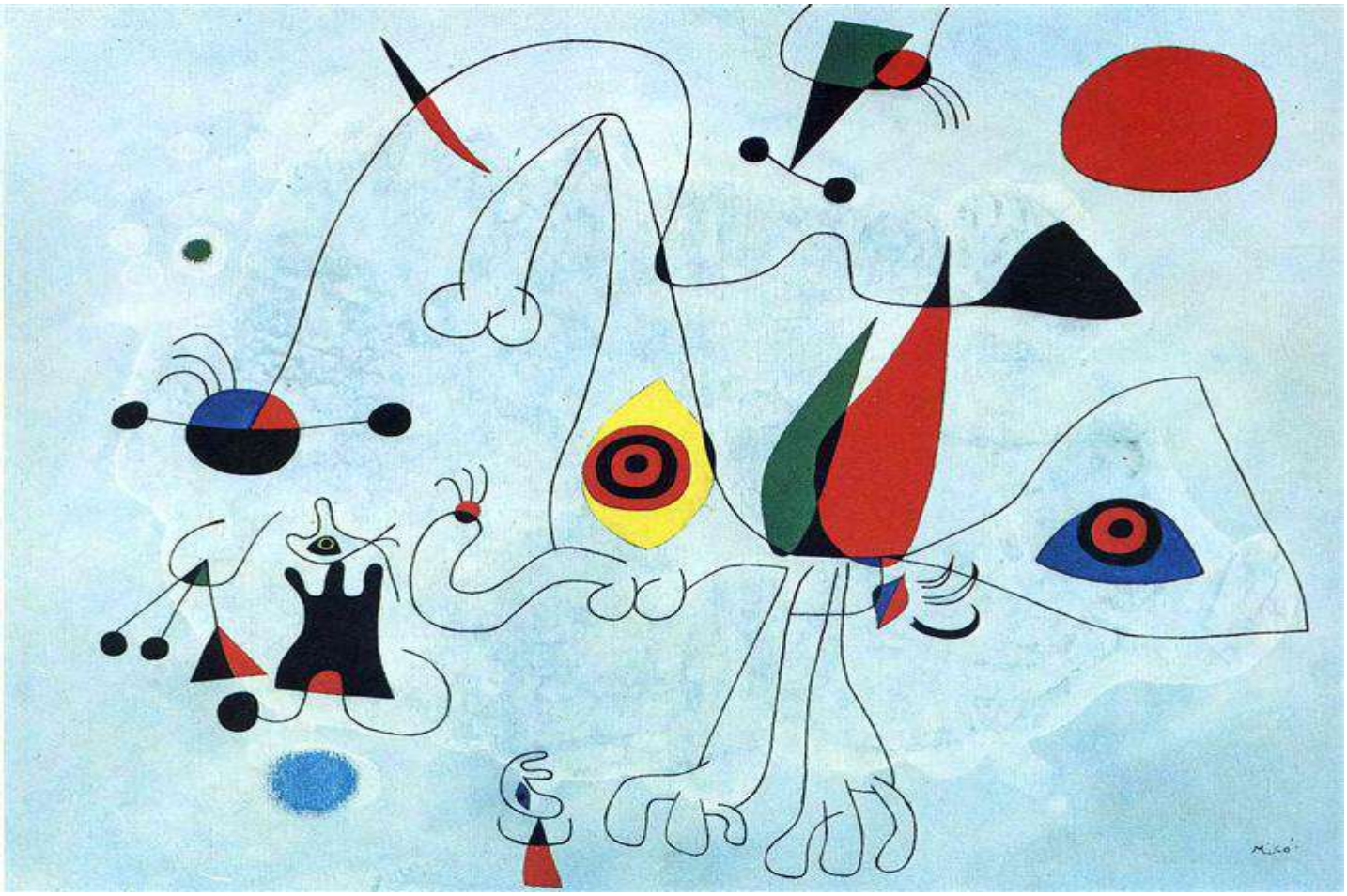
Rivista di Cultura e Diritto

"Jus est ars boni et aequi"

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Volume n. 5/2025

Copyright © Author(s)



AEQUITAS MAGAZINE

INDICE

Diritto, pace e sovranità: un fil rouge da Dante a Kelsen per un'urgenza più che mai attuale (Luigi Zito).....2

L'emblematico caso della nave Diciotti (Paola Calvano).....14

Indebita percezione di erogazioni pubbliche (Emanuela Porcelli).....26

Le Sezioni Unite sulla competenza territoriale nelle controversie da anomalie del trasporto aereo (Paola Calvano)..... 36

La testimonianza della vittima vulnerabile nel processo penale (Luisa Camboni)..... 46

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto

"Jus est ars boni et aequi"

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Diritto, pace e sovranità: un fil rouge da Dante a Kelsen per un'urgenza più che mai attuale

di **Luigi Zito** © 07-05-2025

ABSTRACT: This work, starting from the current geopolitical moment and making a brief historical-philosophical excursus, focuses on one of the main political-juridical categories in the history of ideas, the Sovereignty, identifying an underground thread that connects Dante Alighieri and his De Monarchia with the pure doctrine of law of Hans Kelsen, passing through an early work of the Austrian philosopher.

The result is the more urgent need than ever for supranational solutions that combine universal peace, justice and freedom.

ABSTRACT: Il presente lavoro, partendo dal momento geopolico attuale e compiendo un breve excursus storico-filosofico, si concentra su una delle principali categorie politico-giuridiche della storia delle idee, la Sovranità, individuando un filo sotterraneo che collega Dante Alighieri e il suo De Monarchia con la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen, passando per un'opera giovanile del filosofo austriaco.

Ne viene fuori l'urgenza più che mai attuale a soluzioni sovranazionali che contemperino la pace universale, la giustizia, la libertà.

La pandemia di pochi anni fa, la vicina guerra in Ucraina, il rimescolamento geopolitico, la scomposizione identitaria, la celere trasformazione delle relazioni internazionali, la fluidità delle visioni e delle scelte politiche, l'emersione sempre più diffusa di una tendenza alla frammentazione con buona pace delle polarizzazioni ormai desuete, hanno aperto un forte senso di incertezza e inquietudine nelle menti e nei cuori delle donne e degli uomini comuni.

La radicata sensazione che mai più la guerra avrebbe trovato ingresso nel Vecchio continente si è sciolta come neve al sole, dissipata nel volgere di un battito d'ali di farfalla.

L'idea di appoggiarsi ad un riferimento certo e affidabile, che possa incarnarsi nel mito del progresso tecnologico e medico, o nel volto rassicurante del Papa, o nelle parole di protezione di qualche *leader* illuminato, è gradualmente retrocessa da pensiero forte a sentimento di timore e tremore, quasi heideggeriano.

Soprattutto, l'idea che il diritto sia in grado di prevalere su tutto, diffondendosi a macchia d'olio e preservando la civiltà, la giustizia, la libertà e la pace, sembra scontrarsi con la realtà di quanto sta accadendo in questi ultimi anni.

Il diritto della forza sembra avere la meglio sulla forza del diritto. Le relazioni internazionali sono sempre più improntate a esibizioni *muscolari*, manifestazione più o meno retoriche di deterrenza nucleare, fino al concreto esercizio di azioni violente (Ucraina, Gaza, ma altre decine di conflitti sparsi per il mondo). Lo scenario inquietante di una "*guerra mondiale a pezzi*" (Bergoglio).

Il concetto stesso di sovranità sembra divenuto liquido. Trump che annuncia di voler annettere uno stato sovrano (Canada) o di volersi *prendere* la Groenlandia che però appartiene a un altro stato sovrano (Danimarca), la Russia che invade l'Ucraina, la Cina che fa la posta minacciosa a Taiwan, la perenne contesa sul Kashmir tra India e Pakistan, sono macroesempi di tale temperie.

Invero, ogni tentativo di delineazione scientifica della sovranità non è immune da questioni complesse e articolate. Il dibattito infinito sulla sovranità pone, ancora oggi, uno dei massimi problemi giuridici e politici alla riflessione del mondo Occidentale e uno dei più potenti e longevi miti che connota anche l'età contemporanea.

Della sovranità non può non evidenziarsi il carattere di opacità scientifica. Jacques Maritain[1], in proposito, parla di oscurità del concetto.

Del resto, è davvero arduo, rinvenire nel pensiero filosofico, politico e giuridico una definizione univoca di sovranità.

La sostanziale discordanza su quale sia l'essenza del diritto, discussa in particolar modo dalla teoria giuridica e dalla teoria politica novecentesche, fa sfociare la storia della teoria della sovranità in due sostanziali paradigmi.

Da una parte, l‘anima del diritto è considerata quale espressione di una volontà sovrana sorretta e alimentata da un determinato potere politico; dall‘altra, essa è intesa e decodificata come validità normativa basata su principi prettamente ideali.

Il primo senso, di radice politico-empirista, apre a una puntuale notazione della complessità di fatto sottesa all’alveo della scienza giuridica: le dimensioni culturale, politica, economica, sociologica, psicologica, etica e filosofica correlate al fenomeno diritto.

Il secondo, di estrazione neokantiana, pone l‘accento invece sulla natura del diritto come sistema di idee regolatrici, distinte dai processi fattuali ed empirici, che soggiacciono a esso, e quindi, in ultima analisi, distinte e, in qualche misura, slegate dal potere stesso.

La sovranità è un concetto messo al centro di uno scontro incrociato, combattuto tra la sfera dei fatti (politica, potere, empirismo) e quella delle norme (diritto formale, principi ideali), tra diritto come principio di regolazione, ordine che legittima uno stato di cose, e diritto come potere effettivo e forza di scardinare quello stesso ordine.

La sovranità è dunque la chiave di lettura per l’analisi delle relazioni intercorrenti tra due approcci opposti, l’uno sostanziale l’altro formale. Il primo si atteggia come approccio filosofico-contenutistico, fondato su convinzioni etico-politiche, sostenuto da valutazioni storiografiche; il secondo come approccio filosofico puramente formale che, per converso, dichiara di volerle escludere dall’edificazione di una scienza giuridica pura.

Vi è dunque un'eterna battaglia tra una sua connotazione giuridica e una sua connotazione eminentemente politica.

Luigi Ferrajoli sottolinea tale ambiguità presentando la sovranità come “*concetto, al tempo stesso giuridico e politico, attorno a cui si addensano tutti i problemi e le aporie della teoria giuspositivistica del diritto e dello Stato*”.[2]

L‘ambivalenza del termine sovranità conduce a due differenti narrazioni: quella propria della dimensione giuridica e quella tipicamente politica, due profili difficilmente (o forse inutilmente) separabili.

Sicuramente, il percorso storico-filosofico-evolutivo del concetto di sovranità, in uno allo studio della stessa, non può prescindere da una correlazione con il processo di nascita dello Stato-nazione, sorto in età moderna.

Nel senso più vicino a noi, è indubbio che la nozione di sovranità quale suprema *potestas superiorem non recognoscens* risale alla nascita dei grandi Stati nazionali europei e al connesso sfaldarsi, agli albori dell‘età moderna, dell‘idea di un ordinamento giuridico universale che il pensiero medioevale aveva ereditato dalla cultura romana.

Dunque disquisire di sovranità e delle sue vicende storico e teoriche si traduce nell’analizzare le vicende di quello specifica organizzazione politico-giuridica che è lo Stato-nazionale moderno, sorta in Europa poco più di quattro secoli fa, diffusosi nel ventesimo secolo su tutto il pianeta.

È rilevante mettere in luce che, considerata nelle sue due accezioni principali, ovvero come autorità o potere supremo che prevale, e come fonte giuridica di legittimazione, l’etimologia del termine sovranità e la sua struttura teoretica siano più giovani della storia del suo significato vagliato sotto il profilo prettamente semantico.

In tal senso, benché la parola sovranità sia principalmente legata alla modernità, è parimenti innegabile che il concreto concetto che gli corrisponde è risalente.

Con tale termine si può anche esprimere l'antico senso insito nella costante esistenza, entro tutte le forme associative, di un potere sovraordinato, di un'autorità suprema. Per l'etimologia, trae origine da sovra, ossia *supra*, che "*è posto in alto*".

I Romani adoperavano la locuzione "*summum imperium*" (dove *summum* reca l'analogo significato "*di più in alto*") che, in buona sostanza, altro non designava che il concetto modernamente sotteso al termine sovranità.[3]

Kelsen considera realistica la presenza nei Greci, sebbene in misura decisamente inferiore rispetto ai Romani, di una concezione sovrana del loro ordinamento giuridico.

Caratteristica dell'Impero Romano, a differenza dei sovrani delle monarchie ellenistiche (che subentrarono alla forma politico-organizzativa della *polis*, come ebbe a sperimentare Aristotele), risiedeva nella circostanza che l'Imperatore iniziò – dal primo secolo d.C. –, ad essere visto come "*posto al di sopra della legge*", che era implementata non solo dai codici normativi, ma anche dai costumi e dai caratteri della società, delineandosi un forte centralismo e un efficace controllo del territorio, mediante l'utilizzo della dichiarazione di cittadinanza romana a ogni persona libera e vivente all'interno dell'Impero, in virtù del noto editto di Caracalla del 212 d.C. (*Constitutio Antoniana*).

Nel proposito di non limitare il principio di sovranità alla sola Età moderna, è utile evidenziare che la sua matrice semasiologica appare in continuità con il modello imperiale romano anche nel corso del Medioevo, rappresentata dalla formula, espressa al negativo, di "*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*".[4]

Essa disvela il postulato, per nulla astratto, per cui i poteri, solitamente in capo all'Imperatore, vengono riconosciuti ora anche ad ogni re all'interno del rispettivo regno e ambito territoriale di governo.

La formula finisce per definire concretamente i rapporti gerarchici esistenti nella società medievale la quale, nonostante la presenza di forme statuali di tipo embrionale, elabora comunque un concetto di sovranità, per l'epoca, particolarmente articolato.

Si afferma, sul punto, "*che il medio evo non conobbe il concetto moderno di sovranità, inteso come potere assoluto ed arbitrario dello Stato, come del resto non conobbe il concetto di Stato*" e "*per quanto l'idea moderna di sovranità sia estranea al mondo medioevale, tuttavia – si dice – è in quel mondo che noi dobbiamo ricercarne la genesi*".[5]

La formula si presenta storicamente all'interno di una cornice di ordinamento giuridico e politico universale, gerarchicamente ordinato, in cui, alla concezione romana del potere d'imperio si affianca la riscoperta della filosofia aristotelica, che passa attraverso una lettura cristiana, soprattutto tramite la riflessione di Tommaso d'Aquino.

L'imperfetto universo giuridico terreno tende all'unità perfetta ultraterrena, di cui è immagine.

Il senso, che dall'Età romana a quella medievale giunge fino a noi, ha la caratteristica di sostanziarsi in una visione universalistica ordinata del mondo del diritto, che – come è visibile in autori come Dante – è a immagine del perfetto ordine dei cieli, in cui il potere supremo è, senza dubbio, detenuto ed esercitato dall'Imperatore, ma si sostanzia in concreto nell'esercizio da parte dei soggetti sottordinati (i singoli re), che hanno pieno potere e controllo sul proprio territorio, secondo un ordine naturale comprendente una molteplicità di soggetti di potere non esclusivo che si rivelano parti integranti di un tutto uno globalmente ordinato.

In tale contesto, si nota l'emersione di un termine nuovo, *iurisdictio*.

Si tratta della posizione di potere di un soggetto o di un ente: in quanto dotata di *iurisdictio* una città può organizzarsi giuridicamente, darsi uno *ius proprium*, rendere giustizia.[6]

Il potere supremo, la *iurisdictio plenissima*, resta in capo all'Imperatore.

Il sistema della *iurisdictio* è articolato in più strutture. L'Imperatore possiede sì la pienezza del potere, ma ciò non è incompatibile con la circostanza che enti, gerarchicamente inferiori, siano titolari di una loro specifica *iurisdictio*, ossia una sfera di autonomia che coincide con le effettive capacità auto-ordinanti del singolo ente.

A livello concettuale, diremmo antropologico, si trasferisce nel Medioevo, in special misura nel corso della diatriba tra Papato e Impero, la potente figura dell'Imperatore romano, colui che legifera e fa rispettare le leggi emanate, titolare esclusivo di un potere sovrano.

Concretamente, sin dalla fondazione del Sacro Romano Impero, di fronte alla sua vastità territoriale e al suo continuo affievolimento proprio per effetto della disputa con la Chiesa, diventa storicamente impossibile nel Medioevo, per l'Imperatore, un effettivo, esteso e capillare controllo.

Dunque, è inevitabile, *rebus sic stantibus*, che il concetto stesso di piena sovranità materiale venga soppiantato da una sua suddivisione gerarchica, o per cerchi concentrici, rispecchianti i gradi della società medievale, ed esercitata principalmente dai vari re, i quali – tramite i loro vassalli – riescono ad esercitare il loro dominio su un dato regno.

Tale armonia di sistema si erode progressivamente fino all'Età moderna.

Sono Thomas Hobbes[7] e Immanuel Kant[8], tra gli altri, a condurre, con le loro riflessioni e passando per la recente teoria del contratto sociale, la concezione della sovranità verso nuovi lidi, fino a farle conseguire la sua moderna definizione, sia nell'esercizio verso l'interno, che in quello verso l'esterno.

L'Età moderna abbandona progressivamente l'ideale di *civitas maxima* dell'Impero Romano e di *reductio ad unum* medievale, per sostanziarsi in un'effettiva assolutizzazione della sovranità interna tramite la figura artificiale dello Stato come dio mortale, che arriva sino all'odierno.

Mentre nel Medioevo, il potere d'*imperium* non necessita di giustificazione mediante astrazione, risultando legittimato dall'ordine politico-sociale dato, Hobbes teorizza la sussistenza di una personalità fittizia, su cui ritiene legittimo polarizzare tale potere al fine di dirimere le controversie interne.

È tale artificio che, adoperando l'idea di fondo del contratto sociale, conduce a creare l'ordine interno, non più garantito naturalmente, incorporando la totalità dei poteri esistenti in un dato territorio comprendente i suoi cittadini.

Ne *Il Leviatano*, Hobbes prospetta un primitivo stato di natura, connotato dalla presenza di uno stato di guerra pressoché perenne di tutti contro tutti, sopravvivere, non essere sopraffatti e raggiungere la pace implicano necessariamente l'abbandono consapevole dello stato di natura e la fondazione di un contratto sociale, condiviso, di tipo volontaristico basato su un'autorità centrale, sovrana e assoluta.

Dal caotico stato di natura, in cui l'uomo non è più aristotelicamente definibile un animale politico, e vige la regola dell'"*homo homini lupus*", si presceglie di passare allo Stato, quale *fictio*, ovvero ente artificiale sovrano, garante della pace.

Secondo Kant, il costituirsi dello Stato ha matrice razionale e non empirica: il contratto originario, rappresenta la sovranità ideale del popolo.

In tal senso, il concetto stesso di sovranità del *summum imperium* è sussumibile nell'assetto della necessità razionale e, costituendo un *a priori* della ragione, si sottrae, per la prima volta nella storia, alla sua consueta declinazione materiale ancorata, nella sua essenza, al perseguimento del fine meramente politico. Accanto al diritto statale, razionale e necessario, sussistono, altrettanto razionali e necessari, un diritto cosmopolitico degli individui a essere cittadini del mondo e un diritto dei popoli alla pace (diritto internazionale).

In esito ad entrambe le tesi, il passo successivo e moderno si sostanza nel ridefinire la sovranità secondo due relazioni, movimenti, o direzioni.

La prima relazione, orientata verso l'interno, la vede configurarsi come sovranità di diritto statale, potere sul territorio e sui cittadini.

La seconda, orientata verso l'esterno, dà invece luogo a una sovranità di diritto internazionale, indipendenza dagli altri enti sovrani esterni.

La dottrina dominante definisce dunque la direzione della sovranità statale come il rapporto che lo Stato ha con i suoi sottoposti, dando luogo, in realtà, secondo Kelsen[9] a una sorta di tautologia, mentre quella della sovranità giuridica internazionale definirebbe il rapporto dello Stato con gli altri Stati.

Si consuma così una forte ambivalenza tra sovranità del diritto interno e sovranità del diritto internazionale, che sembrano porsi come due oggetti conoscitivi diversi, recanti tuttavia lo stesso nome. Queste due direzioni riprendono puntualmente i movimenti della sovranità indicati[10]da Hegel.

Per Kelsen, i due movimenti rappresentano unicamente due relazioni di un unico ordinamento sovrano, verso l'interno e verso l'esterno. La sua riflessione[11] parte da giovane, da quando cioè resta folgorato da Dante Alighieri[12] e dal suo *De Monarchia*.

Il filosofo austriaco si concentra essenzialmente su tale opera per le ragioni che seguono.

In primo luogo, il *De Monarchia* è considerato essere la più risalente monografia della pubblicistica medievale dedicata allo Stato universale. Tacciato di eresia e messo al rogo già nel corso del Trecento, è inserito da Papa Paolo IV nel 1559 nel primo *Index librorum prohibitorum*, cosiddetto "*Paolino*".

Il primo capitolo dell'opera è dedicato all'analisi della situazione storico-politica del tredicesimo secolo, affrontata per cerchi concentrici.

È delineata la situazione internazionale, connotata dalla lotta tra le due maggiori potenze del tempo, il Papato e l'Impero.

É connotata poi la situazione specifica italiana, secondo tre fondamentali momenti: la potenza crescente delle città italiane, l'atomizzazione statale e l'emancipazione dell'Italia dall'Imperatore e dall'Impero.

Si analizzano infine le condizioni politiche di Firenze che, ricorda Kelsen, viene considerata "*il primo Stato moderno al mondo*".

Kelsen descrive la posizione politica attiva di Dante nella sua città, fino al suo esilio, sintetizzando, come segue, il *background* da cui nasce il *De Monarchia*: "*In questo ambiente Dante ha ideato la sua grande concezione sullo Stato e l'umanità: tutto il mondo occidentale diviso nei due campi nemici del papato e dell'impero – l'Italia frantumata in innumerevoli stati e partiti che lottano tra di loro, che si adoperano ad annullarsi l'un l'altro – la patria grondante del sangue di una nefasta guerra civile – ed egli stesso un esiliato senza patria, un uomo senza pace, che nulla brama più della pace! Pace per sé, per la sua città e per l'Italia, per tutta l'umanità! Pace è il più forte desiderio della sua vita, è il concetto centrale del suo*

sistema politico".

È notevole rilevare in che misura si possano scorgere, in embrione, la visione matura e compiuta del Kelsen formalista, con precipuo riferimento alla teoria della sovranità e del diritto internazionale, nonché al tema del suo pacifismo giuridico.

Ma torniamo a Dante. Come noto, il *De Monarchia* si compone di tre libri.

Nel primo, si tratta il profilo, di natura filosofico-giuridico-politica, se la monarchia universale sia necessaria alla pace e al benessere del mondo.

Nel secondo, si affronta la tematica storica se il popolo romano abbia avuto diritto alla sovranità su tale monarchia, in quanto destino voluto dalla Provvidenza.

Nel terzo, si vaglia la questione teologico-politica se l'autorità del monarca e dunque della stessa monarchia universale dipenda direttamente da Dio o debba passare per il Papa, suo vicario in terra.

Tutto è finalizzato a sostenere la necessità di un *imperium*, nel senso di monarchia temporale universale: una "*autocrazia esercitata su tutto ciò che soggiace al concetto di tempo*"[13] (Kelsen), che raccolga la pluralità di regni, principati e territori disgregati, disgiunti o in conflitto.

All'apice di tale *imperium* vi è l'Imperatore che detiene il potere temporale, mentre quello spirituale è detenuto dal Papa (*Teoria dei due soli*). L'Imperatore è giudice dei conflitti, garante della pace e legislatore a servizio del popolo. Non potere, ma servizio. Non tutela dell'interesse singolare dell'Imperatore, ma dell'esigenza superiore della pacifica convivenza a tutti i livelli sociali e politici.

La Monarchia temporale (Impero) è unica e detiene il potere *super omnes*: la sua autorità si esercita cioè universalmente, su ogni individuo e temporalmente, quindi sulle organizzazioni e istituzioni di carattere temporale.

Secondo Kelsen, Dante "*scorgeva in uno stato mondiale monarchico la salvezza dell'umanità*".[14]

L'idea è dunque quella di una monarchia universale, ovvero il luogo ove si estrinseca il principio dell'unità dell'autorità politica e del diritto (*principio unitatis*): l'*ordinatio ad unum*. Per Dante, si tratta di un riflesso della "*signoria di Dio*" che è unità suprema da cui promana il bene: fonte originaria di Diritto e Giustizia.

Dante riprende il principio aristotelico della natura sociale dell'uomo (animale politico): gli individui necessitano, per realizzarsi, della "*cittade*" e di una rete pacifica di rapporti tra "*cittade*" sino al "*regno*": viene in evidenza, nuovamente, il concetto di *reductio ad unum*.

In altri termini, il processo di formazione statuale è graduale e si origina dal bisogno di pace e solidarietà globale che dovrebbe spingere i regni a unirsi in un uno Stato mondiale con tre fini politici interrelati: pace, giustizia e libertà. Ciascuno non si estrinseca senza gli altri due. Non può esistere una pace ingiusta perché non è pace. Né una libertà che sia priva di pace. Né una giustizia che faccia a meno della libertà. E così via.

Intimamente connessi, sono in ultima istanza facce di un Bene supremo, riflesso di Dio.

Inoltre, per Dante, come nel pensiero aristotelico, la psiche umana – duplice in quanto materiale e spirituale – si dibatte tra potenza e atto e nello Stato ritrova unità e stabilità. Il profilo spirituale della natura umana, ossia la necessità di realizzare il proprio potenziale, e quello materiale, ossia l'aspirazione alla felicità, sono entrambe causa e fondamento dell'origine dello Stato.

La loro armonizzazione, *reductio ad unum* (rieccola), si realizza nella monarchia universale ove vi è soddisfazione di un bisogno spirituale e un imperativo di pace tra i regni senza cui la felicità diviene un vano agognare.

L'uomo attualizza il suo potenziale nello Stato universale (Hegel) e nella partecipazione alla *civitas* (Gaber).

In Hegel[15], lo Stato è "*il razionale in sé e per sé*", in cui la volontà razionale acquista piena consapevolezza di sé stessa, dove dunque la libertà si attua e si esplica pienamente. *Breviter*, solo nello Stato si è davvero liberi.

In Gaber[16], "*libertà è partecipazione*", ossia concorso ai processi decisionali per indirizzare la vita della comunità e di riflesso quella individuale: non è mera assenza di vincoli ma luogo di incidenza responsabile nella realtà sociale e politica.

Entrambe le visioni rappresentano facce della stessa unica medaglia, quella tendenza all'unità come spazio supremo per il benessere e l'armonia che non prescinde dalla libertà, lo stesso della monarchia dantesca ove dunque è sorprendentemente rinvenibile una notevole quota di modernità. Quella di Dante è una monarchia universale temporale, ma non assoluta: essa esercita l'autorità d'imperio tramite la legge e nella legge. Conservando la sottoposizione alla giuridicità, rende liberi, promuove la certezza, garantisce la convivenza civile a tutti i livelli.

La rilettura dantesca incarna un'urgenza globale del tempo (oggi più che mai attuale), poiché in un momento di confusione e disgregazione politica, la *iurisdictio* si pone quale l'unica e realistica possibilità di pace mondiale.

Tale visione, al contempo, resta ovviamente permeata da un'anima teologica tipicamente medievale, effetto dell'inevitabile influenza Patristica e Scolastica, e dei retaggi dell'età cristiano-romana, come si evince dalla continua dialettica tra dimensione temporale e dimensione spirituale presente nell'opera dantesca.

Il Sommo Poeta è considerato da Kelsen sia come uno degli esponenti con cui la dottrina medievale raggiunge il suo culmine, sia come l'iniziatore di una moderna visione statuale.

Dante rappresenterebbe la base di partenza per una moderna filosofia dello Stato e del diritto, rivolta *in nuce* a svincolarsi dalla teologia.

Kelsen riconosce a Dante l'utilizzo di un metodo scientifico rigoroso tendente all'unità giuridica: l'ideale imperiale di Dante non dipende da una sua visione partitica particolare, ma da una sua convinzione scientifica che intravedeva nello Stato mondiale monarchico l'unica possibilità di salvezza e di cura dell'umanità.

Il Dante di Kelsen è, sotto tale profilo, pur con le dovute distanze e distinzioni, un suo stesso precursore.

Lo è per la presenza di un primo tentativo di definire giuridicamente, attraverso l'idea della Monarchia universale sopra illustrata, lo Stato di diritto (*Rechtsstaat*).

Lo è per la stupefacente analogia tra l'impostazione monista e universale dell'*imperium* di concezione dantesca e la prospettiva ideale dell'ordinamento giuridico universale kelseniano.

Il sistema di Dante, di fronte a un contesto politico variegato e disgregato, impone *in primis* l'individuazione di chi abbia il potere e l'autorità per dirimere le controversie tra entità politiche in lotta. Di qui la figura dell'Imperatore come essenziale e esclusivo rimedio alla guerra, alla disarmonia,

all‘ingiustizia, ad incarnare un’autorità imparziale e *super partes*.

Si tratta di una sovranità di tipo universale: è la giurisdizione su ogni popolo e principe, subordinata alla legge e al fine preminente della Monarchia (la pace).

Oggi più che mai attuale la ricerca di tale figura: un’autorità sovraordinata garante della pace e dell’armonia universali.

Tale tematica è, in un certo senso, ripresa e articolata da Kelsen proprio al cospetto delle dispute tra Stati moderni che, *in re ipsa*, si percepiscono sovrani, atteggiandosi come tali sia all‘interno del loro territorio che verso l‘esterno.

Senza dubbio, nella sovranità giuridica kelseniana, la legittimazione all‘azione, che sia dello Stato, del principe o del diritto internazionale, è attribuita unicamente dall‘ordinamento giuridico.

Ogni autorità deriva da un ordinamento postulato e superiore.

La convinzione della propria sovranità verso l‘esterno porta ogni Stato ad autodeterminarsi e sentirsi autonomo nella sua azione verso gli altri e autorizzato a effettuare azioni o reazioni aggressive, quali ad esempio la guerra, che auto-delibera.

Nella conflittualità internazionale tra Stati, non vi è un‘autorità giurisdizionale terza *super partes* che possa dirimerne le ostilità e le contese, irrogando, in definitiva, le giuste sanzioni, ripristinando pace e giustizia, mantenendo armonia e solidarietà.

Ebbene, sia nel contesto storico dantesco che in quello kelseniano, sembra prevalere non il diritto ma la forza: ossia, nelle dispute, il soggetto più potente.

Verosimilmente in tale amara, ancorché realistica, constatazione risiede l’anelito di Dante alla proposta di un’autorità temporale ultima volta ad assicurare benessere, giustizia e pace universale, proprio quella che oggi viene definita da più parti una “*giusta pace*”.

Kelsen, in qualche misura, recupera la figura dantesca dell‘Imperatore, ponendone in risalto il ruolo giurisdizionale. Per il filosofo austriaco, “*come capo del suo Stato universale realizzante la pace, Dante si figurava l‘imperatore come supremo giudice di pace*”[17], somma autorità sui poteri parziali.

Rifacendosi a tale figura, prospetta uno *status* di “*international peace that require International Authority with power to decide*”[18], un’autorità sovranazionale che assicura la pace globale.

Tale autorità è sottoposta solo alla legge, alla maniera dell’Imperatore-giudice di Dante che pur esercitando il potere temporale sul mondo, non è assoluto in senso hobbesiano.

In sostanza, egli non ha un potere illimitato, svincolato e *absolutus* ma, nel rispondere solo al diritto, è l‘organo del supremo potere ma non il potere stesso e, in tal senso, ne diviene il detentore e garante.

È così simbolo dell‘unità politica mondiale terrena. Regna sulla molteplicità internazionale, conducendola a unità giuridica, come riverbero della perfezione dell‘unità dei Cieli (Dante).

Analogamente, si pone la visione del pacifismo giuridico kelseniano che si atteggia quale essenziale urgenza di una forte giurisdizione mondiale e che si traduce, in concreto, nell’istituzione di una Corte di giustizia internazionale che eserciti la giurisdizione nell’imparzialità al fine di comporre le controversie tra Stati, in luogo dei conflitti e delle guerre.

È plausibile che Kelsen sia affascinato dalla tesi di una struttura monarchica universale, in cui

l‘Imperatore si pone al vertice non come sovrano assoluto, bensì come servitore dello Stato, giudice supremo e punto di riferimento dei popoli che raggruppa in esso e che tutela nel mantenimento della pace.

Alla stregua di Dante che inquadra l‘Imperatore nell’“*officium Monarchiae*”, ossia nella funzione dirimente e pacificante a servizio dell‘umanità, in adesione al diritto, allo stesso modo Kelsen definisce la sua autorità sovranazionale.

La sovranità va di pari passo con il diritto. Il concetto stesso di Stato, in Kelsen, diventa indissolubilmente connesso a quello di ordinamento giuridico, come insieme di norme, fino al punto in cui Stato e diritto sono termini del tutto interscambiabili che etichettano realtà, in definitiva, assolutamente inseparabili.

Peculiarità e modernità di Dante, secondo Kelsen, risiedono nella teoria di giustificare lo Stato non solo in chiave religioso-telogica (il che sarebbe tipicamente medievale), ma anche in quanto ente razionalmente necessario alla realizzazione morale dell’uomo: dunque carattere non solo teologico, ma soprattutto teleologico.

Dalla citata *reductio ad unum* dantesca a quella di Kelsen il passo è più breve del lasso cronologico frapposto tra i due. Anche Kelsen adotta una soluzione monista: gli ordinamenti giuridici particolari (statali) nell’universale trascendentale dell’ordinamento internazionale.

Di qui la dottrina pura di Kelsen, in cui è posta la *civitas maxima*, o in termini moderno lo Stato globale.

Lo stato di diritto è organizzazione del potere pubblico (politico) secondo norme giuridiche.

“*Il diritto è, essenzialmente, un ordinamento per la promozione della pace. Il suo scopo è assicurare la convivenza pacifica di un gruppo di individui, in modo che questi possano risolvere i loro inevitabili conflitti pacificamente, cioè senza l‘uso della forza, in conformità con un ordinamento valido per tutti. Quest‘ordinamento è il diritto*”.[19]

L’idea kelseniana della “*Lega permanente per il mantenimento della pace*” si pone sulla via di uno stato mondiale federale, consentendo lo sviluppo della centralizzazione del diritto internazionale in analogia evoluzionistica con il processo caratterizzante il diritto statale. In qualche misura, è verosimile un'influenza della suindicata teoria kantiana sul diritto cosmopolitico, spettante ad ogni essere umano, intimamente correlato a una prospettiva federalista dei rapporti tra Stati in vista della pace come necessario diritto dei popoli.

Si potrebbe in definitiva affermare non che l‘Impero resti un ideale in cui credere e verso cui tendere, bensì che l‘Impero per Dante e la *Permanent League of the Manteinance of the Peace* per Kelsen rappresentino, per i due pensatori, l‘esigenza che l‘autorità giuridica e politica, di natura sovranazionale, operi nel mondo assicurando la pace e che quest’ultima non sia disgiunta mai dai valori della giustizia e della libertà.

---

[1] MARITAIN Jacques, *The Concept of Sovereignty*, in *The American Political Science Review*, Vol. 44,

N. 2 (Jun., 1950), pp. 343-344.

[2] FERRAJOLI Luigi, *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 7

[3] STELLA Giuliana, *Sovranità e diritti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 76.

[4] GROSSI Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995.

[5] CALASSO Francesco, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studi di diritto comune pubblico*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 22.

[6] COSTA Pietro, *Immagini della sovranità fra medioevo ed età moderna: la metafora della "verticalità"*, in *Scienza e Politica*, 31, 2004, pp. 9-19.

[7] HOBBES Thomas, *Leviatano*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1976.

[8] KANT Immanuel, *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015. KANT Immanuel, *Metafisica dei costumi*, Bompiani, Milano, 2006.

[9] KELSEN Hans, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989.

[10] HEGEL Georg Wihlelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: mit Hegels eigenhändigen Notizen u. d. mündl. Zusätzen (1820)*, Werke 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, pp. 442 ss.

[11] KELSEN Hans, *La dottrina dello Stato in Dante*, Boni, Bologna, 1974: traduzione di *Die Staatslehre des Dantes Alighieri* del 1905. Poi, KELSEN Hans, *Lo Stato in Dante*, Mimesis, Milano-Udine 2017. L'opera di Kelsen è posta in risalto in Italia, per la prima volta, dallo storico Arrigo Solmi che la recensisce, nel 1907, nel *Bullettino Società Dantesca italiana.*

[12] ALIGHIERI Dante, *Monarchia*, Mondadori, Milano, 1965.

[13] KELSEN Hans, *La dottrina dello Stato in Dante*, Boni, Bologna, 1974, p. 82.

[14] KELSEN Hans, *La dottrina dello Stato in Dante*, Boni, Bologna, 1974, p. 48.

[15] HEGEL Georg Wihlelm Friedrich, *Fenomenologia dello Spirito*, Bombiani, Milano, 2000: traduzione di *Die Phänomenologie des Geistes (1807)*.

[16] Giorgio GABER, nella celebre canzone "*La libertà*" (1972), canta:

"*La libertà non è star sopra un albero*
Non è neanche il volo di un moscone
La libertà non è uno spazio libero
Libertà è partecipazione".

[17] KELSEN Hans, *La dottrina dello Stato in Dante*, Boni, Bologna, 1974, p. 97."

[18] KELSEN Hans, *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, Massachussetts, Cambridge, 1942.

[19] KELSEN Hans, *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures,*

1940-41, Massachussetts, Cambridge, 1942, p. 5.

*** This work is peer-reviewed ***
Copyright © Author(s)
Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
Persistent Identifier (PID) ARK: ark:/56778/7692

AEQUITAS MAGAZINE
www.aequitasmagazine.it
Rivista mensile open access peer-reviewed
Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803
Codice CINECA E277033

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto

"Jus est ars boni et aequi "

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

L'emblematico caso della nave Diciotti

di **Paola Calvano** © 05-05-2025

Con la sentenza n. 5992/2025, pubblicata il 6 marzo 2025, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha deciso la controversia avente a oggetto la responsabilità della Pubblica Amministrazione per avere negato l'autorizzazione all'attracco della unità navale della Guardia Costiera denominata *Ubaldo Diciotti*.

Si ritiene che, per una migliore comprensione della pronuncia, sia opportuno ricostruire l'intera vicenda.

Il 14 agosto 2018 fu avvistato nella zona SAR[1] maltese, un barcone con a bordo un gruppo di migranti, per la precisione se ne contarono 190[2] che si apprese poi essere in fuga dall'Eritrea.

Il Governo di Malta si rifiutò di trarli in salvo sebbene fossero nella propria area di ricerca e soccorso, contigua a quella italiana.

Il Mediterraneo centrale è infatti diviso in zone SAR che non hanno la funzione di limitare la giurisdizione degli Stati, ma attribuire alle autorità statali competenze e responsabilità.[3]

Ciò vuole dire che, indipendentemente dalla suddetta ripartizione geografica, in base alle Convenzioni internazionali[4] (UNCLOS[5], SAR, SOLAS[6]) tutti gli Stati che si affacciano su specchi d'acqua marina in cui ci sia necessità di prestare soccorso, una volta che abbiano notizia di qualcuno che si trovi in difficoltà, sono obbligati a coordinare tra loro gli interventi e attivarsi tempestivamente, anche lì dove lo Stato che risulterebbe competente in base ai registri IMO[7] (Organizzazione marittima internazionale dell'ONU) non possa o non voglia farlo direttamente con i propri mezzi.

La ragione è di salvaguardare sempre la vita umana in mare e anche l'accesso a un'equa procedura di asilo, che rientra tra i diritti fondamentali della persona, ex art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati che stabilisce il principio di non respingimento verso paesi nei quali essi potrebbero subire trattamenti disumani o degradanti, anche perché farlo significherebbe violare l'art. 4 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo.

Sono stati modificati l'art. 33 della Convenzione SOLAS e il Capitolo 3.1.9 della Convenzione SAR - modifica entrata in vigore il 1° luglio 2006 - per garantire il coordinamento e la cooperazione tra gli Stati e sollevare i comandanti delle navi dagli obblighi di assistenza nei confronti delle persone salvate, anche effettuando una minima deviazione rispetto alla rotta prevista dalla nave e organizzare il loro sbarco al più presto.

Spesso infatti non è stato semplice ottenere il consenso di uno Stato a fare sbarcare i migranti soccorsi e i rifugiati, soprattutto quando erano privi di documenti.

Da qui, attraverso gli emendamenti del 2004, l'obbligo, per lo Stato che abbia avuto per primo la notizia dell'evento o che comunque abbia assunto il coordinamento delle operazioni di soccorso, di individuare sul proprio territorio un luogo sicuro in cui concludere le operazioni mediante lo sbarco, qualora non vi sia un accordo con uno Stato più prossimo alla zona dell'evento.

Si badi bene si parla di porto sicuro non di porto più vicino, atteso che quest'ultimo potrebbe non offrire quelle garanzie proprie di uno Stato democratico, come nel caso della Tunisia e della Libia.

In base alla Convenzione di Amburgo del 1979 e a quella Solas, lo sbarco deve avvenire nel paese che ha coordinato i soccorsi, e Malta, ad agosto 2018, giustificò il rifiuto osservando che, in quel tratto di mare, i soccorsi erano stati coordinati per prassi sempre dall'Italia e il successivo sbarco avvenuto di conseguenza sempre in territorio italiano oltre a negare di essere stato il primo Stato intervenuto e quello che per primo li aveva avvistati.

La regola 4.5 dell'Annesso alla Convenzione sulla ricerca e il salvataggio in mare adottata ad Amburgo il 27.4.1979[8], dice che è "*vincolato in via primaria all'applicazione delle disposizioni del presente piano il Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera che rappresenta, per dettato legislativo, l'organizzazione preposta alla ricerca e al salvataggio marittimo.*

Concorrono, altresì, gli altri Comandi della Marina Militare (C.M.M.), l'Aeronautica Militare e tutti gli altri organi dello Stato, enti, organizzazioni pubbliche (Comuni, Croce Rossa, A.S.L., ecc.), organismi e soggetti privati incaricati o non di pubblico servizio, che dispongono di mezzi navali, aerei e di telecomunicazioni impiegabili nell'attività di cui trattasi".

Detto Piano SAR Marittimo Nazionale specifica al paragrafo n. 140 rubricato "*Obblighi connessi al*

Soccorso" che l'ingiustificata omissione dell'obbligo giuridico del soccorso costituisce reato e l'obbligo consiste nel prestare la necessaria assistenza a una persona in pericolo e di dare immediato avviso alle autorità competenti da parte di chiunque sia in grado di farlo.

L'obbligo di soccorso in mare oltre che nelle Convenzioni Internazionali sopra indicate è previsto e disciplinato dalla prassi e dal *Codice della navigazione*[9] italiano al Capo I "*Dell'assistenza e del salvataggio*", art. 489 "*Obbligo di assistenza*"[10] e art. 490 "*Obbligo di salvataggio*"[11].

Il 16 agosto del 2018, fu la Guardia Costiera italiana a soccorrere i 190 migranti al largo di Malta e ad accoglierli a bordo della propria nave "*Ubaldo Diciotti*", l'operazione avvenne alle coordinate: 35° 23,3 N 012°55,6 E, vicino a Lampedusa, ma pur sempre in regione SAR maltese, e la Guardia Costiera italiana indicò la presenza di un'imbarcazione non identificata e a luci spente poco lontana dal barcone, probabilmente la motovedetta maltese che pare abbia scortato la nave dei migranti verso le acque italiane.

Tredici persone furono fatte sbarcare a Lampedusa per motivi di salute e l'IMRCC di Roma chiese a Malta di individuare un POS (*place of safety*) per gli altri naufraghi in quanto il salvataggio era avvenuto in acque maltesi ed era stata Malta a rivendicare, il 15 agosto alle ore 8.53, il coordinamento dell'evento SAR, da lei stessa definito tale.

Alle richieste italiane però l'RCC di Malta rispose che, se fosse intervenuta nelle operazioni di SAR di un altro Stato, avrebbe commesso un'interferenza e negò che il barcone dei migranti si fosse trovato in difficoltà, quindi, accusò l'Italia di dire il falso per fare scattare l'evento SAR e quindi il soccorso e impedire il passaggio dei migranti in acque di competenza italiana.

La decisione di MRCC Roma di intervenire sebbene il barcone non fosse in SAR italiana ma a una distanza di 4 miglia dall'ingresso della zona, è stata dettata dalla situazione di difficoltà nella quale l'imbarcazione versava ed è stata assunta nel rispetto del diritto internazionale in materia di soccorso in mare.

Espletata la preliminare attività istruttoria, con decreto depositato in data 16 ottobre 2018, il Tribunale dei Ministri di Palermo, esclusa la sussistenza di condotte penalmente ascrivibili a Matteo Salvini fino alla data del 19 agosto 2018, dichiarò la propria incompetenza in ordine ai fatti accaduti nel periodo successivo all'attracco al porto di Catania e lo sbarco, ossia tra il 20 e il 25 agosto 2018.

Come ricostruito dal Tribunale di Catania, in ragione del modo e del tempo in cui il salvataggio era avvenuto lo Stato italiano era diventato "*coordinatore dell'evento SAR e Stato di primo contatto*", con l'obbligo conseguente di concludere la procedura trasferendo i migranti in un porto sicuro.[12]

Né tale poteva considerarsi la nave ospitante perché le linee guida IMO statuiscono al paragrafo 6.14 che "*sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe essere sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative*".

Quella dell'individuazione del POS disciplinata dalla direttiva SOP 009/15 è una procedura amministrativa e l'atto è endoprocessuale, non discrezionale ma dovuto e, individuato il POS in via provvisoria, questo viene comunicato al Gabinetto del Ministro il quale, sentito il Ministro dell'Interno in carica, dà il suo nulla osta all'operazione, che però non è discrezionale nell'*an.*[13]

Dal 16 al 25 agosto 2018, l'allora Ministro degli Interni Matteo Salvini prima negò l'attracco e poi lo sbarco dei 177 migranti rimasti sulla nave *Diciotti*.

Partirono le indagini da parte della Procura di Agrigento, che iscrisse nel registro degli indagati il Ministro

Salvini per sequestro di persona aggravato dall'abuso della qualità di pubblico ufficiale e della minore età di alcune delle vittime (ex art. 605, comma 3 c.p.).

Il 5 settembre, il fascicolo venne trasferito al Tribunale dei Ministri[14] di Palermo, competente per materia, che il 18 ottobre inviò gli atti alla Procura di Palermo, dopo aver svolto per 41 giorni attente indagini che coinvolsero anche funzionari del Viminale e gli ufficiali della Guardia Costiera, ritenendo alla fine che la competenza territoriale fosse della Procura di Catania.

Si ricordi che la legge costistuzionale n. 1/1989[15] regolamenta quei reati commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri, nell'esercizio delle loro funzioni (ex art. 96 Cost.): competente è la giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo il dettato della detta legge costituzionale.

Il Tribunale ordinario, sulla scorta di una "*valutazione di tipo tecnico-giuridico*", deve decidere sulla sussistenza del reato secondo la legge penale comune, mentre il Parlamento deve effettuare una valutazione politica (ex art. 9 citata legge cosituzionale) e l'autorizzazione spetta alla Camera cui appartengono le persone nei cui confronti si deve procedere, spetta al Senato della Repubblica se le persone appartengono a Camere diverse o se si deve procedere esclusivamente nei confronti di soggetti che non sono membri di nessuna delle due Camere.

Nel caso di specie, il Tribunale escluse di dover valutare gli aspetti politici della questione consistita nel divieto di sbarco dei migranti, richiamando puntualmente in senso conforme una decisione delle Sezioni Unite della Cassazione[16], per cui "*il carattere politico del reato, il movente che ha determinato il soggetto a delinquere, nonché il rapporto che può sussistere tra il reato commesso e l'interesse pubblico della funzione esercitata, proprio in conseguenza di quanto disposto dalla legge costituzionale n. 1/1989, sono criteri idonei a giustificare la concessione o negazione dell'autorizzazione a procedere da parte della Camera o del Senato, ma non sono certamente qualificabili come condizioni per la configurabilità dei reati ministeriali*".

Il Tribunale passò ad analizzare gli elementi costitutivi del reato contestato, operando una ricostruzione minuziosa, cronologica dei fatti, partendo dall'elemento oggettivo prestando particolare attenzione a stabilire da quale momento gli uffici competenti del Ministero dell'Interno avessero avuto il dovere giuridico di assegnare un POS ai migranti, perché da quel momento la permanenza sulla *Diciotti* sarebbe potuta essere considerata illegittima.

I giudici catanesi ricostruirono la vicenda a partire dall'avvistamento dell'imbarcazione, passando poi alla discussione sorta tra le autorità italiane e quelle maltesi su chi fosse tenuto secondo la normativa internazionale a prestare soccorso[17], individuando infine il sorgere dell'obbligo da parte delle Autorità italiane di indicare nel più breve tempo possibile un POS, ove i naufraghi sarebbero potuti sbarcare nel momento in cui, preso atto dell'indisponibilità di Malta, la *Diciotti* era stata autorizzata a dirigersi verso le coste siciliane.

Pertanto, secondo il Tribunale "*l'omessa indicazione del POS da parte del Dipartimento per le libertà civili e per l'immigrazione, dietro precise direttive del MdI, ha determinato, dopo che alle ore 23.49 del 20 agosto l'unità navale Diciotti raggiungeva l'ormeggio presso il porto di Catania (così creando le condizioni oggettive per operare lo sbarco), una situazione di costrizione a bordo delle persone soccorse fino alle prime ore del 26 agosto (quando veniva avviata la procedura di sbarco a seguito dell'indicazione del POS nella tarda serata del 25 agosto dal competente Dipartimento, dietro nulla osta del Ministro), con conseguente apprezzabile limitazione della libertà di movimento dei migranti, integrante l'elemento oggettivo del reato contestato.*

Non vi è dubbio, invero, che la protratta presenza dei migranti per cinque giorni a bordo di una nave ormeggiata sotto il sole in piena estate dopo avere già affrontato un estenuante viaggio durato diversi

giorni, la necessità di dormire sul ponte della nave, le condizioni di salute precarie di numerosi migranti, la presenza a bordo di donne e bambini, costituiscono circostanze che manifestano le condizioni di assoluto disagio psico-fisico sofferte dai migranti a causa di una situazione di 'costrizione' a bordo non voluta e subita, sì da potersi qualificare come 'apprezzabile', e dunque, penalmente rilevante, l'arco temporale di privazione della libertà personale sofferto."

Passando poi all'analisi dell'elemento soggettivo del reato, l'art. 605 c.p. richiede il dolo generico e quindi perché si configuri la fattispecie tipica è sufficiente la consapevolezza di infliggere alla persona offesa una illegittima privazione della libertà personale, irrilevanti sono invece gli scopi ulteriori perseguiti dall'agente.

Sulla "*questione della riconducibilità dell'omessa indicazione del POS e del correlato divieto di sbarco a una precisa direttiva del Ministro dell'Interno*," il Tribunale non ha avuto dubbi ad attribuirla al Ministro Salvini, stanti le sue esternazioni pubbliche confermate peraltro da tutti i vertici amministrativi ascoltati in fase istruttoria. E la posizione apicale occupata dall'indagato (Salvini) ha portato il Tribunale a ritenere che questi non potesse non essere consapevole della "*illegittimità della restrizione dell'altrui libertà*", alla luce della normativa internazionale di cui il Ministro non poteva ignorare l'esistenza, non avendo peraltro mai dichiarato di non conoscerla.

Infine, il Tribunale ha escluso la scriminante ex art. 51 c.p.: "*Lo sbarco di 177 cittadini stranieri non regolari non poteva costituire un problema cogente di 'ordine pubblico' per diverse ragioni e in particolare:*

a. *in concomitanza con il caso Diciotti, si era assistito ad altri numerosi sbarchi dove i migranti soccorsi non avevano ricevuto lo stesso trattamento;*
b. *nessuno dei soggetti ascoltati da questo Tribunale ha riferito (come avvenuto invece per altri sbarchi) di informazioni sulla possibile presenza, tra i soggetti soccorsi, di 'persone pericolose' per la sicurezza e l'ordine pubblico nazionale*".

Il Tribunale attribuì alla volontà politica la decisione di avere impedito lo sbarco degli stranieri dalla *Diciotti*: "*La decisione del Ministro non è stata adottata per problemi di ordine pubblico in senso stretto, bensì per la volontà meramente politica – "estranea" alla procedura amministrativa prescritta dalla normativa per il rilascio del POS – di affrontare il problema della gestione dei flussi migratori invocando, in base al principio di solidarietà, la ripartizione dei migranti a livello europeo tra tutti gli Stati membri*".

Le sentenze della Corte Costituzionale (n. 105/2001) e della Corte EDU (Khlaifia, 2016), richiamate dallo stesso Tribunale di Catania, hanno riconosciuto la garanzia della libertà personale anche agli stranieri in situazione di ingresso o soggiorno irregolari.

Il Tribunale di Catania concluse con l'affermare che alla base del divieto di sbarco c'erano finalità eminentemente politiche estranee ai doveri istituzionali del Ministro, pertanto, non avrebbe potuto trovare applicazione la scriminante di cui all'art. 51 c.p.

Ed erano quelle le motivazioni politiche alla base della sua decisione che avevano portato la Procura di Catania a chiedere l'archiviazione del procedimento per quel principio di separazione dei poteri che ne avrebbe impedito la sindacabilità.

I giudici del Tribunale di Catania però operarono un distinguo tra "atto politico", insindacabile dal giudice penale e "*atto amministrativo adottato sulla scorta di valutazioni politiche*", che invece non si sottrae al vaglio di legalità del giudice penale.

Ma comunque "*non è giuridicamente tollerabile ex artt. 24 e 113 Cost. l'esistenza di una particolare categoria di atti dell'esecutivo in relazione ai quali il sindacato giurisdizionale a tutela dei diritti individuali*

possa essere limitato o addirittura escluso".

Insindacabile dal potere giudiziario è solo l'atto politico che "*afferisce a questioni di carattere generale che non presentino un'immediata e diretta capacità lesiva nei confronti delle sfere soggettive individuali*".[18]

Nel caso di specie, il rifiuto del POS è *atto amministrativo* dettato da motivazioni politiche, immediatamente lesivo dei diritti degli stranieri, in violazione della normativa interna e sovranazionale, che pertanto non rientra tra quelli sottratti al controllo giurisdizionale.[19]

Quali fossero le motivazioni politiche sottese sarebbe dovuto essere oggetto di valutazione del Senato ai fini della concessione o meno dell'autorizzazione a procedere.

Per il Tribunale di Catania l'ipotesi di reato c'era e giustificare l'archiviazione con il principio di separazione dei poteri non era corretto perché significava ritenere immuni i membri del Governo dalla giurisdizione penale.[20]

La Camera competente nel caso di Salvini era il Senato, per effetto dell'art. 5 della legge costituzionale che ne prescrive la competenza per i Ministri che non sono parlamentari e dato che non vi erano altri soggetti inquisiti oltre allo stesso Salvini.

Il Senato però negò l'autorizzazione a procedere.

Una volta sbarcati, circa 44 migranti furono trasferiti a Rocca di Papa e lì incontrarono Giovanna Cavallo, coordinatrice dell'associazione Legal Aid, che spiegò loro la possibilità di ricorrere per ottenere il risarcimento in sede civile.

Il 13 dicembre 2018 depositarono ricorso ex art. 702-bis c.p.c., M., G., K., con altri connazionali eritrei, dinanzi al Tribunale di Roma per chiedere "*la condanna del Governo italiano in persona del Presidente del Consiglio dei Ministro p.t. e del Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t., al risarcimento dei danni non patrimoniali patiti in occasione dell'illegittima restrizione della libertà personale avvenuta, a bordo della nave della Guardia Costiera italiana U. Diciotti, dal 16 al 25 agosto 2018: nei primi quattro giorni a causa del mancato consenso all'attracco della nave nei porti italiani; nei successivi sei giorni, una volta permesso l'attracco della nave nel porto di Catania, a causa del mancato consenso allo sbarco sulla terra ferma; in subordine, limitatamente a quest'ultimo periodo, per il forzato ed arbitrario trattenimento sulla nave U. Diciotti nel porto di Catania senza che fosse loro consentito lo sbarco sulla terra ferma*".

Costituitosi sia il Ministero dell'Interno che la Presidenza del Consiglio dei Ministri, eccepirono in via preliminare il difetto assoluto di giurisdizione trattandosi di cosiddetto *atto* politico: eccezione accolta dal Tribunale di Roma.

I migranti impugnarono la sentenza e la Corte di Appello di Roma, con sentenza n. 1803/2024, pur ritenendo sussistere la giurisdizione ordinaria, perché non aveva reputato trattarsi di *atto politico* ma *amministrativo*, rigettò la domanda per carenza di colpa della P.A. e "*non allegata dai ricorrenti e comunque da escludere alla luce delle concrete modalità con cui si è realizzato il fatto, nonché della complessità e della non univocità della normativa di riferimento*".

La sentenza della Corte di Appello di Roma è stata dunque impugnata in Cassazione, in ragione di un unico motivo: "*violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2043 e 2059 c.c. in relazione agli artt. 13, 24, 111 e 117 Cost., articolo 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ed artt. 7 e 14 della Direttiva 2008/115/CE*".

Con decreto del 10 ottobre 2024, la controversia è stata rimessa alla cognizione delle Sezioni Unite in relazione all'eccezione della giurisdizione proposta dal Ministero, con ricorso incidentale condizionato: "*violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 c.p.a. in relazione all'art. 360, c. 1 n. 3 c.p.c.*", perché *atto politico* non *atto amministrativo* e quindi insindacabile dal potere giudiziario, avendo entrambi gli elementi, quello soggettivo della provenienza da un organo di Governo e quello oggettivo di espressione della funzione di indirizzo politico.

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha annullato la sentenza della Corte di Appello di Roma affermando i seguenti principi di diritto.

In primis, la mancata autorizzazione allo sbarco non è *atto politico* ma "*atto ontologicamente amministrativo*":

"S*i è in presenza, piuttosto, di un atto che esprime una funzione amministrativa da svolgere, sia pure in attuazione di un indirizzo politico, al fine di contemperare gli interessi in gioco e che proprio per questo si innesta su una regolamentazione che a vari livelli, internazionale e nazionale, ne segna i confini. Le motivazioni politiche alla base della condotta non ne snaturano la qualificazione, non rendono, cioè, politico un atto che è, e resta, ontologicamente amministrativo. Non vi è dunque difetto assoluto di giurisdizione… Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sin*dacabile nelle sedi *appropriate. E tra tali vincoli rilievo primario ha certamente il rispetto e la salvaguardia dei diritti inviolabili della persona. L'azione del Governo, ancorché motivata da ragioni politiche, non può mai ritenersi sottratta al sindacato giurisdizionale quando si ponga al di fuori dei limiti che la Costituzione e la legge gli impongono, soprattutto quando siano in gioco i diritti fondamentali dei cittadini (o stranieri), costituzionalmente tutelati*".

La Suprema Corte richiama una sua pregressa nozione di *atto politico* richiedente "*stretta interpretazione*" e avente "*carattere eccezionale*". In particolare, evidenzia che "*il principio di giustiziabilità degli atti del pubblico potere, di soggezione del potere alla legge ogni qualvolta esso entra in rapporto con i cittadini, costituisce un profilo basilare della Costituzione italiana. L'impugnabilità dell'atto è la regola: una regola orientata ad offrire al cittadino una concreta protezione della propria sfera soggettiva individuale contro le molteplici espressioni di potere in cui si concreta l'azione della pubblica amministrazione*".

Precisa in maniera netta che l'*atto politico*, *in re ipsa* insindacabile, è limitato ai soli ambiti di estrinsecazione del potere di governo non disciplinati dalla legge, atteso che, ove l'azione amministrativa sia definita da fonti normative, il loro rispetto va accertato dall'autorità giudiziaria: "*la chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità di un atto del potere pubblico è costituita, in generale, dalla mancanza di specifici parametri giuridici protesi a riconoscere posizioni di vantaggio meritevoli di protezione. (…) La giustiziabilità dell'atto dipende dalla regolamentazione sostanziale del potere. Se dunque esiste una norma che disciplina il potere, che ne stabilisce limiti o regole di esercizio, per quella parte l'atto è suscettibile di sindacato*".

Tra i vincoli che limitano la discrezionalità dell'azione di governo vanno individuati "*il rispetto e la salvaguardia dei diritti inviolabili della persona. L'azione del Governo, ancorché motivata da ragioni politiche, non può mai ritenersi sottratta al sindacato giurisdizionale quando si ponga al di fuori dei limiti che la Costituzione e la legge gli impongono, soprattutto quando siano in gioco i diritti fondamentali dei cittadini (o stranieri), costituzionalmente tutelati*".

Sussiste, nel caso di specie, l'obbligo di soccorrere in mare le persone (cittadini o straneiri che siano) in difficoltà, anche sulla scorta della consuetudine, che è alla base di qualsivoglia convenzione

internazionale[21], del diritto marittimo italiano ed è dovere di intervenire di tuti i soggetti pubblici e privati che hanno notizia di nave o persona in pericolo in qualsiasi zona di mare e trarli in salvo.

É stato chiarito il concetto di luogo sicuro e sbarco "*nel più breve tempo ragionevolmente possibile*":

"*lo Stato responsabile del soccorso deve organizzare lo sbarco 'nel più breve tempo ragionevolmente possibile' (Convenzione SAR, capitolo 3.1.9), fornendo un luogo sicuro in cui terminare le operazioni di soccorso; … per 'luogo sicuro' si intende un 'luogo' in cui sia garantita non solo la 'sicurezza' – intesa come protezione fisica – delle persone soccorse in mare, ma anche il pieno esercizio dei loro diritti fondamentali, tra i quali, ad esempio, il diritto dei* rifugiati *di chiedere asilo … in capo agli Stati residua, infatti, un margine di 'discrezionalità tecnica' solo ai fini dell'individuazione del punto di sbarco più opportuno, tenuto conto del numero dei migranti da assistere, del sesso, delle loro condizioni psicofisiche nonché in considerazione della necessità di garantire una struttura di accoglienza e cure mediche adeguate … le operazioni di soccorso erano state di fatto assunte sotto la responsabilità di una autorità SAR italiana, la quale era tenuta in base alle norme convenzionali a portarle a termine, organizzando lo sbarco, nel più breve tempo ragionevolmente possibile*".

È stato evidenziato che il trattenimento dei migranti a bordo viola il diritto alla libertà personale ammessa solo ex art. 5, par. 1, lett. f), 5 CEDU:

"*Occorre valutare se il trattenimento dei migranti a bordo della nave Diciotti integri, oppure no, un'arbitraria violazione della libertà personale. Rilievo particolare assume al riguardo l'art. 5 par. 1 lett. f) CEDU il quale ammette, eccezionalmente, la privazione della libertà personale nella peculiare ipotesi in cui si tratti dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione.*

In tale prospettiva, però, escluso che il trattenimento a bordo della nave costiera di migranti non ancora compiutamente identificati (e potenzialmente titolari del diritto di asilo ex art. 10, terzo comma, Cost.) possa essere inquadrato nell'ambito di procedimenti di espulsione o di estradizione, non può nemmeno ipotizzarsi che detto trattenimento possa trovare copertura sovranazionale quale misura (assimilabile all'arresto o alla detenzione regolare) finalizzata a impedire l'ingresso illegale nel territorio.

Una tale interpretazione della norma convenzionale è stata chiaramente respinta dalla Corte EDU nella sentenza Khlaifia and Others vs. Italy, relativa ad un caso – per alcuni aspetti analogo a quello in esame – di trattenimento di migranti tunisini a bordo di navi, ormeggiate nel porto di Palermo, per effetto di un atto dell'Esecutivo".

É stato esplicato il rapporto tra la responsabilità della Pubblica Amministrazione e il diritto a ottenere dalla stessa il risarcimento dei danni:

"*perché un evento dannoso sia imputabile a responsabilità della P.A., tale imputazione non potrà avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità del provvedimento amministrativo, richiedendo, invece, una più penetrante indagine in ordine alla valutazione della colpa, che, unitamente al dolo, costituisce requisito essenziale della responsabilità aquiliana. La sussistenza di tale elemento sarà riferita non al funzionario agente, ma alla P.A. come apparato, e sarà configurabile qualora l'atto amministrativo sia stato adottato ed eseguito in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali deve ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa, e che il giudice ordinario ha il potere di valutare, in quanto limiti esterni alla discrezionalità amministrativa... Non si può, in linea di principio, escludere la rilevanza dell'errore scusabile commesso dalla P.A.... Elemento essenziale per la sussistenza dell'errore scusabile è, quindi, l'inevitabilità dello stesso, determinata da cause oggettive, estranee all'agente, che finisce per escludere la colpevolezza, intesa quale forma di qualificazione dell'azione soggettiva nelle fattispecie di responsabilità… L'accertamento dell'esistenza*

dell'errore scusabile, costituendo un accertamento fattuale, rientra nella competenza esclusiva del giudice di merito ed è incensurabile in Cassazione, se adeguatamente motivato…"

É stato sottolineato il valore del diniego a concedere l'autorizzazione a procedere:

"*Non può condurre a diversa conclusione il fatto che, nel caso della nave Diciotti… il Senato della Repubblica abbia negato l'autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell'Interno… richiesta dal Tribunale dei Ministri di Catania per il reato di sequestro di persona pluriaggravato… la legge cost. n. 1 del 1989 è evidentemente diretta a garantire la funzione governativa attribuendo al Parlamento il potere di sottrarre alla giurisdizione penale ordinaria determinate condotte nei casi previsti dall'art. 9, comma 3 ('interesse dello Stato costituzionalmente rilevante o 'perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo'). L'autorizzazione della Camera di appartenenza, secondo le norme stabilite con legge costituzionale, è prevista… solo per i reati commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni, anche se cessati dalla carica. Le norme di dettaglio regolano la procedura in una prospettiva esclusivamente penalistica.… Se principio cardine di uno Stato costituzionale di diritto è la giustiziabilità di ogni atto lesivo dei diritti fondamentali della persona, ancorché posto in essere dal Governo e motivato da ragioni politiche, la sottrazione dell'agire politico a tale sindacato – pur prevista, in presenza di determinati presupposti, da norma costituzionale – non può che costituirne l'eccezione, come tale soggetta a interpretazione tassativa e riferibile, dunque, solo alla responsabilità penale*".

Le Sezioni Unite hanno in definitiva accolto il ricorso principale, rigettato quello incidentale condizionato e cassato la sentenza, rinviando la causa alla Corte di Appello di Roma, in diversa composizione, anche per la regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

---

[1]La SAR è l'Area di ricerca e di soccorso (SAR region): area marittima di dimensioni determinate abbinata ad un centro di coordinamento di soccorso, entro i limiti della quale sono forniti servizi di ricerca e di soccorso. (vd. Piano SAR matittimo nazionale I.M.R.C.C. 001 del Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto Guardia Costiera, edizione 2020, paragrafo n. 111 "*Definizioni*" lett. f).

[2]Tra i 190 migranti soccorsi vi erano 10 donne e 37 minori di cui molti non accompagnati.

[3]In Italia, la vigente legislazione e il Piano SAR Nazionale del 2020 attribuiscono dette competenze al Ministero dell'interno, al Ministero delle infrastrutture, al Ministero della difesa e a livello operativo, alla Centrale di coordinamento della Guardia costiera (IMRCC) e al Coordinamento della Marina militare (CINCNAV).

[4]Le Convenzioni Internazionali cui l'Italia ha aderito sono fonti di rango sovraordinato a quello costituzionale e in base agli artt. 10, 11 e 117 Cost. non possono essere derogate sulla scorta di scelte politiche.

[5]UNCLOS è l'acronimo di "*Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*". Essa enuncia il principio che tutti i problemi degli spazi oceanici sono strettamente collegati e devono essere affrontati nel loro complesso. Definisce, inoltre, linee guida che regolano le trattative, l'ambiente e la gestione delle risorse naturali dei mari e degli oceani.

[6]*International Convention for the Safety of Life at Sea* (SOLAS), 1974. Adottata il 1° novembre del 1974 è entrata in vigore in Italia il 25 maggio del 1980. La Convenzione SOLAS è considerata il più importante di tutti i trattati internazionali riguardanti la sicurezza delle navi mercantili. La prima versione fu adottata nel 1914, in risposta al disastro del Titanic, la seconda nel 1929, la terza nel 1948 e la quarta nel 1960. "*L'obiettivo principale della Convenzione SOLAS è specificare standard minimi per la costruzione, l'equipaggiamento e il funzionamento delle navi, compatibili con la loro sicurezza. Gli Stati di bandiera sono responsabili di garantire che le navi sotto la loro bandiera rispettino i requisiti, e nella Convenzione sono prescritti diversi certificati come prova che ciò è stato fatto. Le disposizioni di controllo consentono inoltre ai governi contraenti di ispezionare le navi di altri Stati contraenti se vi sono fondati motivi per ritenere che la nave e il suo equipaggiamento non siano sostanzialmente conformi ai requisiti della Convenzione: questa procedura è nota come controllo dello Stato di approdo. L'attuale Convenzione SOLAS include articoli che stabiliscono obblighi generali, procedure di modifica e così via, seguiti da un allegato suddiviso in 14 capitoli*".

[7]IMO è l'acronimo di "*Organizzazione marittima internazionale*", o meglio "*International Maritime Organization*" ed è un istituto specializzato delle Nazioni Unite incaricato di sviluppare i principi e le tecniche della navigazione marittima internazionale per promuovere la progettazione e lo sviluppo del trasporto marittimo internazionale perché sia più sicuro e ordinato.

La convenzione dell'IMO adottata dai paesi membri prevede degli standard riguardanti le regole per prevenire gli abbordi in mare (COLREG), gli standard di costruzione e compartimentazione delle navi, nonché le dotazioni antincendio, impiantistiche, di sopravvivenza e salvataggio (SOLAS), la formazione e certificazione del personale marittimo (STCW).

[8]Emendata e ratificata dall'Italia, con Legge, 3 aprile 1989, n. 147, e dal relativo regolamento di esecuzione approvato con D.P.R., 28 settembre 1994, n. 662.

[9]È stato approvato con R.D., 30 marzo 1942, n. 327, in parte aggiornato con decreto legislativo 15 marzo 2006, n. 151

[10]"*L'assistenza a nave o ad aeromobile in mare o in acque interne, i quali siano in pericolo di perdersi, è obbligatoria, in quanto possibile senza grave rischio della nave soccorritrice, del suo equipaggio e dei suoi passeggeri, oltre che nel caso previsto nell'articolo 485, quando a bordo della nave o dell'aeromobile siano in pericolo persone. Il comandante di nave, in corso di viaggio o pronta a partire, che abbia notizia del pericolo corso da una nave o da un aeromobile, è tenuto nelle circostanze e nei limiti predetti ad accorrere per prestare assistenza, quando possa ragionevolmente prevedere un utile risultato, a meno che sia a conoscenza che l'assistenza è portata da altri in condizioni più idonee o simili a quelle in cui egli stesso potrebbe portarla*".

[11]"*Quando la nave o l'aeromobile in pericolo sono del tutto incapaci, rispettivamente, di manovrare e di riprendere il volo, il comandante della nave soccorritrice è tenuto, nelle circostanze e nei limiti indicati dall'articolo precedente, a tentarne il salvataggio, ovvero, se ciò non sia possibile, a tentare il salvataggio delle persone che si trovano a bordo. È del pari obbligatorio, negli stessi limiti, il tentativo di salvare persone che siano in mare o in acque interne in pericolo di perdersi*".

[12]Dalla descrizione delle operazioni compiuta dal Tribunale dei Ministri di Catania, è emerso che già il 15 agosto 2018 l'IMRCC di Roma era stata contattata mediante satellitare dai migranti a bordo del barcone avvistato, i quali avevano segnalato le difficoltà dell'imbarcazione a proseguire la navigazione.

[13]In questo senso si veda, nella Relazione del Tribunale dei Ministri di Catania, la dichiarazione del Capo di Gabinetto del Ministero dell'Interno, Prefetto Piantedosi, sentito dal Tribunale dei Ministri nel corso dell'istruttoria. Sulla stessa questione v. anche Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari

[14]Questo collegio ha poteri requirenti, ossia può condurre indagini, ascoltare le persone coinvolte e delegare gli investigatori per eventuali accertamenti. Al termine delle indagini preliminari, il Tribunale dei Ministri ha due possibilità: archiviare il caso oppure trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica.

[15]La legge ha apportato modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e alla legge costituzionale, 11 marzo 1953, n. 1, nonché alle norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'articolo 96 della Costituzione.

È entrata in vigore il 18 gennaio 1989.

[16]Cass., Sez. Unite, n. 14/1994.

[17]Il Tribunale di Catania ha definito il comportamento delle autorità maltesi "*moralmente censurabile*".

[18]Il Tribunale cita a titolo esemplificativo l'adozione di decreti leggi e di decreti legislativi, o la stipula di un'intesa con una confessione religiosa ex art. 8, comma 3 Cost.

[19]"*L'atto del Ministro Sen. Matteo Salvini costituisce un atto amministrativo che, perseguendo finalità politiche ultronee rispetto a quelle prescritte dalla normativa di riferimento, ha determinato plurime violazioni di norme internazionali e nazionali, che hanno comportato l'intrinseca illegittimità dell'atto amministrativo censurata da questo Tribunale (…). Va dunque sgomberato il campo da un possibile equivoco e ribadito come questo Tribunale intenda censurare non già un atto politico dell'Esecutivo, bensì lo strumentale ed illegittimo utilizzo di una potestà amministrativa di cui era titolare il Dipartimento delle libertà civili e dell'immigrazione, che costituisce articolazione del Ministero dell'interno presieduto dal Sen. Matteo Salvini*" (provvedimento del Tribunale di Catania).

[20]Nella relazione del Tribunale di Catania, Sezione Reati Ministeriali si chiese, per il tramite del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania, l'autorizzazione a procedere da parte del Senato nei confronti di Matteo Salvini "*per avere, nella sua qualità di Ministro dell'Interno, abusando dei suoi poteri, privato della libertà 117 migranti di varie nazionalità giunti al porto di Catania a bordo dell'unità navale U. Diciotti della Guardia Costiera italiana alle ore 23.49 del 20 agosto 2018. In particolare, il Sen. Matteo Salvini, nella sua qualità di Ministro, violando le Convenzioni Internazionali in materia di soccorso in mare e le correlate norme di attuazione internazionale (Convenzione Sar, Risoluzione MSC 167-78, Direttiva SOP 009/15), non consentendo senza giustificato motivo al competente Dipartimento per la libertà civili e l'immigrazione – costituente articolazione del Ministero dell'Interno – di esitare tempestivamente la richiesta di POS (place of safety) presentata formalmente da IMRCC (Italian Maritime Rescue Coordination Center) alle ore 22.30 del 17 agosto 2018, bloccava la procedure di sbarco dei migranti, così determinando consapevolmente l'illegittima privazione della libertà personale di questi ultimi, costretti a rimanere in condizione psico-fisiche critiche a bordo della nave U. Diciotti ormeggiata nel porto di Catania dalle ore 23.49 del 20 agosto fino alla tarda sera del 25 agosto, momento in cui veniva autorizzato lo sbarco. Fatto commesso dall'essere stato commesso da un pubblico ufficiale e con abuso dei poteri inerenti alle funzioni esercitate, nonchè per essere stato commesso anche in danno di soggetti minori. fattocommesso in Catania dal 20 al 25 agosto 2018*".

[21]"*Le Convenzioni internazionali in materia, cui l'Italia ha aderito, costituiscono, dunque, un limite alla potestà legislativa dello Stato e, in base agli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione, non possono costituire oggetto di deroga sulla base di scelte e valutazioni discrezionali dell'autorità politica, poiché assumono, in base al principio 'pacta sunt servanda', un rango gerarchico superiore rispetto alla disciplina interna. Tale obbligo trova una più dettagliata enunciazione, con riguardo alla specifica attività di soccorso in mare, nella Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (cosiddetta Convenzione SOLAS, acronimo di Safety Of Life At Sea, del 1974), nella Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare (cosiddetta Convenzione SAR, acronimo per Search And Rescue, anche nota come Convenzione di Amburgo, ratificata dall'Italia con legge 3 aprile 1989, n. 147) , nonché nella*

Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay sul Diritto del Mare del 1982 (cosiddetta Convenzione UNCLOS, acronimo per United Nations Convention on the Law of the Sea, ratificata dall'Italia con legge 2 dicembre 1994, n. 689)" (Cass., Sezioni Unite, sentenza n. 5992/2025).

*** This work is peer-reviewed ***
Copyright © Author(s)
Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
Persistent Identifier (PID) ARK: ark:/56778/7724

AEQUITAS MAGAZINE
www.aequitasmagazine.it
Rivista mensile open access peer-reviewed
Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803
Codice CINECA E277033

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto

"Jus est ars boni et aequi "

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Indebita percezione di erogazioni pubbliche

di **Emanuela Porcelli** © 05-05-2025

SOMMARIO: 1. Disciplina - 2. Definizione Sezioni Unite del 26 marzo 2025

1. Disciplina

La normativa relativa all'indebita percezione di erogazioni pubbliche è stata introdotta dalla Legge 29 settembre 2000, n. 300, in ottemperanza ad alcuni strumenti internazionali come la Convenzione PIF sulla tutela degli interessi finanziari della CE, firmata a Bruxelles il 26 luglio 1995.

La novella legislativa trova disciplina nel libro II del codice penale, titolo II dei delitti contro la pubblica

amministrazione ed è posta a tutela del corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione.

Infatti, ai sensi dell'articolo 316 ter c.p. :"*salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640 bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità Europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è della reclusione da uno a quattro anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri. La pena è della reclusione da sei mesi a quattro anni se il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e il danno o il profitto sono superiori a euro 100.000. Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a euro 3.999,96 si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.164 a euro 25.822. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito*".

La norma attinente alle cosiddette *frodi comunitarie*, è stata introdotta con la finalità di censurare quei comportamenti che, non integrando gli estremi di cui all'art. 640 bis (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), abbiano ad oggetto comportamenti caratterizzati dal mero silenzio antidoveroso o dall'induzione in errore. Sicché, la condotta tipica si snoda lungo due direzioni: "*…mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute…*", rendendo necessario il rinvio a norme extrapenali che fanno sorgere il dovere di verità in capo al soggetto dichiarante.

Pertanto, il comportamento delittuoso si compone sia di condotte attive che di condotte omissive con riferimento ad informazioni dovute all'ente che rilascia il finanziamento.

L'art. 316 ter c.p. è posto a presidio del buon andamento della Pubblica Amministrazione, tutelando nello specifico la corretta destinazione delle finanze erogate dall'ente pubblico affinché non vengano distratte dalla finalità allocata. Altresì, la norma de qua tutela la formazione, libera, della volontà della Pubblica Amministrazione, in merito ai versamenti di distribuzione ed erogazione di risorse economiche, con la finalità di reprimere l'attribuzione non dovuta e di conseguenza l'indebito conseguimento, censurando il mancato obbligo di verità posto in capo al soggetto che richiede il finanziamento.

La condotta tipica è duplice, infatti consiste nell'utilizzo o nella presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere o nell'omissione di informazioni dovute, rendendosi dunque necessario il rimando a norme extrapenali che pongono in capo al soggetto un obbligo di verità.

Si tratta di condotte che integrano rispettivamente il falso o mendacio e il silenzio antidoveroso, che vengono punite in quanto conducono all'effettivo conseguimento delle erogazioni. Da tale qualificazione discende che la norma trova applicazione in ipotesi assolutamente marginali, in cui tra l'altro non vi è un accertamento effettivo dei presupposti da parte dell'ente erogatore, il quale dunque si rappresenta solamente l'esistenza della formale dichiarazione del richiedente. L' indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 ter c.p.) rientra nella categoria dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, come i reati previsti dagli artt. 314 e 316 bis, anche il reato previsto e punito dall'art. 316 ter si caratterizza per avere una natura plurioffensiva.

La norma tutela il buon andamento, l'imparzialità (nazionale o sovranazionale) e il patrimonio della pubblica amministrazione, leso da una non corretta gestione e allocazione delle risorse pubbliche percepite indebitamente. In relazione al concorso con la fattispecie delittuosa di malversazione di erogazioni pubbliche di cui all' art. 316 bis c.p., giova ricordare che quest'ultima riguarda un momento differente rispetto a quello inerente il delitto de quo, ossia la fase di richiesta di finanziamento all'ente pubblico e non quella del successivo utilizzo. Il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello

Stato diversamente dal reato di malversazione a danno dello Stato è configurabile anche nel caso di indebita percezione di erogazione (cfr. Cass. Sez. Unite, n. 16568/2007).

Con riferimento, invece, al rapporto con la fattispecie delittuosa di cui all'art. 640 bis c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) la norma de qua si pone in un rapporto di sussidiarietà e non di specialità, dovendo trovare applicazione l'art. 316 ter c.p. solamente qualora difettino gli estremi della truffa. Il dibattito dottrinarle e giurisprudenziale è stato ricco ed articolato sino alla pronuncia delle Sezioni Unite del 27 aprile 2007. Parte della dottrina prende le mosse dalla tesi che nega dalla nuda menzogna, al semplice mendacio la configurabilità degli artifici o raggiri di cui al reato di truffa.

La dottrina prevalente sostiene che ad integrare il reato di truffa non sia sufficiente il mero mendacio, il silenzio maliziosamente serbato, una condotta meramente omissiva, essendo necessario anche un *quid pluris*, una condotta attiva idonea a trarre in errore. Si arriva così alla conclusione che la legge n. 300/2000 ha voluto coprire una lacuna per cui condotte (quali l'omissione di informazioni dovute) che non costituivano reato hanno acquistato rilevanza penalistica.

Si precisa, dunque, che il rapporto tra le due norme è di sussidiarietà, il che significa che il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato troverebbe applicazione in tutti quei casi in cui la condotta (concretizzandosi in "*mera presentazione*" di documenti falsi o nella omissione di informazioni dovute) avrebbe caratteristiche di minore intensità e non sarebbe idonea ad integrare gli artifici di cui all'art. 640 bis del codice penale (Fiandaca-Musco). Sotto un altro profilo è però oggi universalmente riconosciuto che anche un comportamento meramente omissivo possa configurare l'artifizio o il raggiro.

I rapporti tra le norme in esame sono, quindi, inquadrati nell'ambito del rapporto di specialità: nell'art. 316 ter è prevista una condotta che di per sé integra il reato di truffa; ma si tratta di artifizi o raggiri con note modali meno intense di quelle descritte dall'articolo 640 bis e che possono realizzarsi quando il soggetto agente pone in essere soltanto ed esclusivamente una delle condotte delineate dall'articolo 316 ter. Il dibattito dottrinale si riflette sulla giurisprudenza.

Un primo indirizzo sostiene che il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato costituisca norma sussidiaria rispetto al reato di truffa di cui all'art. 640 bis c.p. il quale esaurisce l'intero disvalore del fatto ed assorbe l'interesse tutelato dalla prima previsione (cfr. Cass., sez. VI, 23 novembre 2001, n. 41928). Si ritiene, quindi, che la norma in esame troverà applicazione in quei casi in cui il mendacio non integri gli artifici di cui all'art. 640 bis c.p.

All'opposto, numerose sentenze fanno riferimento al rapporto di specialità, allorché la condotta incriminata sia consistita nella semplice attestazione di fatti non conformi al vero, sarà integrato il delitto di cui all' art. 316 ter c.p., che disciplina una condotta pur sempre truffaldina, ma caratterizzata da quelle particolari modalità ivi descritte (cfr. Cass., Sez. Un., 6 marzo 2003, 224966).

Nonostante la sentenza delle Sezioni Unite, in ultimo citata, anche in data a questa successiva si registravano arresti giurisprudenziali di segno opposto. La giurisprudenza di legittimità successiva individua un autonomo spazio applicativo dell'art. 316 ter per cui la mera ostentazione di documenti non veritieri o il mero silenzio di informazioni dovute non integrerebbero gli "artifici o raggiri" richiesti per la più grave ipotesi delittuosa della truffa. Si configurerebbe, invece, la truffa aggravata quando il richiedente il finanziamento è lo stesso artefice della documentazione falsa prodotta, avendosi, in tal caso, "*un raggiro*" del soggetto agente (Cass., 15 ottobre-4 novembre 2004, n. 43202).

Sull'argomento sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite con la sentenza 27 aprile 2007 n.16568 che, oltre ad arricchire il complesso panorama giurisprudenziale sul campo applicativo e sui rapporti reciproci tra l'art. 640 bis c.p. e gli artt. 316 bis e ter c.p., si sono occupate anche di alcuni delitti contro la fede pubblica.

In particolare, il Supremo Consesso ha statuito chei delitti di cui agli artt. 316 ter e 640 bis c.p., configurabili entrambi, diversamente dal delitto previsto dall'art. 316 bis c.p., anche nel caso di indebita erogazione di contributi di natura, sono in rapporto di sussidiarietà e non di specialità. Sicché il residuale e meno grave delitto di cui all'art. 316 ter c.p., che diversamente da quello di cui all'art. 640 bis c.p. assorbe anche i delitti di falso ideologico previsto dall'art. 483 c.p. e di uso di atto falso previsto dall'art. 489 c.p., è configurabile solo quando difettino nella condotta gli estremi della truffa (cfr. Cass. Sez. Un. n. 16568/2007).

Il bene giuridico tutelato è il buon andamento della P.A. sotto il particolare profilo della corretta allocazione delle risorse finanziarie pubbliche. La condotta si sostanzia sia in comportamenti positivi (utilizzo o presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere), sia in comportamenti omissivi (omissione di informazioni), con la precisazione che le informazioni omesse devono essere dovute, e quindi trovare fondamento in una richiesta espressa dell'ente erogatore.

Con riferimento all'elemento oggettivo l'articolo in commento dispone che il delitto sia configurato anche dal conseguire "*per altri*" le "*sovvenzioni*". La fattispecie delittuosa di cui all'art. 316 ter c.p. si perfeziona nel momento in cui il soggetto attivo ottiene la concreta disponibilità del finanziamento, sul punto così dispone la Suprema Corte: " *Il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 ter c.p.) si consuma nel momento e nel luogo in cui l'ente pubblico eroga i contributi, i finanziamenti, i mutui agevolati, disponendone l'accredito sul conto corrente del soggetto che ne abbia indebitamente fatto richiesta, perché è con quell'atto che si verifica la dispersione del denaro pubblico*"(cfr. Cass. Pen. N. 12625/13).

Applicando tale principio, la Corte di Cassazione ha identificato nel luogo dove ha sede l'ente pubblico erogante il finanziamento la competenza territoriale, giudicando, al contrario, irrilevante il luogo in cui era stata presentata la documentazione ad opera del soggetto richiedente.

Il reato di cui all'art. 316 ter cod. pen. si consuma nel luogo in cui il soggetto pubblico erogante dispone l'accredito dei contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre provvidenze in favore di chi ne abbia indebitamente fatto richiesta, perché con tale atto si verifica la dispersione del denaro pubblico, e non in quello in cui avviene la materiale apprensione degli incentivi. L'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato è un reato che danneggia lo Stato, l'ente pubblico e/o la Comunità europea che eroga o concede un contributo, un finanziamento, un mutuo agevolato, etc.

La norma mira a punire la condotta di chi consegue (per sé o per altri), tramite l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti il falso, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, contributi, finanziamenti concessi o erogati dagli organismi abilitati. Si tratta di condotte equivalenti, che possono concretizzarsi o attraverso comportamenti positivi (utilizzo o presentazione) o per mezzo di atteggiamenti omissivi (omissione di informazioni) dallo stesso Istituto le corrispondenti erogazioni in forma di risparmio di spesa.

2. Definizione Sezioni Unite del 26 marzo 2025

Con ordinanza la Sesta Sezione della Suprema Corte ha rimesso alle Sezioni Unite due questioni controverse riguardanti il delitto di indebita percezione di erogazioni pubbliche di cui all'art. 316 ter c.p.

Le SS.UU. vengono, in primo luogo, interrogate in merito alla possibilità stessa di ammettere l'integrazione del reato *de quo* laddove l'indebita percezione consista nel conseguimento di un risparmio di spesa, ottenuto mediante l'utilizzo o la presentazione di documenti falsi. Il secondo quesito concerne l'individuazione del momento consumativo dell'art. 316 ter al cospetto di erogazioni dilazionate nel tempo: è, infatti, controverso se si tratti di fattispecie di natura istantanea e se quindi, in caso di molteplici erogazioni, debba affermarsi il concorso materiale tra più reati eventualmente avvinti dal

vincolo della continuazione o se sia invece ravvisabile un unico delitto a consumazione prolungata, che si protrae fino alla ricezione dell'ultimo contributo fattispecie di cui agli artt. 483 e s.s. c.p..

Il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato era destinato nelle intenzioni del legislatore a completare il microsistema repressivo delle frodi nelle sovvenzioni pubbliche, incriminando attività prodromiche alla concessione dell'erogazione non rientranti nel paradigma punitivo della truffa.

La previsione, nell'art. 316 ter, di una clausola di sussidiarietà espressa a favore dell'art. 640 bis riservava a tale disposizione una portata residuale, anche in considerazione del fatto che, nella prassi giudiziaria, le nozioni di artifici e di raggiri di cui all'art. 640 c.p. erano e sono tutt'oggi interpretate in maniera decisamente ampia. Così, una parte della giurisprudenza, allo scopo di conferire un qualche margine di operatività al nuovo delitto, aveva ritenuto che l'art. 316 ter, in quanto *lex specialis* rispetto alla truffa, dovesse applicarsi ogniqualvolta gli artifici e i raggiri venissero perpetrati nelle peculiari modalità descritte dalla norma (ossia presentando documenti o dichiarazioni false). Una conclusione del genere era, tuttavia, foriera di un'irragionevole disparità a livello sanzionatorio, in quanto condotte in precedenza rientranti nell'alveo del più grave delitto di cui all'art. 640 bis sarebbero state punite meno severamente, senza che tale mutamento fosse sorretto da alcuna giustificazione razionale.

Le incertezze vennero fugate dalla Consulta, la quale nel dichiarare la manifesta inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale sollevata sul punto dal Tribunale di Milano, precisò che la clausola di riserva contenuta nell'art. 316 ter rivela non già la sussistenza di un rapporto di specialità, bensì di sussidiarietà con l'art. 640 bis. Ragione per cui tale disposizione non può che assicurare una tutela aggiuntiva e complementare rispetto a quella già offerta dall'art. 640 bis, a fronte di condotte fraudolente di minore intensità, tipologicamente distinte dagli artifici e dai raggiri e che non traggano in errore il soggetto leso.

In particolare, le sentenze *Carchivi* e *Pizzuto* hanno avallato l'interpretazione tradizionale e più ampia del concetto di "*artifici e raggiri*", limitando il raggio operativo dell'art. 316 ter a situazioni apparentemente marginali, come quelle del mero silenzio antidoveroso o di una condotta che non induca effettivamente in errore l'autore dell'atto di disposizione patrimoniale.

Il *discrimen* tra le due ipotesi delittuose non risiede, pertanto, nel tipo di attività illecita posta in essere dall'agente, in entrambi i casi connotata da una (più o meno marcata) componente ingannatoria ma nel risultato che ne scaturisce. La truffa (ex art. 640 bis c.p. è circostanza aggravante) è, infatti, un reato di evento e la sua integrazione non può prescindere dal riscontro del nesso causale tra la condotta decettiva dell'imputato, l'induzione in errore della vittima e il conseguente ottenimento dell'ingiusto profitto con altrui danno. Anche la semplice presentazione di documentazione falsa da parte del richiedente che costituisce la fisiologica modalità di realizzazione della fattispecie sussidiaria potrebbe assumere natura fraudolenta ed integrare l'elemento oggettivo della truffa nel caso in cui l'ente erogatore risultasse effettivamente fuorviato.

Di converso, qualora l'erogazione dipenda, in prima battuta, dalla presentazione della mera richiesta del privato o da una sua autocertificazione, senza sia necessaria alcuna ulteriore verifica da parte della P.A., dovrebbe affermarsi la sussistenza dell'art. 316 ter c.p..

Le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite non sono andate esenti da critiche, in quanto confermano la tendenza, ampiamente diffusa nella prassi, a svalutare i concetti di artifici o raggiri. In questo modo, l'art. 640 c.p. va incontro a una mutazione genetica, che si traduce nello stemperamento del disvalore d'azione a favore di un disvalore d'evento polarizzato sull'idoneità decettiva, con tutte le difficoltà che ne conseguono a livello probatorio.

Ora, malgrado l'indubbia *vis attractiva* esercitata dall'art. 640 bis, la concreta declinazione dello schema argomentativo preconizzato dalle Sezioni Unite ha consentito di ritagliare uno spazio di operatività all'art.

316 ter. Quest'ultimo delitto si configura ogniqualvolta all'esito di una disamina di tutte le circostanze che caratterizzano la vicenda in concreto e, in particolare, delle specifiche modalità di rilascio del finanziamento, non emerga quel *quid pluris* necessario ai fini dell'integrazione della truffa aggravata ex art. 640 bis, consistente nell'induzione in errore dell'ente erogante. Una volta escluso il reato di truffa aggravata, le criticità concernono l'inquadramento dei fatti in imputazione nella sfera applicativa dell'art. 316 ter c.p. Infatti, anche la mancata comunicazione delle condizioni ostative di accesso al beneficio ha portato ad una riduzione dei contributi dovuti all'INPS.

Tale orientamento ha avuto largo seguito nella giurisprudenza di legittimità, che è prevalentemente incline a qualificare come erogazioni rilevanti ai sensi dell'art. 316 ter c.p. anche quelle percezioni indebite consistenti in un risparmio di spesa rispetto al quantum dovuto all'ente pubblico, poiché anche in tal caso il richiedente ottiene un vantaggio che viene posto a carico della comunità.

In proposito, è peraltro ampia la casistica relativa alla falsa esposizione, da parte del datore di lavoro, di corresponsioni ai propri salariati di indennità in ragione del loro status soggettivo (ad esempio, condizione di malattia, di maternità, assegni familiari) o di una situazione economica di crisi (ad esempio, cassa integrazione), così da ottenere il conguaglio degli importi fittiziamente indicati con quelli da lui dovuti a titolo di contributi previdenziali e assistenziali. Ipotesi del genere vengono oggi inquadrate entro i margini operativi dell'art. 316 ter c.p. Ciò nondimeno, l'ordinanza dubita che il mero risparmio di spesa possa ricondursi al perimetro di significato dell'art. 316 ter c.p., in cui si fa menzione di "contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici".

La Corte ritiene che l'interpretazione maggioritaria si ponga in contrasto con il principio di determinatezza e di tassatività, violando il divieto di analogia in *malam partem* vigente in materia penale. L'inserimento della formula di chiusura "*ad altre erogazioni dello stesso tipo*" non consentirebbe di dilatare il campo applicativo della fattispecie fino a ricomprendervi casi in cui non vi sia alcun esborso da parte dello Stato, ma solo il versamento di una somma inferiore a quella dovuta. Siamo, infatti, al cospetto di una "*clausola ad analogia espressa*": tali previsioni risultano costituzionalmente legittime nella misura in cui la norma o il sistema di norme ove sono inserite consentano di definire la loro latitudine applicativa in maniera sufficientemente precisa ed omogenea.

L'elenco contenuto nell'art. 316 ter che menziona contributi, sovvenzioni, finanziamenti e mutui agevolati e il significato proprio del termine "*erogazione*" che evoca una fornitura, un'elargizione, una distribuzione osterebbero all'inclusione nel raggio applicativo della fattispecie delle esenzioni o dei risparmi di spesa ottenuti mediante la presentazione di dichiarazione mendaci o l'omissione di informazioni dovute. Il nucleo di tipicità dell'art. 316 ter è infatti costituito dal concetto di erogazione e dalla corrispettiva percezione di denaro, attività che sembrano necessariamente implicare "*un'effettiva riscossione*", da parte del soggetto agente, delle somme erogate dall'ente, a seguito delle condotte decettive delineate dalla norma.

Ad avviso della Corte, ulteriori conferme dell'imprescindibilità, ai fini dell'integrazione del reato de quo, di un esborso di risorse pubbliche sarebbero rinvenibili nelle modifiche apportate all'art. 316 ter c.p. dall'art. 28 del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, che ha aggiunto, nel primo comma, il riferimento alle sovvenzioni pubbliche e ha modificato la rubrica legis da *"indebita percezione a danno dello Stato*" a "*indebita percezione di erogazioni pubbliche*".

Se ne ricaverebbe che, in assenza di un contegno attivo dell'ente, a fronte di un mancato o ridotto versamento di somme dovute, non è ipotizzabile la sussistenza dell'art. 316 ter c.p. Alla luce di quanto premesso la Sesta sezione, ritenendo di doversi discostare dai *dicta* della sentenza *Pizzuto*, ha sollecitato un nuovo intervento delle Sezioni unite ai sensi dell'art. 618, comma 1 bis c.p.p. affinché chiariscano se rientri o meno nell'ambito dell'art. 316 ter il risparmio di spesa conseguito mediante

indebito conguaglio.

Secondo la Suprema Corte, la rimeditazione del principio di diritto enunciato dalle SS.UU. nel 2010 sarebbe imposta dalla necessità di assicurare un più stringente rispetto del divieto di analogia *in malam partem*, che come ribadito in una recente pronuncia della Consulta (sent. n. 98/2021) però non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, rappresentando un limite invalicabile all'attività ermeneutica del giudicante.

È prima di tutto la lettera della legge pur nella sua massima estensibilità interpretativa che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore.

Orbene, nel caso in esame, la scelta di includere l'esenzione dal pagamento di una somma dovuta nelle indebite erogazioni ex art. 316 ter non troverebbe un valido appiglio normativo.

Un insuperabile ostacolo all'opzione equiparatrice sarebbe, per l'appunto, rappresentato dal significato letterale e linguistico del termine erogazione, che consiste in un'attività positiva da parte dell'ente, implicante un rilascio di risorse pubbliche e la loro relativa percezione da parte dell'istante. Di converso, l'esenzione non comporta alcun diretto esborso di denaro, ma si risolve in un mancato versamento del *quantum* spettante alla P.A. e nel conseguente ottenimento di un indebito risparmio di spesa da parte del privato. La Corte richiama, in primo luogo, il delitto di cui all'art. 10 quater D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, che sanziona chiunque, nell'adempimento dei propri oneri contributivi, non versi le somme dovute, utilizzando in compensazione crediti non spettanti o inesistenti, per un importo annuo superiore a cinquantamila euro.

Stando all'impostazione richiamata dall'ordinanza *de qua*, tale figura delittuosa si porrebbe in rapporto di specialità rispetto all'art. 316 ter c.p. e sarebbe applicabile anche in caso di omesso versamento di contributi di tipo assistenziale o previdenziale. La *ratio* della disposizione in esame sarebbe, infatti, quella di punire tutti quei comportamenti che si concretizzano in realtà nell'omesso versamento del dovuto e nel conseguimento di un indebito risparmio mediante il ricorso al meccanismo della compensazione tributaria, indipendentemente dalla tipologia di imposta considerata.

Una simile lettura, maggioritaria in giurisprudenza, non convince del tutto, poiché si risolve in un'eccessiva dilatazione del perimetro di tipicità dell'art 10 quater che, in forza della sua collocazione sistematica all'interno di un testo normativo concernente i soli delitti in materia di imposte di redditi e di IVA, dovrebbe trovare applicazione solo con riguardo a tali tipologie di tributi, al cospetto, cioè, di indebite compensazioni di natura propriamente fiscale.

Qualora invece ritenessero di dare continuità all'impostazione seguita nel 2011 dalla sentenza *Pizzuto*, le Sezioni Unite sarebbero chiamate a risolvere il secondo quesito presentato dall'ordinanza in esame, riguardante l'identificazione del momento consumativo del reato di cui all'art. 316 ter c.p. Se è pacifico che il reato si consuma nel tempo e nel luogo in cui il richiedente consegue il beneficio indebito e non al momento dell'assunzione dell'obbligo di erogare da parte del soggetto passivo i problemi sorgono nei casi, tutt'altro che infrequenti, di erogazioni periodiche. In proposito, l'ordinanza in esame denuncia l'esistenza di un latente contrasto in seno alla giurisprudenza di merito e di legittimità, da cui derivano incertezze nell'individuazione del termine di decorso della prescrizione, nonché nella valutazione del superamento o meno della soglia di punibilità di 3999,96 euro, al di sotto della quale potrebbe unicamente ipotizzarsi l'integrazione dell'illecito amministrativo previsto da al capoverso dell'art. 316 ter c.p.

Stando a un primo indirizzo, laddove l'indebita percezione venisse conseguita in più ratei, saremmo al cospetto di un unico reato a consumazione prolungata o ad evento frazionatone conseguirebbe che il

superamento del valore soglia andrebbe valutato alla luce della sommatoria di tutti gli importi annui indebitamente compensati. In altri termini, le plurime esposizioni di dati falsi da parte dell'agente costituirebbero momenti esecutivi di un reato unitario, caratterizzato da un approfondimento dell'offesa all'interesse protetto dall'art. 316 ter.

Un secondo opposto orientamento ritiene che l'illecito vada scisso in una pluralità di percezioni indebite, in numero pari ai versamenti indebitamente ridotti in seguito alla compilazione dei singoli moduli DM10. Il superamento del valore soglia – che integra un elemento costitutivo del reato e non una condizione obiettiva di punibilità andrebbe verificata in relazione al risultato economico derivante da ciascuna delle condotte decettive produttive di una "*erogazione non dovuta*" e, dunque, mese per mese.

È infatti pacifico che, in caso di finanziamento erogato in più ratei, il reato di cui all'art. 316 ter al pari della truffa aggravata ex art. 640 bis si consumi al momento dell'ultima ricezione, con tutto ciò che ne consegue con riguardo al decorso della prescrizione ed al computo della somma indebitamente percepita. Affinché possa dirsi integrato un illecito a consumazione prolungata, occorre però che il conseguimento dei singoli benefici scaturisca da un unico ed originario comportamento fraudolento.

I precedenti evocati dall'ordinanza in esame riguardano proprio ipotesi nelle quali le plurime erogazioni conseguono da un solo fatto genetico: in quei casi era stata la mancata comunicazione del decesso del titolare di una pensione, a consentire ai parenti del defunto di continuare a riscuotere i singoli ratei. Senonchè le Sezioni Unite il 26 marzo 2025 intervengono per definire la questione sollevata. Orbene, dalla formula legislativa risulta che la condotta incriminata consiste in entrambe le sue forme di realizzazione, attiva od omissiva, nell'indebito conseguimento di un beneficio economico oggetto di un procedimento amministrativo di concessione o erogazione, ponendosi nella fase iniziale del complessivo assetto del rapporto instaurato fra il privato e la pubblica amministrazione laddove invece il 316 bis c.p. attiene alla fase esecutiva. Con la sola connotazione della vantaggiosità vi rientra qualsiasi ausilio economico.

Dunque, nell'enunciato normativo la condotta posta in relazione ad un oggetto materiale non delimitativo in via esclusiva ma definito con il ricorso ad una clausola aperta che consente di ritenere inclusa nel precetto anche la percezione dei benefici economici legati alla riduzione di un onore previdenziale o assistenziale per colui che indebitamente li abbia conseguiti secondo le diverse possibili modalità di realizzazione della condotta previste.

Nell'indebito conseguimento di un'agevolazione economica, in qualsiasi modo attribuita dallo stato, da un ente pubblico o dall'Unione Europea va ricercato il nucleo identificativo della tipicità della fattispecie di reato in esame. Non oltrepassa il confine del testo l'affermazione secondo cui contributi, sovvenzioni e finanziamenti sono anche quelli indirettamente conseguiti quando lo Stato o l'ente pubblico non riesca ad ottenere dal privato il complessivo importo di quanto da lui effettivamente dovuto a seguito del beneficio riconosciutogli dalla legge.

Al fine di prevenire ad una nozione onnicomprensiva dell'oggetto della condotta di indebito conseguimento, il Legislatore ha costruito la fattispecie in esame attraverso forme non di una elencazione sostitutiva bensì di una esemplifcazione esplicativa di un *genus* di ipotesi già sufficientemente definito attraverso l'aiuto chiarificatore della casistica omogenea. Tale procedimento misto, viene ritenuto dalla dottrina, frutto di una tecnica di redazione di norme penali rispettosa dei principi costituzionali perché mira ad evitare al contempo sia un'elencazione troppo dettagliata che una locuzione eccessivamente generica.

Con l'espressione altre erogazioni si è inteso ricorrere ad una generale formula di chiusura n modo da ricomprendere nell'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice ogni possibile forma di attribuzione comunque agevolata per il beneficio di risorse pubbliche o eurounitarie, includendovi anche

quelle indirettamente conseguite che prescindono da un esborso iniziale di denaro. La condotta penalmente rilevante si realizza non attraverso l'indebita locupletatio di un rimborso di spesa, ma con l'indebito conseguimento del diritto ad un beneficio contributivo la cui fruizione non è consentita dalla legge.

Per di più, nella prospettiva del diritto eurounitario il requisito del "*trasferimento di risorse statali*" è ritenuto sussistente ogni qualvolta l'aiuto abbia un impatto sul bilancio dello stato, vale a dire in ogni ipotesi in cui lo stato direttamente conceda proprie risorse oppure indirettamente rinunci a riscuotere ciò che gli è dovuto. Non è necessario che avvenga un trasferimento positivo di fondi, ma è sufficiente anche una rinuncia alle entrate statali. Sotto tale profilo, la Corte di Giustizia ha precisato che la nozione di "*aiuto*" comprende non solo le prestazioni positive, come le sovvenzioni ma anche le misure che sotto varie forme alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio d'impresa e che pertanto senza essere sovvenzioni in senso stretto presentano natura analoga e producono il medesimo effetto (cfr. Corte Giustizia, 14 settembre 2023, Commission c. Dansk Erhverv).

Da una valutazione complessiva del significato delle formule lessicali ivi impiegate emerge che il nucleo della tipicità della fattispecie descritta nell'articolo 316 ter c.p. poggia sull'indebita acquisizione di benefici economici di qualsiasi tipo, siano essi provenienti dallo Stato, o da altri enti pubblici ovvero dall'Unione Europea, diretti o indiretti, per effetto di un comportamento attivo od omissivo casualmente correlato all'attivazione di una procedura amministrativa di concessione-erogazione di provvidenze di fonte pubblica. La generale esigenza di tassatività si dispiega in relazione a tutti i provvedimenti attributivi di vantaggi economici risultando artificiosa oltre che irragionevole nella prospettiva della spesa pubblica, una distinzione tra quella realizzata attraverso dazioni in favore del privato, siano esse soggette o meno a restituzione e quella praticata attraverso la previsione di ausili finanziari e attribuzioni di agevolazioni economiche di qualunque genere.

Nella disposizione prevista dall'articolo 316 ter alla condotta di indebita percezione posta in essere attraverso l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero tacendo informazioni dovute sulla sussistenza di una condizione ostativa, è casualmente riconducibile l'attribuzione di una forma di agevolazione economica con il conseguente perfezionamento del reato senza che assumano rilievo a tal fine le forme e le modalità di ottenimento del vantaggio economico legato alla previsione legale della decontribuzione o di altro tipo di agevolazione.

Le Sezioni Unite ritengono che debba darsi continuità attesa la sua persistente validità sia in ragione della interpretazione logico sistematica dell'enunciato legale sia della sua piena conformità al significato letterale della norma comunitaria che il Legislatore ha recepito con legge di ratifica n. 300. Dunque, al primo quesito la risposta è stata che integra il reato ex art. 316 ter c.p. l'indebito conseguimento del diritto alle agevolazioni previdenziali e alle riduzioni dei contributi dovuti per i lavoratori in mobilità per effetto della omessa comunicazione, senza che assumano rilievo le modalità del vantaggio economico ottenuto.

Sul secondo quesito, aderendo alla teoria del reato unico a consumazione prolungata ove plurime erogazioni pubbliche siano conseguenza di un originario ed unico comportamento mendace o omissivo, ha accolto tale tesi anche per il reato ex art. 316 ter c.p. stabilendo che il reato è unitario e a consumazione prolungata quando i relativi benefici economici siano concessi o erogati in ratei periodici e in tempi diversi, con la conseguenza che la consumazione cessa con la percezione dell'ultimo contributo.

*** This work is peer-reviewed ***
Copyright © Author(s)
Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: ark:/56778/7731

AEQUITAS MAGAZINE
www.aequitasmagazine.it
Rivista mensile open access peer-reviewed
Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803
Codice CINECA E277033

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto

"Jus est ars boni et aequi "

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Le Sezioni Unite sulla competenza territoriale nelle controversie da anomalie del trasporto aereo

di **Paola Calvano** © 07-05-2025

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la recente sentenza n. 8802/2025, depositata in data 3 aprile 2025, hanno pronunciato il seguente principio di diritto sulla domanda avente ad oggetto il criterio di determinazione della giurisdizione in caso di richiesta di indennizzo ai sensi del Regolamento CE n. 261/2004[1] da parte di un passeggero che abbia subito il ritardo o la cancellazione del volo aereo:

"*Il passeggero… deve applicare il regolamento n. 1215/2012*[2] *sulla competenza giurisdizionale, l'esecuzione e il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I bis). Pertanto, potrà rivolgersi al giudice del domicilio del convenuto*[3] *o, in forza dei fori alternativi, al Tribunale dello Stato del luogo di partenza o di arrivo dell'aereo, come indicato nel biglietto di trasporto*".

La questione[4] era stata rimessa alla cognizione delle Sezioni Unite sul presupposto che "*le questioni di*

giurisdizione possono essere decise dalla sezione semplice solo se su quelle questioni c'è stata una decisione regolatrice delle Sezioni Unite, laddove la decisione regolatrice dalla ricorrente invocata (Cass. Sez. Un. n. 3561/2020) è riferita al rapporto che si instaura tra la normativa europea e la Convenzione di Montreal quanto alla disciplina del trasporto internazionale di persone, mentre nella specie la questione posta attiene alla diversa ipotesi se la detta disciplina trovi applicazione anche in caso di trasporto aereo che avviene all'interno di una nazione, dunque non internazionale, su tale questione non risultando che le Sezioni Unite si siano pronunziate in tema di giurisdizione".

Invero con il menzionato provvedimento della Cassazione del 2020, le Sezioni Unite si erano pronunciate su una domanda giudiziaria sovrapponibile a quella in esame, perché anche lì gli attori avevano chiesto l'indennizzo e non il risarcimento del danno, ma il volo *de quo* era internazionale e non nazionale.

Invece, nel caso oggetto della questione in commento nel presente contributo, si tratta di un volo nazionale fornito da vettore sedente in diverso Stato UE.

La vicenda giudiziaria ha inizio nel 2016 quando, in seguito al ritardo aereo del volo Ryanair Alghero/Treviso del 22 dicembre 2015, conclusosi con l'atterraggio a Venezia piuttosto che nella destinazione originaria, i due ricorrenti si rivolgono al Giudice di Pace di Sassari - competente per territorio in virtù della residenza attorea - per chiedere e ottenere l'importo di Euro 500,00 quale compensazione pecuniaria forfettizzata ex artt. 5-7[5] Regolamento CE n. 261/2004, ai quali si vanno a sommare le spese di trasferimento dall'aeroporto di Venezia Marco Polo a Treviso.

Il giudice di prime cure grado accoglieva la domanda. Il Tribunale, in sede di appello, dichiarava tuttavia il difetto di giurisdizione del giudice italiano, inquadrando la fattispecie nell'alveo del Regolamento CE n. 261/2004 con conseguenziale applicazione della disciplina comunitaria in merito alla giurisdizione, e nel contempo ritenendo vincolante la clausola attributiva della giurisdizione inserita nelle condizioni contrattuali del vettore, in favore del foro estero (tribunale irlandese).

Gli attori si vedevano costretti a esperire ricorso per Cassazione ponendo le seguenti questioni:

a) L'invalidità della clausola di proroga per contrasto con l'art. 49 della Convenzione di Montreal, che vieta deroghe alla giurisdizione prima del verificarsi del danno.

b) L'errore del giudice di merito nel ritenere la questione di giurisdizione risolta alla luce del solo Regolamento UE n. 1215/2012, ignorando la rilevanza della Convenzione.

Orbene, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha chiarito che la *causa petendi* risiede esclusivamente nel Regolamento CE n. 261/2004, essendo il *petitum* la richiesta di compensazione pecuniaria standardizzata per il ritardo del volo e non anche su un'istanza di risarcimento di ulteriori danni, disciplinata dalla Convenzione di Montreal che dunque non risulta essere applicabile né direttamente né in via integrativa per stabilire la giurisdizione.

Tra l'altro la prefata Convenzione si applica unicamente ai trasporti aerei internazionali, ai sensi dell'art. 1 della stessa. Nel caso di specie, come detto, vertendosi su di un caso di volo interamente nazionale (Alghero-Treviso), privo di scali in Stati terzi, la disciplina convenzionale non poteva essere invocata per stabilire la giurisdizione.

Il Regolamento[6] citato ha per oggetto i diritti minimi dei passeggeri in caso di imbarco negato ai non consenzienti, di cancellazione del volo o suo ritardo.

Detto Regolamento era stato introdotto - si legge nei Considerando - per garantire parità di condizioni a tutti i passeggeri, in ragione del fatto che il negato imbarco, la cancellazione del volo o i ritardi prolungati

continuavano a verificarsi e a procurare gravi disagi e fastidi ai passeggeri nonostante l'esistenza del Regolamento CEE n. 295/1991 del Consiglio.

Si ricordi che il Regolamento CE n. 261/2004[7] nulla dice in tema di competenza giurisdizionale e prevede un indennizzo[8] e quindi un importo fisso lasciando impregiudicati i diritti dei passeggeri al "*risarcimento danni supplementare*" con l'unico obbligo di sottrarre, ove riconosciuto il risarcimento, quanto eventualmente già erogato ad altro titolo, vale a dire di indennizzo.

Il risarcimento danni invece è disciplinato dalla Convenzione di Montreal[9] del 28 maggio 1999, ratificata in Italia con la legge n.12/2004 e riconosce la responsabilità del vettore in caso di ritardo aereo[10] a meno che questi non dimostri di avere adottato tutte le misure che potevano essere ragionevolmente richieste per evitare il danno oppure l'impossibilità nell'adottarle.

All'art 33 detta Convenzione stabilisce che la competenza giurisdizionale è su scelta dell'attore "*nel territorio di uno degli Stati parti o davanti al tribunale del domicilio del vettore o della sede principale della sua attività o del luogo in cui esso possiede un'impresa che ha provveduto a stipulare il contratto, o davanti al tribunale del luogo di destinazione*".[11]

Trattasi di criterio confermato nell'art. 46[12] della stessa Convenzione, nel caso di azione di risarcimento contro il vettore di fatto, ossia se il trasporto è eseguito da un soggetto diverso da quello risultante dal contratto. Ciò con la precisazione che qualsiasi clausola inserita nel contratto di trasporto volta a limitare o escludere o modificare le clausole della Convenzione, è da considerarsi nulla.[13]

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza in analisi, hanno precisato sin dall'esposizione del fatto, i criteri che hanno guidato la propria decisione: la domanda proposta fa "*inequivoco riferimento (per il suo tenore testuale, per la normativa richiamata a suo fondamento, per il criterio di quantificazione del dovuto) al Regolamento n. 261/04*", con conseguente applicazione della disciplina comunitaria anche in ordine alla giurisdizione, ed esclusione quindi della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999.

Risultando così condivisibile per la Cassazione la decisione del Tribunale di Sassari secondo la quale è la domanda proposta dagli attori a determinare l'applicazione di una giurisdizione piuttosto di un'altra e, nel caso di specie avendo chiesto l'indennizzo piuttosto che il risarcimento dei danni, non poteva trovare applicazione la citata Convenzione di Montreal.

Risulta confermato più inannzi nei motivi che "*la domanda attorea è specificamente rivolta al riconoscimento unicamente dei diritti di compensazione pecuniaria di cui al Reg. CE n. 261/2004, essendo invece esclusa la richiesta di ristoro del danno avanzata ai sensi della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, il che impone di dover quindi limitare l'esame delle questioni unicamente al profilo concernente la possibilità di attribuire a quanto previsto nella detta Convenzione una portata correttiva ed integrativa rispetto alle diverse previsioni di cui al Reg. n. 1215/2012, nel caso in cui la domanda sia stata comunque avanzata ai sensi del Reg. n. 261/2004*".

Del Regolamento UE. n. 1215/2012 vengono in rilievo i seguenti profili.

L'art. 71 comma 1 detta che "*Il presente regolamento lascia impregiudicate le convenzioni, di cui gli Stati membri siano parti contraenti, che disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie particolari*".

L'art. 17, paragrafo 3 esclude, per i contratti di mero trasporto aereo, l'applicabilità di quella sezione del medesimo Regolamento che stabilisce i fori speciali per il consumatore: tale sezione "*non si applica ai contratti di trasporto che non prevedono prestazioni combinate di trasporto e di alloggio per un prezzo globale» (sentenza CGUE 11 aprile 2019, Ryanair, C-464/18, EU:C:2019:311, punto 28)*". Dette clausole

non sono nulle proprio perché non trova applicazione la Convenzione di Montreal.

L'art. 25 consente alle parti di attribuire in via esclusiva la giurisdizione al giudice di uno Stato secondo criteri preindividuati, purché questo venga fatto per iscritto, con la precisazione che questo significa, nell'ambito del commercio *on line*, qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole dell'accordo attributivo della competenza.[14]

Nel caso di specie, la clausola attributiva della giurisdizione, contenuta nelle condizioni generali accettate al momento della prenotazione online, è reputata valida dalla Suprema Corte che richiama la costante giurisprudenza della CGUE secondo cui è sufficiente, come detto, che la clausola sia accessibile e redatta per iscritto o forma equivalente (sentenza CGUE, C-213/18 e C-94/14). La modalità telematica *"point and click"*, permettendo di visualizzare le condizioni generali tramite precipuo accesso a un *link dedicato*, ottempera al requisito formale dettato dal citato art. 25.

Confermando quanto già detto dalle decisioni a Sezioni Unite n. 21622/2017 e n. 13594/2022, circa la validità di clausole di deroga dei criteri ordinari di ripartizione delle controversie, purché pattuite per iscritto, dove, in un contratto *on line,* come quello di acquisto di un biglietto aereo, la forma scritta è ben soddisfatta dall'avere apposto un *check* di accettazione che rimanda a sua volta alle condizioni generali di contratto sempre disponibili per la lettura, salvataggio e stampa, mediante accesso a un sito Internet.

Sul punto aveva già deciso in tale senso la pronuncia della Corte di Giustizia Europea C322/14 del 21 maggio 2015 nella questione "*Car on the web*" e richiamata dalla Cassazione nel provvedimento n. 21622/2017 in seguito al regolamento di giurisdizione promosso dalla Società di diritto tedesco "Soclamatic Labs Gmbh" citata dalla "6sicuro S.p.A." dinanzi al Tribunale di Milano nel febbraio del 2016 per chiedere e ottenere il risarcimento danni per inadempimento contrattuale di un contrato stipulato mediante scambio di posta elettronica.

La clausola[15] che rimanda alle condizioni generali dove peraltro è prevista la giurisdizione straniera non può, secondo la Cassazione[16], essere qualificata "*clausola di stile*" e "*l'accettazione delle condizioni generali nell'ordine d'acquisto è parte integrante del contratto*".

In definitiva trova applicazione, nel caso di richiesta di indennizzo, il Regolamento UE n. 1215/2012 che consente alle parti di sottoscrivere clausole di deroga della giurisdizione del consumatore. Ciò avevano fatto i ricorrenti, acquistando i biglietti aerei *on line.*

Ma occorre sollevare una criticità.

Come noto a coloro che abbiano acquistato almeno una volta un biglietto aereo *on line*, sul sito di Ryanair, l'accettazione delle condizioni generali di contratto, laddove è contenuta la clausola che fissa la giurisdizione del tribunale irlandese, è obbligatoria per terminare la transazione: dunque*,* nella prefata transazione *web,* il consumatore non può scegliere di non aderirvi, può unicamente selezionare l'acquisto a quelle condizioni o non acquistare affatto, con conseguente forte limitazione della propria libertà in generale e del diritto di mobilità in particolare.

Si tratta evidentemente di condizioni standard, destinate cioè a non essere negoziate, ma solo sottoscritte senza possibilità per il contraente più debole (il passeggero) di apportare modifiche. Sul punto, tuttavia, la Suprema Corte espressamente ritiene non applicabile la disciplina consumeristica, in base alla circostanza che la prenotazione del solo volo (senza prestazioni accessorie) non soddisfa i presupposti per l'operatività delle regole a tutela del contraente debole, secondo il disposto di cui agli artt. 17 e 19 Regolamento UE. n. 1215/2012.

[1]Regolamento CE n. 261/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 ha istituito regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato abrogando il Regolamento CEE n. 295/91 che stabiliva norme comuni relative ad un sistema di compensazione per negato imbarco nei trasporti aerei di linea.

[2]È Il Regolamento UE n. 1215/2012, anche noto come *Bruxelles 1 bis,* sostitutivo del Regolamento CE n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. L'art. 7 nella Sezione 2 disciplina le ipotesi di "*Competenze speciali*" ossia i casi in cui "*Una persona domiciliata in uno Stato membro può essere con venuta in un altro Stato membro*".

[3]Nel caso specifico Dublino ove ha sede legale la compagnia aerea Ryanair Ltd.

[4]L'attuale formulazione dell'art. 374 si deve all'art. 8 del D.lgs. n. 40/2006, con il quale il legislatore ha disciplinato il vincolo delle Sezioni Semplici al precedente delle Sezioni Unite ma esse non hanno l'obbligo di conformarsi al precedente delle Sezioni Unite e possono in sostanza esprimere il loro dissenso in un'ordinanza.

[5]"*Articolo 7 - Diritto a compensazione pecuniaria*

1. Quando è fatto riferimento al presente articolo, i passeggeri interessati ricevono una compensazione pecuniaria pari a:

a) 250 EUR per tutte le tratte aeree inferiori o pari a 1500 chilometri;

b) 400 EUR per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 chilometri e per tutte le altre tratte comprese tra 1500 e 3500 chilometri;

c) 600 EUR per le tratte aeree che non rientrano nelle lettere a) o b).

Nel determinare la distanza si utilizza come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo.

Se ai passeggeri è offerto di raggiungere la loro destinazione finale imbarcandosi su un volo alternativo a norma dell'articolo 8, il cui orario di arrivo non supera:

a) di due ore, per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1500 km;

b) di tre ore, per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 km e per tutte le altre tratte aeree comprese fra 1500 e 3500 km;

c) di quattro ore, per tutte le tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lettere a) o b), l'orario di arrivo previsto del volo originariamente prenotato, il vettore aereo operativo può ridurre del 50 % la compensazione pecuniaria di cui al paragrafo 1.

La compensazione pecuniaria di cui al paragrafo 1 è pagata in contanti, mediante trasferimento bancario elettronico, con versamenti o assegni bancari, o, previo accordo firmato dal passeggero, con buoni di viaggio e/o altri servizi.

Le distanze di cui ai paragrafi 1 e 2 sono misurate secondo il metodo della rotta ortodromica".

[6](1) L'intervento della Comunità nel settore del trasporto aereo dovrebbe mirare, tra le altre cose, a garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri. Andrebbero inoltre tenute in debita considerazione le esigenze in materia di protezione dei consumatori in generale.

(2) Il negato imbarco, la cancellazione del volo o i ritardi prolungati sono causa di gravi disagi e fastidi per i passeggeri.

(3) Malgrado il regolamento (CEE) n. 295/91 del Consiglio, del 4 febbraio 1991, che stabilisce norme comuni relative ad un sistema di compensazione per negato imbarco nei trasporti aerei di linea, abbia istituito un regime di base per la protezione dei passeggeri, il numero di persone non consenzienti a cui viene negato l'imbarco continua ad essere eccessivamente elevato, come pure il numero di persone il cui volo viene cancellato senza preavviso o subisce ritardi prolungati.

(4) La Comunità dovrebbe pertanto migliorare le norme di protezione stabilite da detto regolamento, sia per rafforzare i diritti dei passeggeri sia per provvedere affinché, nell'ambito di un mercato liberalizzato, i vettori aerei operino secondo condizioni armonizzate.

(5) Poiché la distinzione tra servizi aerei di linea e non di linea tende ad attenuarsi, siffatta protezione dovrebbe valere non solo per i passeggeri dei voli di linea ma anche per quelli dei voli non di linea, compresi quelli dei circuiti "tutto compreso".

(6) La protezione accordata ai passeggeri in partenza da un aeroporto situato in uno Stato membro dovrebbe essere estesa ai passeggeri in partenza da un aeroporto situato in un paese terzo verso un aeroporto situato in uno Stato membro, se il volo è operato da un vettore comunitario.

(7) Per garantire l'effettiva applicazione del presente regolamento, gli obblighi da esso derivanti dovrebbero incombere al vettore aereo che opera o intenda operare un volo con un aeromobile di proprietà, preso a noleggio con o senza equipaggio o in qualsiasi altra forma.

(8) Il presente regolamento non dovrebbe limitare il diritto del vettore aereo operativo di chiedere un risarcimento a chiunque, inclusi i terzi, conformemente al diritto applicabile.

(9) Il numero di passeggeri non consenzienti a cui viene negato l'imbarco dovrebbe essere ridotto obbligando i vettori aerei a fare appello a persone che rinuncino volontariamente alla prenotazione, in cambio di determinati benefici, invece di negare l'imbarco ai passeggeri, e accordando una piena compensazione pecuniaria ai passeggeri a cui viene in conclusione negato l'imbarco.

(10) I passeggeri non consenzienti a cui viene negato l'imbarco dovrebbero avere la possibilità di annullare il volo, usufruendo del rimborso del prezzo del biglietto, o di proseguirlo in condizioni soddisfacenti e dovrebbero beneficiare di un'adeguata assistenza durante il periodo di attesa di un volo successivo.

(11) Occorrerebbe che anche i passeggeri che dietro richiesta rinunciano volontariamente alla prenotazione avessero la possibilità di annullare il volo, usufruendo del rimborso del prezzo del biglietto, o di proseguirlo in condizioni soddisfacenti, in quanto sono confrontati a difficoltà analoghe a quelle dei passeggeri non consenzienti a cui viene negato l'imbarco.

(12) Sarebbe anche opportuno limitare i disagi e i fastidi causati dalla cancellazione di un volo. Per conseguire tale obiettivo si dovrebbe esigere che i vettori aerei informino della cancellazione del volo i passeggeri interessati prima dell'ora prevista per la partenza e offrano altresì loro di proseguire il viaggio con un volo alternativo ragionevole, affinché essi possano decidere diversamente. Se non ottemperano a questo obbligo i vettori aerei dovrebbero offrire una compensazione pecuniaria ai passeggeri, salvo qualora la cancellazione sia dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso.

(13) I passeggeri il cui volo è cancellato dovrebbero poter ottenere il rimborso del prezzo del biglietto o avere la possibilità di proseguire il viaggio con un volo alternativo in condizioni soddisfacenti, e dovrebbero beneficiare di un'adeguata assistenza durante il periodo di attesa di un volo successivo.

(14) Come previsto ai sensi della convenzione di Montreal, gli obblighi che incombono ai vettori aerei operativi dovrebbero essere limitati o dovrebbero non applicarsi nei casi in cui un evento è dovuto a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso. Siffatte circostanze possono, in particolare, ricorrere in caso di instabilità politica, condizioni meteorologiche incompatibili con l'effettuazione del volo in questione, rischi per la sicurezza, improvvise carenze del volo sotto il profilo della sicurezza e scioperi che si ripercuotono sull'attività di un vettore aereo operativo.

(15) Dovrebbe essere considerata una circostanza eccezionale il caso in cui l'impatto di una decisione di gestione del traffico aereo in relazione ad un particolare aeromobile in un particolare giorno provochi un lungo ritardo, un ritardo che comporti un pernottamento o la cancellazione di uno o più voli per detto aeromobile, anche se tutte le ragionevoli misure sono state adottate dal vettore aereo interessato per evitare ritardi o cancellazioni.

(16) In caso di cancellazione di un viaggio con circuito tutto compreso per motivi diversi dalla cancellazione del volo il presente regolamento non dovrebbe applicarsi.

(17) I passeggeri il cui volo subisce un ritardo di durata definita dovrebbero beneficiare di un'adeguata assistenza e dovrebbero avere la possibilità di annullare il volo usufruendo del rimborso del prezzo del biglietto o di proseguirlo in condizioni soddisfacenti.

(18) L'assistenza ai passeggeri in attesa di una soluzione alternativa o di un volo ritardato dovrebbe essere limitata o rifiutata se la prestazione dell'assistenza causa un ulteriore ritardo.

(19) I vettori aerei operativi dovrebbero tener conto delle speciali esigenze delle persone con mobilità ridotta e dei loro accompagnatori.

(20) Affinché i passeggeri possano efficacemente esercitare i propri diritti essi dovrebbero essere pienamente informati in merito ai loro diritti in caso di negato imbarco, cancellazione del volo o ritardo prolungato.

(21) Gli Stati membri dovrebbero stabilire le sanzioni applicabili in caso di violazione del presente regolamento ed assicurare che esse siano effettivamente applicate. Tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

(22) Gli Stati membri dovrebbero assicurare e controllare che i loro vettori aerei rispettino il presente regolamento nonché designare un organismo appropriato per l'espletamento di tali compiti. Il controllo non dovrebbe pregiudicare il diritto per i passeggeri e i vettori aerei di chiedere un legittimo risarcimento nelle competenti sedi giurisdizionali secondo le procedure del diritto nazionale.

(23) La Commissione dovrebbe analizzare l'applicazione del presente regolamento e valutare in

particolare l'opportunità di estenderne l'ambito d'applicazione a tutti i passeggeri aventi un contratto con un operatore turistico o un vettore comunitario in partenza da un aeroporto di un paese terzo verso un aeroporto di uno Stato membro.

(24) Il 2 dicembre 1987, a Londra, il Regno di Spagna e il Regno Unito hanno convenuto, con una dichiarazione comune dei ministri degli Affari esteri dei due paesi, accordi intesi a rafforzare la cooperazione sull'utilizzo dell'aeroporto di Gibilterra. Tali accordi devono ancora iniziare ad esercitare i loro effetti.

(25) Il Regolamento CEE n. 295/1991 dovrebbe di conseguenza essere abrogato.

[7]"*Articolo 12 - Risarcimenti supplementari*

1. Il presente regolamento lascia impregiudicati i diritti del passeggero ad un risarcimento supplementare. Il risarcimento concesso ai sensi del presente regolamento può essere detratto da detto risarcimento.

2. Fatti salvi principi e norme pertinenti del diritto nazionale, inclusa la giurisprudenza, il paragrafo 1 non si applica ai passeggeri che hanno rinunciato volontariamente ad una prenotazione ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1".

[8]Diversi sono i requisiti e le finalità tra risarcimento e indennizzo.

Mentre il primo richiede: il fatto illecito - elemento oggettivo - ossia un comportamento attivo o passivo che violi una norma giuridica; il danno patrimoniale o non patrimoniale, che deve essere provato da chi avanza la pretesa; il nesso di causalità vale a dire un collegamento diretto tra fatto illecito e il danno subito e il dolo o la colpa - elemento soggettivo - che va a qualificare il comportamento dell'autore del danno.

Il secondo invece richiede: un obbligo contrattuale o legale e un evento che determini un pregiudizio o un danno, quindi non è necessario un comportamento illecito - elemento oggettivo - né il dolo o la colpa - elemento soggettivo.

Il risarcimento del danno, inoltre, si prefigge come obiettivo di ripristinare la situazione patrimoniale e non patrimoniale alla situazione anteriore a quella del verificarsi del danno, ristorandolo completamente.

L'indennizzo, invece, è a importo fisso perché da una parte non deve accertare l'illecito e dall'altra neanche l'entità del danno o pregiudizio subito da chi ne fa richiesta, perché il pregiudizio è *in re ipsa* in seguito alla violazione della norma giuridica.

[9]Convenzione di Montreal 1999 è la Convenzione per l'unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale, firmata a Montreal il 28 maggio 1999.

[10]"*Articolo 19 - Ritardo*

Il vettore è responsabile del danno derivante da ritardo nel trasporto aereo di passeggeri, bagagli o merci. Tuttavia il vettore non è responsabile per i danni da ritardo se dimostri che egli stesso e i propri dipendenti e preposti hanno adottato tutte le misure che potevano essere ragionevolmente richieste per evitare il danno oppure che era loro impossibile adottarle".

[11]"*Articolo 33 - Competenza giurisdizionale*

1. L'azione per il risarcimento del danno è promossa, a scelta dell'attore, nel territorio di uno degli Stati parti, o davanti al tribunale del domicilio del vettore o della sede principale della sua attività o del luogo in

cui esso possiede un'impresa che ha provveduto a stipulare il contratto, o davanti al tribunale del luogo di destinazione.

2. In caso di danno derivante dalla morte o dalla lesione del passeggero, l'azione di risarcimento può essere promossa dinanzi ad uno dei tribunali di cui al paragrafo 1 oppure nel territorio dello Stato parte nel quale al momento dell'incidente il passeggero ha la sua residenza principale e permanente e dal quale e verso il quale il vettore svolge il servizio di trasporto aereo di passeggeri, sia con propri aeromobili che con aeromobili di proprietà di un altro vettore in virtù di un accordo commerciale, e nel quale il vettore esercita la propria attività di trasporto aereo di passeggeri in edifici locati o di proprietà dello stesso vettore o di un altro vettore con il quale egli ha un accordo commerciale.

3. Ai fini del paragrafo 2:
a) "accordo commerciale" indica un accordo, diverso dall'accordo di agenzia, concluso tra vettori e relativo alla fornitura di servizi comuni per il trasporto aereo di passeggeri;
b) "residenza principale e permanente" indica il luogo in cui, al momento dell'incidente, il passeggero ha fissa e permanente dimora. La nazionalità del passeggero non costituisce l'elemento determinante a tale scopo.

4. Si applicano le norme procedurali del tribunale adito".

[12]"*Articolo 46 - Giurisdizione addizionale*

L'azione per il risarcimento per danni di cui all'articolo 45 è promossa, a scelta dell'attore, nel territorio di uno degli Stati parti, o davanti ad uno dei tribunali presso i quali può essere promossa l'azione contro il vettore contrattuale ai sensi dell'articolo 33 o davanti al tribunale competente del luogo in cui il vettore di fatto ha la sua residenza o la sede principale della sua attività".

[13] "*Articolo 26 - Nullità di clausole contrattuali*

E' nulla ogni clausola contrattuale intesa ad escludere la responsabilità del vettore o a fissare un limite inferiore a quello previsto nella presente convenzione. La nullità di detta clausola non determina tuttavia la nullità dell'intero contratto, il quale rimane soggetto alle disposizioni della presente convenzione."

"Articolo 47 - Nullità di clausole contrattuali

E' nulla ogni clausola contrattuale intesa ad esonerare il vettore contrattuale o il vettore di fatto dalla responsabilità che gli deriva dal presente capitolo o a fissare un limite inferiore a quello previsto nello stesso capitolo. La nullità di detta clausola non determina tuttavia la nullità dell'intero contratto, il quale rimane soggetto alle disposizioni del presente capitolo".

[14] Secondo quanto affermato anche dalla Corte di Giustizia (nel procedimento C-322/14), richiamata da Cass. SS.UU., n. 21622 del 2017.

[15]È la cosiddetta clausola di proroga della giurisdizione disciplinata dall'art. 25 del Regolamento n. 1215/2012, secondo la quale le parti, concordemente, possono convenire la competenza di una specifica autorità giurisdizionale, purché tale pattuizione avvenga per iscritto, facendo alvo chiaramente la Convenzione di Montreal, se no la clausola è affetta da nullità.

[16] Cass., SS.UU., n. 21622 del 2017.

Copyright © Author(s)
Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
Persistent Identifier (PID) ARK: ark:/56778/7720

AEQUITAS MAGAZINE
www.aequitasmagazine.it
Rivista mensile open access peer-reviewed
Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803
Codice CINECA E277033

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto

"Jus est ars boni et aequi "

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

La testimonianza della vittima vulnerabile nel processo penale

di **Luisa Camboni** © 07-05-2025

ABSTRACT: Il presente lavoro si pone come obiettivo quello di delineare il ruolo e i diritti che il Legislatore ha riconosciuto alla "persona offesa dal reato" ed in particolare alla vittima vulnerabile nell'ambito del procedimento penale.

L'interrogativo al quale si intende rispondere è: persona offesa/vittima del reato: semplice spettatore o parte attiva del processo penale? Quale tutela?

Ciò ripercorrendo la fase delle indagini preliminari, focalizzando l'attenzione sulle indagini difensive, per poi puntare la luce del faro sui soggetti bisognosi di una particolare tutela: le cosiddette vittime vulnerabili.

Oggi il difensore dispone di una disciplina *ad hoc* delle indagini difensive, emanata in seguito

all'abrogazione dell'art. 38 disp. att. c.p.p., che ha cercato di mettere ordine nella materia.

Con la Legge, 7 dicembre 2000, n. 397 è stato introdotto il titolo VI-bis del Codice di Procedura Penale intitolato "Investigazioni difensive" con la finalità di attuare la parità investigativa tra il dominus delle indagini preliminari – pubblico ministero e il difensore.

Su tale parità, tanto auspicata, permangono delle lacune soprattutto sotto il profilo economico-organizzativo. Difatti, il pubblico ministero può imputare la spesa all'Erario, mentre il difensore deve fare i conti con il portafoglio del cliente. Sotto il profilo organizzativo - il pubblico ministero può ricorrere a nuclei investigativi specializzati, il difensore, invece, deve rivolgersi ad investigatori privati.

Ad ogni modo, il Legislatore ha inteso attuare i principi della parità e del contraddittorio tra le parti, secondo il brocardo "Audiatur et altera pars" (sia ascoltata anche la controparte), contenuti nell'art. 111 Cost. che sancisce il principio del "Giusto Processo".

Il lavoro, nel volgere l'attenzione sulla figura della persona offesa dal reato ed, in particolare, sulla vittima vulnerabile, sugli strumenti internazionali a tutela della stessa – strumenti che hanno consentito alla vittima del reato di prendere parte al gioco sul palcoscenico del processo, abbandonando la posizione di mero spettatore ed acquisendo quella di parte attiva.

L'indagine prosegue, poi, sul testimone vulnerabile, ovvero su quella tipologia di testimone non comune che, per ragioni status, necessita di peculiari esigenze di tutela.

Per tali soggetti vulnerabili (minori, infermi di mente, etc.), nel caso in cui siano chiamati a partecipare al procedimento penale in veste di persona informata sui fatti o di testimone, è previsto uno speciale sottoinsieme di regole processuali la cui ratio è quella di garantire la dignità e la personalità del dichiarante, ovvero evitare la cosiddetta vittimizzazione secondaria o ri-vittimizzazione della persona offesa dal reato.

Tale fenomeno, infatti, si concreta in conseguenze sfavorevoli per la persona offesa dal reato consistenti in un pathos di tipo psicologico e sociale non causato direttamente dal reato, ma dal contatto/ingresso della vittima con la macchina giudiziaria.

A conclusione, un cenno sul ruolo dell'Avvocato nella difesa delle vittime vulnerabili.

Sommario: 1. Il concetto di persona offesa – 2. La vittima e la vittima vulnerabile – 3. Strumenti giuridici internazionali di tutela: la Convenzione di Lanzarote e la Convenzione di Instabul – 4. Le indagini preliminari e le indagini difensive – 5. La testimonianza della "vittima vulnerabile" nella fase delle indagini preliminari e nell'incidente probatorio – 6. La vittimologia e la vittimizzazione secondaria – 7. Il ruolo dell'Avvocato nella difesa delle vittime vulnerabili – 8. Conclusioni.

1. Il concetto di persona offesa

Il Legislatore italiano non utilizza mai il termine di vittima, prediligendo l'uso di espressioni quali *persona offesa*, *soggetto passivo*, *offeso dal reato*.

Né il codice penale, né il codice di procedura penale offrono una definizione di persona offesa. Gran parte della dottrina, infatti, ritiene che, per dare una definizione di persona offesa, è necessario fare riferimento all'oggetto giuridico del reato, ossia a quel bene tutelato giuspenalmente.[1]

Secondo una definizione invalsa[2], è persona offesa dal reato il titolare del bene giuridico protetto dalla

disposizione incriminatrice che si assume violata.

Alla titolarità dell'interesse leso o messo in pericolo dal reato si ricollega, poi, il tessuto normativo partecipativo, informativo e protettivo predisposto dal codice di rito in favore della persona offesa dal reato.

Ne consegue che persona offesa dal reato è, dunque, colui che è titolare del bene giuridico leso dal reato, che nell'ambito del procedimento penale non è una parte, neanche eventuale, ma che lo diventa con la costituzione di parte civile ex art. 76 c.p.p..

È bene precisare che la persona fisica titolare del bene giuridico offeso dal reato può coincidere con chi da quel reato ha subito un danno sia esso patrimoniale o non patrimoniale, comunque risarcibile, ma può anche non coincidere.

Da qui la distinzione tra persona offesa dal reato e danneggiato, intendendo per danneggiato colui che vanta un danno dalla commissione del reato.

Si tratta di due soggetti che svolgono un ruolo differente nell'ambito del procedimento penale: nella fase delle indagini è presente la persona offesa dal reato alla quale sono riconosciuti una serie di poteri di controllo nei confronti dell'autorità giudiziaria, nella fase processuale vera e propria il Legislatore ha riconosciuto diritti e facoltà a chi - persona offesa dal reato - diventa parte con la costituzione di parte civile.

Il codice di procedura penale dedica alla persona offesa un intero titolo, nell'alveo della disciplina dei soggetti del procedimento (titolo VI del libro I).

In tal sede, si è dato luogo anzitutto ad un'estensione soggettiva del ruolo dell'offeso, mediante l'individuazione di due nuove figure cui sono attribuiti i medesimi poteri.[3] (3) Questi ultimi – in caso di decesso della persona offesa in conseguenza del reato – sono anzitutto attribuiti ai "*prossimi congiunti*" ex art. 90 c. 3 c.p.p., compreso, oggi, anche il partner dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Il Legislatore italiano riconosce alla persona offesa dal reato una serie di diritti e facoltà. Sul punto l'art. 90 c.p.p. rubricato "*Diritti e facoltà della persona offesa dal reato*" stabilisce che:

"*1. 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 memoriee, conesclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova.*

1-bis. La persona offesa ha facoltà di dichiarare o eleggere domicilio. Ai fini della dichiarazione di domicilio la persona offesa può indicare un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato.

2. La persona offesa minore, interdetta per infermità di mente o inabilitata esercita le facoltà e i diritti a essa attribuiti a mezzo dei soggetti indicati negli articoli 120 e 121 del codice penale.

2-bis. Quando vi è incertezza sulla minore età della persona offesa dal reato, il giudice dispone, anche di ufficio, perizia. Se, anche dopo la perizia, permangono dubbi, la minore età è presunta ma soltanto ai fini dell'applicazione delle disposizioni processuali.

3. Qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa o da persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente".

La norma *de qua*, nell'individuare diritti e facoltà della persona offesa, stabilisce che la stessa può presentare memorie in ogni stato e grado del procedimento ed indicare elementi di prova (tranne ovviamente in Cassazione, in cui non vi è più alcuna istruzione probatoria).

Memorie difensive che consistono in scritti provenienti dall'offeso o dal suo difensore, possono essere presentate durante le indagini preliminari, saranno rivolte al pubblico ministero o al Giudice per le Indagini Preliminari, nelle successive fasi al Giudice che procede. Il comma 1 *bis*, introdotto dal d.lgs. n. 150/2022 (*Riforma Cartabia*) riconosce alla persona offesa la facoltà di dichiarare o eleggere domicilio. Per la dichiarazione di domicilio, la persona offesa può indicare un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato.

Questa nuova previsione deve essere legge anche alla luce della riforma della giustizia riparativa (art. 129 *bis* c.p.p.), nella quale la persona offesa ha una posizione attiva all'interno del processo; essa, difatti, ha acquisito la qualifica di "*soggetto processuale"*.

Nonostante i numerosi diritti e facoltà riconosciuti alla persona offesa, questa non agisce, non formula petita sul merito: perché divenga parte attiva del processo penale deve costituirsi parte civile[4] (4) e solo da questo momento che può muoversi attivamente nella scena processuale.

In presenza dei requisiti richiesti dalla Legge, la persona offesa ha, inoltre, diritto di essere ammessa al Patrocinio a Spese dello Stato (art.74 d.P.R 30 maggio 2002, n. 115); in particolare, la persona offesa dai reati di cui agli artt. 572, 583-*bis,*609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612 - *bis*, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*quinquies* e 609-*undecies* c.p., può essere ammessa al patrocinio suddetto anche in deroga ai limiti di reddito (art. 76 co. 4 - ter, d.P.R 30 maggio 2002, n. 115).

Durante la fase delle indagini preliminari, la persona offesa può conferire ad un difensore mandato per lo svolgimento di investigazioni difensive che potranno essere affidate dal legale ad investigatori privati autorizzati o a consulenti tecnici.

Tali atti inquisitivi possono essere compiuti anche dalla difesa dell'indagato e consistere: nell'assunzione di dichiarazioni da persone informate sui fatti; nella richiesta di informazioni alla Pubblica Amministrazione; nell'accesso ai luoghi di commissione del fatto al fine di documentarne lo stato o effettuare rilievi - previo consenso del titolare, ovvero autorizzazione del Giudice nel caso di luoghi non aperti al pubblico; nel compimento di atti/accertamenti tecnici non ripetibili (art. 391-*decies* commi 2 e 3. c.p.p.).

Nella fase delle indagini preliminari, è riconosciuto alla persona offesa il diritto di richiedere l'esistenza di iscrizioni nel registro delle notizie di reato (art. 335 comma 2 c.p.p.). Decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia o querela è, altresì, riconosciuto il diritto di chiedere informazioni all'autorità procedente circa lo stato del procedimento, "senza pregiudizio del segreto investigativo" (art. 335 comma 3 *ter* c.p.p., introdotto dall'art. 1, comma 26, Legge. n. 103/2017).

Nel caso in cui la persona offesa abbia avuto conoscenza del procedimento, l'ordinamento gli accorda l'interesse a sottoporre a verifica la legittimazione territoriale del pubblico ministero procedente e, indirettamente, anche la competenza del Giudice (art. 54 *quater* c.p.p.)

Nel caso si debba procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal pubblico ministero devono essere avvisate, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici (art. 360 comma 1 c.p.p.).

Inoltre, i difensori, nonché i consulenti tecnici - eventualmente nominati - hanno diritto di assistere al

conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve (art. 360 comma 3 c.p.p.); i difensori hanno, altresì, la facoltà di visionare i relativi verbali ed estrarne copia (art. 366 c.p.p.).

Ai sensi dell'art. 367 c.p.p. anche il difensore della persona offesa ha la facoltà di presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero. Gli elementi di prova raccolti saranno, poi, inseriti nel fascicolo del difensore, di cui all'art. 391-*octies* c.p.p., ed eventualmente presentati direttamente al pubblico ministero o al Giudice. La documentazione di atti e accertamenti non ripetibili è inserita nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 comma 1 lett. c, c.p.p.).

La persona offesa può richiedere al pubblico ministero di promuovere l'incidente probatorio; il magistrato, se non accoglie la richiesta, pronuncia decreto motivato e ne dispone la notifica all'offeso (art. 394 c.p.p.). Ove esso sia disposto, il difensore della persona offesa ha diritto di parteciparvi e di chiedere al Giudice di rivolgere domande alle persone sottoposte ad esame (art. 401 comma 5 c.p.p.). Alla persona offesa è riconosciuto il diritto di assistere ove si debba esaminare un testimone o altra persona: negli altri casi è richiesta l'autorizzazione del Giudice (art. 401 comma 3 c.p.p.). L'ordinamento processuale riconosce ancora all'offeso, a tutela del suo interesse all'esercizio dell'azione penale, poteri di impulso e di controllo su eventuali inerzie del pubblico ministero.

Il riferimento è al potere di intervento in caso di richiesta di proroga delle indagini (art. 406 c.p.p.), e nella procedura di archiviazione (artt. 408 ss. c.p.p.); nonché alla facoltà di sollecitare al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello l'avocazione, allorché il pubblico ministero non abbia assunto alcuna determinazione sull'esercizio dell'azione nel termine di durata delle indagini preliminari (art. 413 c.p.).

Concluse le indagini preliminari, il ruolo della persona offesa si indebolisce, si affievolisce salvo che, assumendo la veste di danneggiato, non opti per la costituzione di parte civile.

2. La vittima e la vittima vulnerabile

Per capire il concetto di vittima è bene fare un breve *excursus* partendo dal suo significato e volgendo, poi, l'attenzione alle fonti sovranazionali.

L'etimologia della parola "*vittima*" si collega ai verbi latini "*vincire*" (legare, avvincere) o "*vincere*" (sconfiggere, disarmare). Vittima è, quindi, colui che soffre, colui che soccombe.

Il concetto di "*vittima del reato*" è di origine criminologica e indica qualsiasi persona che subisce le conseguenze di un fatto-reato.

Per molti anni gli studiosi hanno volto la loro attenzione sull'autore di reato, mettendo, così, in secondo piano la vittima che subisce tale violenza.

La criminologia, la psicologia e la sociologia hanno tentato di capire il perché si delinque, ma mai il perché si è vittima. Da qualche tempo, però, il Legislatore ha volto l'attenzione alla vittima ponendo in atto una serie di strumenti a tutela della stessa, non solo dal lato economico inteso come risarcimento del danno conseguente al reato, ma anche dal lato psicologico.

La vittimologia studia non solo la sfera bio-psico-sociale della vittima, ma anche il rapporto della vittima con l'autore del reato, il contesto ambientale, fisico e psicologico, entro il quale è stata compiuta un'azione criminale e, nel caso di vittima sopravvissuta, le conseguenze fisiche, psicologiche e sociali.

Una definizione più articolata viene fornita dall'Avvocato e Psicologo G. Gulotta, che la considera "*una disciplina che ha per oggetto lo studio della vittima di un crimine, delle sue caratteristichebiologiche,psicologiche, morali,socialieculturali,dellesuerelazioniconil criminale e del ruolo*

che ha assunto nella genesi del crimine."

Gulotta ritiene che le possibilità di diventare vittima di un crimine *"non sono distribuite in modo casuale e nemmeno equivalente, ma certe caratteristiche bio-fisiologiche, psicologiche o sociali possono predisporre i soggetti a divenire vittime di determinati reati".*

Secondo alcuni orientamenti, però, la vittimologia non si occupa unicamente delle vittime di reato, ma interessa tutte le vittime, intendendo cioè quei soggetti che versano in uno stato di sofferenza, riconducendo in tale categoria anche le vittime di calamità naturali.

Il concetto di vittima è entrato a far parte ultimamente anche nelle fonti della cornice internazionale.

La Dichiarazione dei principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere del 29 novembre 1985, all'art. 1 definisce vittime le persone che, individualmente o collettivamente, abbiano subito un pregiudizio, in particolare un'offesa alla propria integrità fisica o mentale, una sofferenza morale, una perdita materiale, un attentato grave ai propri diritti fondamentali, in ragione di atti o di omissioni che abbiano infranto la legge penale. L'art. 2, poi, individua come vittime anche i familiari della vittima diretta o le persone che hanno subito un pregiudizio intervenendo in soccorso delle vittime.

E, ancora, la Convenzione sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, del 25 ottobre 2007, nota come Convenzione di Lanzarote dove "*vittima designa ogni minore oggetto di sfruttamento o abuso sessuale"* (art. 3 lett. c).

Poi, la Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, identifica quale vittima qualsiasi persona fisica che subisca "*una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere"* che causino o possano causare *"danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica*", oppure venga offesa da atti di "*violenza domestica*", ossia "*atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica*" originati "*all'interno della famiglia o del nucleo familiare*" (art. 3).[5]

Convenzioni queste recepite dall'Unione Europea con diverse direttive: la Direttiva 2011/93/UE, del 13 dicembre 2011, sulla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; la Direttiva 2011/36/UE, del 5 aprile 2011, in materia di tratta di esseri umani e di protezione delle vittime di tale reato.[6]

Ancora, la Direttiva 2011/99/UE, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, individua la vittima in chi necessiti di misure di protezione rivolte specificamente a proteggerlo "*da atti di rilevanza penale di un'altra persona tali da mettere in pericolo, in qualsiasi modo, la vita o l'integrità fisica, psichica e sessuale".*

Notevole importanza riveste la Decisione quadro 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione che la vittima occupa nel procedimento penale: l'art. 1 della decisione identifica come vittima "*la persona fisica che abbia subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro*".

La Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, rappresenta, a tutt'oggi, il principale strumento normativo in materia adottato dall'Unione Europea. All'art. 2, difatti, qualifica come vittima sia la "*persona fisica che abbia subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato*", sia il "*familiare di una persona la cui morte*

è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona".

Il termine "*vittima*" ha iniziato ad essere utilizzato in senso morale e giuridico e cioè quale "*vittima di qualcosa o di qualcuno*" a partire dal XVII secolo per, poi, acquisire nel corso del XVIII secolo un significato più vicino a quello attuale.

Si tratta di un concetto multidisciplinare in quanto può essere utilizzato sotto diversi profili: antropologico, sociologico, psicologico, criminologico, giuridico penale, ecc.

Come già precisato nel paragrafo precedente, il termine vittima non è presente né nel codice penale, né nel codice di procedura penale, dove il Legislatore preferisce utilizzare espressioni quale "*l'offeso*" (art. 70 n.2 c.p.), "l*a persona offesa*" (artt. 92 e 122 comma 3 c.p.p.) oppure "*la persona offesa dal reato*" (artt. 120 c.p. e 90 c.p.p.).

Il concetto di vittima solo di recente ha assunto all'interno del nostro processo penale un ruolo centralizzato e non più marginale, diventando, così, punto di riferimento dei meccanismi e delle dinamiche criminali. È difficile dare una definizione unitaria di vittima, poiché è diffusa la tendenza ad individuare diverse categorie di vittime.

Si conoscono e si considerano almeno tre tipi di "*supervittima*":

1. i bambini oggetto di reati sessuali; le donne colpite da crimini sessualmente orientati e
2. le cosiddette vittime collettive, ossia coloro che fanno parte, ad esempio, di un gruppo etnico o religioso, oppure che hanno subito pressioni mafiose o terroristiche.

Tali tipi di *supervittima* vengono considerati soggetti portatori di un particolare *vulnus*, si parla a tal proposito di *vittima vulnerabile*.

Perché, dunque, *vittima vulnerabile*? Non si tratta di una vittima comune, bensì di una vittima che richiede per lo *status* che presenta una particolare esigenza di tutela, volta a garantire la dignità e la personalità della stessa, in ottemperanza a quanto stabilito dall'art. 3 della nostra Carta Costituzionale: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla Legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche di condizioni personali e sociali".*

Nella nozione di vittima vulnerabile vi rientra non solo il minore, il soggetto affetto da infermità mentale, ma anche le vittime di reati sessuali, di maltrattamenti, di violenza domestica, di mutilazioni genitali, di tratta e riduzione in schiavitù, di mafia e di terrorismo e di crimini efferati proprio sulla scia dell'ultimo intervento del Legislatore con il cosiddetto *Decreto femminicidio* (D. Lgs. n. 4/2014) con la finalità di rendere più taglienti gli strumenti della repressione penale dei fenomeni di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e di atti persecutori (*stalking*).

La nozione di vulnerabilità oscilla, quindi, tra la valorizzazione della tipologia del reato subito dal soggetto (*vulnerabilità oggettiva*) e l'attenzione per le caratteristiche personali dell'individuo che ha patito il pregiudizio del reato (*vulnerabilità soggettiva*).

Come valutare la vulnerabilità di un soggetto?

Al fine di garantire maggiore tutela alla "vittima vulnerabile", la Direttiva 2012/29/UE ha previsto un nuovo modus operandi circa la valutazione della vulnerabilità; valutazione fondata su un'analisi individuale, personalizzata.[7]

Tale modus operandi è contenuto nel D. Lgs. n. 24/2014, attuativo della Direttiva 2011/36/UE, relativa

alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la Decisione quadro 2002/629/GAI che ha riconosciuto la necessità di valutare la vulnerabilità sulla base di un esame individuale.

L'articolo 1 del Decreto, infatti, rubricato "Principi generali", stabilisce che "*nell'attuazione delle disposizioni del presente decreto legislativo si tiene conto, sulla base di una valutazione 'individuale' della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere*".

Lo *status* vulnerabile di un soggetto, ovvero la sua condizione di soggetto debole deve essere, dunque, valutata non tenendo conto del fatto che l'offeso sia vittima di particolari reati, ma attraverso un esame individuale, facendo riferimento:

1. alle caratteristiche personali della vittima;
2. al tipo o alla natura del reato;
3. alle circostanze del reato,
4. al danno patito in conseguenza del reato,
5. alla relazione che intercorre tra la vittima e l'autore del reato.

Così operando si esclude una valutazione presuntiva della vulnerabilità che, ai sensi dell'articolo 22 della direttiva, rimane presunta solo per i minori "*Oltre alle misure a disposizione di tutte le vittime della tratta di esseri umani, è opportuno che gli Stati membri garantiscano specifiche misure di assistenza, sostegno e protezione per i minori. Talimisure dovrebbero essere applicate tenendo conto dell'interesse superiore del minore conformemente alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo. Quando l'età di una persona oggetto della tratta di esseri umani è incerta e sussistono motivi per ritenere che sia inferiore ai diciotto anni, si dovrebbe presumere che la persona in questione sia un minore e la stessa dovrebbe ricevere assistenza, sostegno e protezione immediati. Le misure di assistenza e sostegno per i minori dovrebbero essere intese al recupero fisico e psico-sociale e ad una soluzione duratura per il minore in questione. L'accesso all'istruzione aiuterebbe il minore a reintegrarsi nella società. Tenuto contodella particolare vulnerabilità dei minori vittime della tratta, si dovrebbero prevedere ulteriori misure di protezione per tutelarli in occasione delle audizioni rese durante le indagini e i procedimenti penali".*

Nonostante il minore sia valutato come soggetto intrinsecamente vulnerabile, deve in ogni caso essere sottoposto ad una valutazione individuale che metta in evidenza le caratteristiche specifiche e ne valuti in concreto la "*debolezza*", anche tenendo conto dell'*iter* processuale che dovrà affrontare.

L'interesse superiore del minore deve essere, sempre, una considerazione preminente in ragione della sua condizione di maggiore vulnerabilità. Nel diritto di famiglia, infatti, l'interesse superiore del minore è quella clausola generale che il Legislatore offre al Giudice affinchè, nella decisione del caso concreto temperi, modelli, adatti le esigenze presenti al superiore interesse del minore.

3. Strumenti giuridici internazionali di tutela: la Convenzione di Lanzarote e la Convenzione di Istanbul

Si tratta di due Convenzioni che hanno acceso i riflettori sulla problematica dei soggetti deboli - "*vittime vulnerabili*" - con l'obiettivo di prevedere una normativa ad hoc che predisponga strumenti efficaci di tutela.

La Convenzione di Lanzarote "*per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali*", firmata il 25 ottobre 2007, ha come fine precipuo sia quello di proteggere il minore come soggetto debole, sia quello di assistere e proteggere la vittima di reati a sfondo sessuale.

Sul versante sostanziale, la Convenzione definisce le condotte di abuso sessuale, di prostituzione minorile, di pedopornografia, di corruzione di minori, di adescamento dei medesimi e detta le regole in materia di giurisdizione dei singoli Stati, occupandosi, altresì, di sanzioni, circostanze aggravanti e valutazione di precedenti condanne.

Sul versante processuale, occorre focalizzare l'attenzione sull' art. 30 il quale stabilisce che gli Stati adottino misure legislative o di altro genere per assicurare la migliore tutela del minore nel processo e dal processo, nel rispetto dei suoi diritti. Tutela che deve essere assicurata con l'utilizzo di un metodo di protezione volto ad evitare che le indagini e il procedimento giudiziario aggravino maggiormente il trauma del minore e che ci sia una forma di assistenza anche dopo la risposta penale.

Nel corso della fase delle indagini è prevista la possibilità di utilizzare agenti sotto copertura e servizi investigativi per meglio identificare le vittime di pedopornografia.

Il Legislatore italiano ha recepito l'*acquis* di Lanzarote con la Legge n. 172/2012 che ha introdotto nel sistema processuale penale una tutela specifica nell'assunzione di informazioni testimoniali di minori vittime o testimoni di reati di carattere sessuale consistente nell' "*ausilio di un esperto in psicologia o psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero*".

La partecipazione dell'esperto è prevista per tutte le forme di sommarie informazioni (SIT) raccolte dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, ovvero dal difensore – artt. 351, 362 e 391 *bis* c.p.p.), dando così al sistema penale un carattere di sensibilità per le tematiche psicologiche dell'età dello sviluppo. Ecco che accanto ai tradizionali protagonisti del processo penale fa ingresso un nuovo protagonista: l'esperto (esperto in psicologia o

psichiatria infantile). Il minore durante l'assunzione delle dichiarazioni può essere assistito dai genitori o da altra persona idonea indicata dallo stesso e autorizzata dal giudice, nonché da gruppi, fondazioni, …di comprovata esperienza nel settore dell'assistenza e del supporto alle vittime dei reati a sfondo sessuale.

Inoltre, nel rispetto del principio costituzionale del "*Giusto Processo*" ex art. 111 Cost. è previsto che sia le indagini, sia i procedimenti penali siano effettuati con priorità e siano portati avanti senza ritardo, in modo che non venga pregiudicato il diritto alla difesa.

La stessa legge ha anche riscritto l'incidente probatorio atipico, di cui all'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., che, sino ad allora, era strumento accessibile solo per l'esame del minore di anni sedici, relativo a reati di carattere sessuale: la modifica ha esteso l'istituto a tutti i minorenni, nonché ai maggiorenni vittime di delitti di carattere sessuale.

La Convenzione di Istanbul - firmata nel 2011 in Turchia - è il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante, volto a creare un quadro normativo completo a tutela delle donne contro qualsiasi forma di violenza. La Convenzione interviene – specificamente - nell'ambito della violenza domestica che non colpisce solo le donne, ma anche altri soggetti, ad esempio bambini ed anziani, ai quali altrettanto si applicano le medesime norme di tutela.

La Convenzione si pone come obiettivi principali: la promozione della parità tra i sessi, la rimozione delle discriminazioni nei confronti delle donne attraverso la prevenzione, persecuzione ed eliminazione di ogni forma di violenza contro di esse, la lotta alla violenza domestica e l'introduzione di misure di assistenza a favore delle vittime di tali violenze.

Inoltre, al fine di garantire un'effettiva assistenza alle vittime di violenza, prevede una serie di strumenti perché le vittime stesse possano avere tutte le informazioni per sporgere denuncia: si pensi ad esempio, ai centri antiviolenza denominati anche "*case rifugio*", nelle quali le donne possono trarre sostegno e

protezione da parte di persone qualificate e di linee telefoniche per il sostegno alla persona.

È previsto, inoltre, un risarcimento nel caso in cui le autorità statali non abbiano adempiuto al dovere di adottare tutte le misure di prevenzione e protezione in base alle loro competenze.

La Convenzione contempla l'invalidazione o l'annullamento dei matrimoni contratti con la forza; prevede che vengano incriminati tutti gli atti persecutori; introduce l'obbligo di

valutare non solo qualsiasi tipo di violenza sessuale, ma di provare anche che il consenso all'atto sessuale sia effettivamente dato volontariamente.

E, ancora, inserisce l'obbligo di perseguire penalmente il matrimonio contratto con la forza e che vengano vietate le mutilazioni genitali femminili e le molestie sessuali; prevede l'obbligo di escludere la possibilità di addurre, quali giustificazioni per gli atti di violenza, la cultura, gli usi e costumi, la religione, le tradizioni o il cosiddetto "*onore*". Sul versante giudiziario prevede una serie di azioni preventive come la concessione tempestiva delle misure di allontanamento, ingiunzione o protezione volte a tutelare la persona offesa.

I principi di detta Convenzione sono stati recepiti nell'ordinamento italiano con la Legge n. 119/2013 che ha introdotto profonde modifiche processuali a tutela della vittima, riconducibili essenzialmente a tre filoni:

1. quello informativo;
2. quello delle misure cautelari personali
3. quello riferibile alle modalità di assunzione delle dichiarazioni della persona offesa.

Le informazioni sul diritto di difesa vengono comunicate alla persona offesa dall'Autorità al momento dell'acquisizione della *notitia criminis* unitamente alla possibilità di accedere al Patrocinio a Spese dello Stato.

È prevista la notifica d'ufficio alla vittima di reati commessi con violenza alle persone, dell'avviso dell'avvenuta richiesta di archiviazione, con contestuale aumento del termine per presentare l'opposizione da dieci a venti giorni. E, ancora, è stato, infine, ampliato l'obbligo di comunicazione dell'avviso ex art. 415-*bis* c.p.p. - Avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari - alle vittime dei soli delitti di maltrattamenti e di atti persecutori.

Al fine di prevenire la cosiddetta "vittimizzazione secondaria" o "ri–vittimizzazione", è stato introdotto il comma 4-*quater* dell'art. 498 c.p.p. che permette al maggiorenne vittima di particolare vulnerabilità, *status* "*desunto anche dal tipo di reato per cui si procede*", di avvalersi delle forme protette di audizione dibattimentale.

Nonostante il recepimento, nel nostro ordinamento, delle due Convenzioni, il sistema processuale di tutela per le vittime vulnerabili è ancora carente.

4. Le indagini preliminari e le indagini difensive

Da quanto sopra esposto è emerso che alla persona offesa sono riconosciuti dal Legislatore italiano plurimi poteri, diritti e facoltà che possono assumere un ruolo decisivo nella fase delle indagini preliminari. Tali poteri possono essere esercitati in modo compiuto solo mediante la difesa tecnica espletata da un difensore appositamente incaricato dalla persona offesa. Difensore che potrà decidere se compiere o meno indagini difensive.

Vediamo, ora, di esaminare, seppur brevemente, la fase delle indagini preliminari per, poi, proiettare la

luce del faro sulle indagini difensive.

Il "*direttore dei lavori*" o "*dominus*" della fase delle indagini preliminari è il pubblico ministero. In questa fase, accanto a lui, si muovono anche altri soggetti: la polizia giudiziaria e il difensore. Non va dimenticata la presenza del Giudice delle Indagini Preliminari (GIP) che interviene al fine di garantire la legalità delle stesse, esercitando, dunque, una giurisdizione di garanzia.

Al pubblico ministero, una volta ricevuta la *notitia criminis*, spetta il compito di ricercare e raccogliere le prove a carico dell'indagato per una giusta decisione, ovvero decidere se esercitare l'azione penale o, in alternativa, fare richiesta di archiviazione.

"*Appartiene alla natura intrinseca del processo di parti riconoscere, accanto al potere investigativo della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, il diritto di indagine ai soggetti privati, quale prima espressione del diritto alla prova, e più precisamente del diritto di difendersi provando*"(G. Frigo –Avvocato).[8]

Quanto al ruolo del difensore, in questa fase iniziale del processo, ovvero la fase delle indagini preliminari, è bene ricordare che in passato il suo ruolo era del tutto passivo: il difensore non era ritenuto soggetto deputato alla scoperta della verità processuale. Veniva visto "*quasi come un convenuto*" a cui spettava il compito di resistere alla pretesa punitiva formulata dal pubblico ministero.[9]

Attualmente ha assunto un diverso ruolo, *id est* quello di soggetto attivamente incaricato di far valere la posizione e gli interessi del proprio assistito.

A questo punto è bene citare l'art. 24 Cost. il quale ai commi 1 e 2 così sancisce "*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".*

Leggendo attentamente il dettato costituzionale, a parere di chi scrive, il diritto di difesa non può fare a meno del potere per il difensore di ricercare e raccogliere prove idonee a dimostrare l'innocenza dell'imputato, passando, così, da una difesa in cui il difensore aveva un ruolo passivo, ad una difesa in cui il difensore ha un ruolo attivo, in grado di predisporre un progetto di difesa, ovvero disegnare la strategia difensiva.

L'art. 38 disp.att. c.p.p. "Facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova" riconosceva al difensore la facoltà di presentare direttamente al Giudice gli elementi probatori ritenuti rilevanti ed ottenere, di conseguenza, l'inserimento della documentazione nel fascicolo delle indagini preliminari. Tale articolo è stato, poi, abrogato dall'art. 23 della Legge n. 397/2000 che ha introdotto gli artt. 391-*bis* e segg. c.p.p., ossia le *Investigazioni difensive*.

L'ingresso delle indagini difensive ha, dunque, modificato il nostro sistema penale o meglio la fase più importante: quella delle indagini. In che modo? Attraverso il ridimensionamento del ruolo del pubblico ministero e con un difensore che è investito di un ruolo importante, sin dalle prime battute del processo penale, cioè con il compito di assicurare *abinitio*, anche in sede di indagini, un'ottima difesa tecnica.

Il rapporto tra assistito ed avvocato assume, così, notevole valore, in quanto in mancanza di tale rapporto ci si trova ad operare senza quelle preziose informazioni che solo l'assistito è in grado di fornire.

Dunque, il diritto di difesa, costituzionalmente garantito ex art. 24 Cost., deve essere inteso come potere di assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di ciascun processo, ciò al fine di assicurare il contraddittorio e rimuovere ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti.

L'art. 327 *bis* c.p.p. rubricato "Attività investigative del difensore" così recita "*Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI bis del presente libro.*

La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.

Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze da consulenti tecnici".

Tale norma assume un ruolo fondamentale in quanto, *in primis*, evidenzia il ruolo, lasciatemi passare la locuzione, "*da protagonista*" che viene riconosciuto dal nostro Legislatore al difensore in tale fase e, *in secundis*, indica il momento a partire dal quale è possibile lo svolgimento delle indagini difensive. Detta facoltà può esercitarsi sin dal momento del conferimento dell'incarico professionale e ciò indipendentemente dalla instaurazione di un procedimento penale a seguito dell'iscrizione oggettiva nel registro delle notizie di reato - ex art. 335 c.p.p..

All'ultimo comma dell'art. 327 *bis* c.p.p. il Legislatore ha precisato che, se è necessario, possono intervenire nello scenario del crimine, su incarico del difensore, per svolgere attività investigativa il sostituto, investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, consulenti tecnici.

Ai sensi dell'art. 391-*nonies* c.p.p., rubricato "Attività investigativa preventiva" le indagini possono aver luogo anche preventivamente rispetto ad un procedimento penale, la cui instaurazione è solo ipotetica.

La norma stabilisce che il mandato professionale deve risultare da atto scritto, conformemente a quanto stabilito dall'art. 96 c.p.p..

In che modo il difensore si muove in sede di indagini difensive?

Un esempio. Sopralluogo sulla scena del delitto: fattispecie delittuosa perpetrata in una proprietà privata. I primi interrogativi che sorgono sono: Il difensore può accedere ai luoghi? Qual è il *modus operandi* del potere di accesso?

La risposta a questi interrogativi è fornita dall' art. 391-*septies c.p.p. "* Accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico" e dall'ar*t. 391-sexies* c.p.p. " Accesso ai luoghi e documentazione".

Senza ombra di dubbio il difensore ha l'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico; si tratta, in ogni caso, di un accesso condizionato. Condizionato perché? Perché per poter accedere è necessario ottenere un'autorizzazione.

Ma chi è il soggetto legittimato a prestare il consenso per l'accesso ai luoghi privati?

Fino al momento in cui non interverrà la polizia giudiziaria, soggetto legittimato sarà colui che ha la disponibilità del luogo e che ha la possibilità di esercitare sullo stesso uno *ius excludendi*, in virtù della qualità di proprietario, possessore *et similia*.

Con l'intervento della polizia giudiziaria, soggetto legittimato a prestare il consenso per l'accesso ai luoghi sarà la stessa polizia in quanto investita del dovere - potere pubblico di curare *et* la conservazione dello stato dei luoghi finalizzato alla ricerca delle tracce del reato e della conservazione delle stesse.

Quindi, intervenuta la polizia giudiziaria, di fronte al diniego da parte della stessa di accesso ai luoghi, al

difensore non resterà che formulare al Giudice - GIP- istanza di autorizzazione. Chi scrive ritiene fondamentale evidenziare, però, che una volta assunta dal *dominus* (pubblico ministero) la direzione delle indagini, si trasferirà in capo a costui il potere di disponibilità del luogo, con la conseguenza che il difensore, al fine di poter procedere al sopralluogo, dovrà interpellare prima il pubblico ministero, e, in caso di diniego, il Giudice.

Dal tenore della norma ex art. 391-*sexies* c.p.p. si desume che non vi è obbligo per il difensore di redigere verbale di sopralluogo e delle operazioni connesse. Difatti, il Legislatore così si esprime *"[...]il difensore, il sostituto e gli ausiliarii ndicati nell'articolo 391-bis*

possono redigere un verbale nel quale sono riportati: a) la data e il luogo dell'accesso; b) le proprie generalità e quelle delle persone intervenute; c) la descrizione dello stato dei luoghi e delle cose; d) l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti, che fanno parte integrante dell'atto e sono allegati al medesimo. Il verbale è sottoscritto dalle persone intervenute".

L'uso del "*possono*" esclude l'obbligatorietà e sottintende che, qualora il difensore decidesse di dare un valore processuale all'attività espletata, non potrà che farlo a mezzo di verbale delle operazioni compiute. Tale verbale verrà, poi, inserito nel fascicolo di cui all'art. 391 *octies* c.p.p. "Fascicolo del difensore".

Ipotizziamo, ora, che il delitto sia stato consumato in luogo pubblico. *Quid iuris*?

In questo caso il difensore, per poter accedere al luogo pubblico ed effettuare il sopralluogo e le attività connesse, deve, come nella prima ipotesi, avanzare richiesta di autorizzazione alla polizia giudiziaria, poi al pubblico ministero e, da ultimo, in caso di diniego, al Giudice (GIP).

Quale tipo di attività può svolgere il difensore che ha l'accesso ai luoghi?

La risposta all'interrogativo è fornita dal nostro Legislatore nell'art. 391-*sexies* c.p.p. dove si parla di accesso finalizzato a "*prendere visione dello stato dei luoghi, ovvero per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi".*

Ai sensi dell'art. 391-*decies* c.p.p. il difensore può compiere accertamenti tecnici non ripetibili. In questo caso *"[...]il difensore deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'art.360[...]."*

Ai sensi del comma 2 dell'art. 391-*decies* c.p.p. si desume che il difensore può compiere anche "atti non ripetibili", in questo caso il pubblico ministero avrà mera facoltà di intervento senza diritto di preavviso.

Quale limite incontra l'attività del difensore?

L'attività del difensore incontra un limite invalicabile nel caso in cui la scena del crimine sia sottoposta a sequestro disposto dall'Autorità Giudiziaria.

L'attività investigativa del difensore è obbligatoria?

Sull'interrogativo l'Unione delle Camere Penali ha ritenuto che debba essere considerata "*un'attività deontologicamente obbligatoria per l'avvocato ogni qualvolta se ne renda necessaria l'esecuzione per la migliore tutela dell'assistito".*

Ciò significa che l'avvocato deve valutare la necessità di procedere a tali indagini e, nel momento in cui le ritiene fondamentali, le deve svolgere con la massima professionalità e precisione al fine di garantire l'autenticità di tutta l'attività svolta. L'introduzione delle indagini difensive ha richiesto la necessità di

rivedere le norme deontologiche per adeguarle al nuovo impianto legislativo e tramite l'approvazione, da parte del Consiglio dell'Unione delle Camere Penali, delle "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive".[10]

Tali Regole sono state, poi, recepite da una Commissione di Revisione in seno al Consiglio Nazionale Forense, il quale aveva progettato un modello di regolamento delle investigazioni difensive che disciplinava l'attività del difensore in relazione ai doveri di diligenza, di segretezza e riservatezza e delle norme attinenti ai rapporti con i testimoni.

Quanto ai rapporti tra queste Regole e il Codice Deontologico, occorre richiamare l'attenzione sull'art. 1 delle Regole predisposte dall'Unione, il quale afferma che "*nello svolgimento delle investigazioni difensive il difensore osserva le norme del Codice deontologico forense, nonché le ulteriori norme degli articoli che seguono nel rispetto del principio di lealtà processuale".* E, ancora, al comma 2 dell'art. 1 si afferma, peraltro, che *"nessuna distinzione circa i doveri professionali in materia di investigazioni difensive è consentita tra difensore di fiducia e difensore d'ufficio"*.

A chiusa di questo breve *excursus* il richiamo va alle norme sui principi generali: l'art. 12 sul dovere di diligenza, a norma del quale l'avvocato "*deve svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione professionale*" e l'art. 50 sul dovere di verità che prevede una serie di divieti: al comma 1 si afferma che "*l'avvocato non deve introdurre nel procedimento prove, elementi di prova o documenti che sappia essere falsi*"; al comma 2 si prevede che "*l'avvocato non deve utilizzare nel procedimento prove, elementi di prova o documenti prodotti o provenienti dalla parte assistita che sappia o apprenda essere falsi"*, specificando, altresì, al comma 3, che laddove l'avvocato apprenda, anche successivamente, dell'introduzione nel procedimento di prove, elementi di prova o documenti falsi provenienti dalla parte assistita, "*non puòutilizzarli o deve rinunciare al mandato"*. La violazione di tali divieti comporta l'applicazione della sanzione disciplinare.

Di notevole importanza in materia di indagini difensive è anche l'art. 55 dedicato ai "Rapporti con i testimoni" che contiene una dettagliata disciplina del contatto tra il difensore e le fonti testimoniali che integrano quelli previsti dall'art. 391-*bis* c.p.p. introdotto dalla legge n. 397/2000: in particolare, al comma 1, si afferma che "*l'avvocato non deve intrattenersi con testimoni o persone informate sui fatti oggetto della causa o del procedimento con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti"*; al comma 2 si specifica che *"il difensore, nell'ambito del procedimento penale, ha facoltà di procedere ad investigazioni difensive nei modi e termini previsti dalla legge*".

L'art. 55, inoltre, stabilisce che il difensore è tenuto al segreto sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ne faccia uso nel procedimento. Nel caso in cui il difensore si avvalga di sostituti, collaboratori, investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici, "*può fornire agli stessi tutte le informazioni e i documenti necessari per l'espletamento dell'incarico"*. E, ancora, si stabilisce che il difensore "*deve conservare scrupolosamente e riservatamente la documentazione delle investigazioni difensive per tutto il tempo necessario o utile all'esercizio della difesa".*

L'art. 8 delle Regole emanate dall'Unione delle Camere Penali in relazione ai doveri del difensore prevede che il difensore, il sostituto e gli ausiliari incaricati possono procedere senza formalità alla individuazione delle persone che possono riferire circostanze utili alle investigazioni difensive ed alla individuazione delle altre fonti di prova e, più in generale, delle altre fonti di notizie utili alle indagini.

Oltre a tutto, la disciplina va coordinata con quanto previsto dall'art. 12 delle Regole, il quale, a tale riguardo, stabilisce che "*il difensore o il suo sostituto danno tutte ledisposizioni necessarie per realizzare condizioni idonee ad assicurare la genuinità delle dichiarazioni".*

Tali norme deontologiche sono espressione di principi morali, la cui trasgressione rileverebbe solo in

sede disciplinare.

In definitiva, il difensore deve procedere all'attività investigativa nel rispetto dei principi di lealtà, correttezza ed onestà al fine di garantire la Verità di tutta l'attività espletata e la realizzazione del principio del "*Giusto Processo*" reclamato dall'art. 111 Cost..

5. La testimonianza della vittima vulnerabile nella fase delle indagini preliminari e nell'incidente probatorio

Sotto la spinta di una recente politica criminale internazionale e sovranazionale e grazie all'affermarsi della vittimologia definita da Gulotta "*una disciplina che ha per oggetto lo studio della vittima di uncrimine, delle sue caratteristiche biologiche, psicologiche, morali, sociali e culturali, delle sue relazioni con il criminale e del ruolo che ha assunto nella genesi del crimine"*, il nostro Legislatore ha introdotto una serie di regole processuali a tutela di una categoria particolare di testimoni, ovvero i "testimoni vulnerabili".

"*I testimoni sono gli occhi e gli orecchi dell'umana giustizia"*, così scriveva il filosofo, giurista ed economista inglese Jeremy Bentham (1748-1832), ma sino a che punto può ritenersi valida una tale affermazione?

A parere di chi scrive tale affermazione non può ritenersi valida ed attuale.

Infatti, nonostante il testimone sia chiamato ad impegnarsi a dire il vero, si tratta di un impegno che non può mantenere, questo perché la testimonianza resa nel processo può essere screditata dall'effetto temporale in quanto spesso resa a distanza di molto tempo dall'accadimento del fatto - reato è, quindi, plausibile che i ricordi nel frattempo siano stati modificati. Il testimone, pertanto, non potrà mai essere in grado di riferire il fatto come effettivamente è accaduto in quanto entrano in gioco elementi che possono distorcerne la rappresentazione come ad esempio gli stati d'animo del testimone. La testimonianza non è altro che un ricordo di un ricordo, non può essere considerata una fedelissima riproduzione di un fatto obiettivo, ma sempre una deformazione della realtà.

Prima di affrontare il tema della testimonianza resa dalla vittima vulnerabile, è bene focalizzare l'attenzione sulla testimonianza che è il mezzo di prova più importante del sistema processuale penale, quella che risulta essere la più efficace al fine di ricostruire la reale dinamica del fatto - reato. Il testimone, dunque, viene ammesso dal Giudice a rendere in giudizio le proprie dichiarazioni di scienza, nel contraddittorio tra le parti, circa i fatti rilevanti ai fini del decidere.[11]

Nel corso del dibattimento, il testimone viene esaminato sui fatti che costituiscono oggetto di prova attraverso l'esame incrociato (*cross-examination*).

Tra gli obblighi che il codice di procedura penale prevede per il testimone vi è quello di "*rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte*"; in caso contrario incorrerà nel delitto di falsa testimonianza ex art. 372 c.p..

L'esame deve svolgersi mediante domande su fatti specifici e sono vietate le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte o quelle che tendono a suggerire le risposte.

Il Legislatore, al riguardo, ha dettato le modalità di assunzione della prova testimoniale al fine di offrire al Giudice e alle parti di determinare e misurare la credibilità del testimone e l'attendibilità della sua deposizione.

Quanto alla capacità a rendere testimonianza, l'art. 196 c.p.p. sancisce al comma 1 la capacità di ogni persona a rendere testimonianza, precisando al comma 2 come il Giudice possa disporre gli opportuni

accertamenti, tesi a valutare ed accertare l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, al fine di valutare le dichiarazioni rese dal testimone. In altri termini, il giudice, perché possa maturare il libero convincimento, potrebbe avvertire la necessità di far accertare preliminarmente l'idoneità del soggetto a testimoniare.[12]

Tra i soggetti che potrebbero essere chiamati a rendere testimonianza vi rientrano quella categoria di soggetti definiti "*deboli*" o "*vulnerabili*", ossia quelle persone che per età, condizioni fisiche o psichiche sono destinatari di una normativa maggiormente protettiva da utilizzare in deroga a quelle che sono le ordinarie regole di assunzione della prova testimoniale o dichiarativa.[13]

Perciò, in relazione a questa categoria di testimoni, si pensi al minore, all'infermo di mente…, è giustificata l'adozione di particolari modalità di assunzione delle relative dichiarazioni, sia durante la fase delle indagini preliminari, sia nell'eventuale incidente probatorio, sia in fase dibattimentale.

All'interno della categoria degli offesi vulnerabili vi rientrano:

-le vittime a vulnerabilità presunta: vittime offese da reati a riconosciuto impatto traumatico (artt.351 comma 1- *ter* e 392 comma 1-*bis* c.p.p.);

-le vittime vulnerabili atipiche: sono una categoria di persone da individuare in concreto sulla base delle indicazioni fornite dall'art. 90 *quater* c.p.p..

Lo *status* di vulnerabilità della persona offesa è, dunque, desunta non solo dall'età, ma anche dallo stato di infermità, di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e dalle circostanze del fatto per cui si procede.

La figura del vulnerabile atipico è, dunque, individuata dal pubblico ministero prima e dal Giudice poi dal momento che da tale qualificazione discendono rilevanti conseguenze: prima fra tutte il binario privilegiato per la raccolta della testimonianza sia nella fase delle indagini che attraverso il ricorso all'incidente probatorio.

La fase dibattimentale costituisce la sede che maggiormente espone la persona offesa dal reato al rischio di una vittimizzazione secondaria.[14]

In questo senso, "*i fronti su cui opera la protezione delle vittime […] sono almeno due*"[15]: vi è sia una tutela nel processo – assicurata da una modalità speciale di acquisizione della testimonianza – sia quella dal processo, realizzabile con una riduzione allo stretto necessario della partecipazione attiva del soggetto leso dal reato. L'art. 20, lett. b, Direttiva 2012/29/UE stabilisce che *"il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e [che esse] abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale".*

Possiamo, dunque, affermare che l'audizione nella fase dibattimentale della vittima può diventare un evento residuale a seguito della estensione dello spazio riservato alla raccolta anticipata della medesima testimonianza attraverso lo strumento dell'incidente probatorio. Dunque, il primo giudizio sulla sussistenza di una condizione di particolare vulnerabilità non presunta spetterà al pubblico ministero nella fase della assunzione delle sommarie informazioni testimoniali (SIT).

Nella fase della assunzione delle sommarie informazioni testimoniali il pubblico ministero, così come la polizia giudiziaria si avvarranno della collaborazione di un esperto in psicologia o in psichiatria. È in queste situazioni che la psicologia giuridica è chiamata ad operare all'audizione protetta della vittima vulnerabile.

L'audizione protetta può essere svolta sia in sede di indagini preliminari, a seguito di denuncia o querela,

sia in sede di incidente probatorio. Il Legislatore all'art. 196 c.p.p. prevede che chiunque è idoneo a rendere testimonianza, ma vi sono eccezioni per le quali lo psicologo o la psicologa forense possono essere chiamati ad effettuare una consulenza tecnica se con nomina del pubblico ministero, o una perizia se con nomina del GIP, per accertare l'idoneità a rendere testimonianza di quella persona.

In sede di indagini preliminari non si parla di testimonianza che è propria della fase dibattimentale, ma di sommarie informazioni testimoniali (SIT). All'esperto in psicologia o in psichiatria chiamato a collaborare per le sue competenze specifiche a fianco al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria viene chiesto di raccogliere solo sommarie informazioni testimoniali (SIT) che permettono al pubblico ministero di avere tutti gli elementi per decidere: chiedere l'archiviazione o il rinvio a giudizio.

Spesso l'audizione avviene durante la fase delle indagini preliminari ad opera, di rado, del pubblico ministero (art. 362 comma 1-*bis* c.p.p.) o più spesso su delega alla polizia giudiziaria (art. 351 comma 1-*ter* c.p.p.). Entrambi gli articoli summenzionati utilizzano l'espressione "si avvale dell'ausilio…" evidenziando come il pubblico ministero non può effettuare autonomamente l'audizione protetta di una persona minorenne. Il D. Lgs. n. 212/2015 ha allargato questa procedura anche a "*una persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità*".

Il nostro codice, recependo la normativa comunitaria, ha previsto che sia nella fase di indagini preliminari, che nella fase dell'udienza preliminare, nel caso si proceda per il reato di maltrattamenti, di stalking, di reati in materia di libertà sessuale, etc., la testimonianza delle persone vulnerabili può essere assunta mediante incidente probatorio anche al di fuori delle ipotesi di non rinviabilità dell'atto: il cosiddetto incidente probatorio "*liberalizzato*" o "*speciale*"(art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.). Il codice di procedura penale ai fini di assicurare protezione al minore prevede che l'esame del testimone minore possa svolgersi in un luogo diverso dal tribunale, documentando integralmente lo stesso con strumenti fonografici e audiovisivi (art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p.).

L'art. 498, al comma 4-*ter*, c.p.p., poi, dispone che – nel caso di reati di cui agli artt. 572, 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, l'esame del minore "vittima" del reato venga effettuato, su sua richiesta o a istanza del suo difensore, "*mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico*". Si tratta di un mezzo di protezione pensato esclusivamente per l'offeso, il quale viene – in questa e unica occasione all'interno del codice di procedura penale – individuato con il termine "vittima".[16]

Constatato che la partecipazione al dibattimento della vittima vulnerabile espone la stessa al rischio di vittimizzazione, nonostante il Legislatore abbia introdotto regole di protezione da adottare in tale sede in caso di esame testimoniale, si è cercato di restringere al massimo la sua partecipazione.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 14/2021, ha stabilito che è legittima la previsione di legge che dispone l'ascolto anticipato del minore testimone di reati sessuali in quanto soggetto fragile da non esporre allo stress del dibattimento.

L'assunzione anticipata della testimonianza del minorenne, realizza una duplice finalità:

1. una di rilievo costituzionale: cioè l'esigenza di salvaguardare la personalità delminore attraverso l'utilizzo dell'istituto dell'incidente probatorio speciale. Più precisamente preservare il minore "*dagli effetti negativi che la prestazione dell'ufficio di testimone può produrre in rapporto alla [sua] peculiare condizione"*, mediante la sua sottrazione, in linea di principio, allo *strepitus fori* e la previsione di una sua rapida fuoriuscita dalla macchina giudiziaria;
2. una di natura endoprocessuale: l'anticipazione della testimonianza, soprattutto nel caso si proceda per reati attinenti alla sfera sessuale, assicura la genuinità della formazione della prova, in quanto la assunzione di essa in un momento quasi immediato alla commissione del fatto costituisce

anche una garanzia per l'imputato perché lo tutela dal rischio di indebolimento dell'apporto cognitivo che contraddistingue, in particolare, il mantenimento del ricordo del minore.

L'istituto dell'incidente probatorio si è rivelato, dunque, un ottimo istituto di tutela per i diritti fondamentali della persona con un sacrificio minimo e tollerabile per l'impostazione accusatoria, tipica del sistema processuale italiano.[17]

Originariamente l'art. 392 c.p.p. disciplinava esclusivamente i casi di stretta urgenza – *id est* di oggettiva non rinviabilità –, in cui la prova poteva essere raccolta in una fase antecedente a quella di naturale assunzione, ovvero nella fase dibattimentale.

Oggi, l'incidente probatorio "*ha […] perso i suoi connotati essenziali di esclusivo mezzo di formazione anticipata della "prova condizionabile".*[18]

Lo status di fragilità psicologica di soggetti che hanno subito reati particolarmente lesivi della persona, unitamente alla labilità dei loro ricordi[19], ha indotto il Legislatore ad elaborare l'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., il quale contempla l'assunzione – in incidente probatorio – della testimonianza non solo del minore, ma anche della persona offesa maggiorenne (e non inferma di mente) dei crimini elencati dalla norma stessa, al di fuori delle ipotesi di cui al primo capoverso. La nuova richiesta di contraddittorio anticipato è formulata dal pubblico ministero, ovvero dalla persona sottoposta alle indagini; l'offeso può limitarsi solamente a sollecitare l'organo dell'accusa.

È bene chiedersi: con la nuova formulazione dell'incidente probatorio o contraddittorio anticipato la vulnerabilità personale della fonte di prova è salvaguardata?

La risposta è negativa in quanto l'incidente probatorio "speciale", mira a garantire la genuinità delle dichiarazioni con esso raccolte e la vittima potrebbe, comunque, rivivere il trauma patito.

In definitiva, tale istituto, "*seppur utilissimo a perseguire le finalità inerenti la genuinità della prova dichiarativa […], risulta […] teleologicamente incoerente con le esigenze di serenità della vittima".*[20]

Nonostante pareri discordi sull'opportunità di fare ricorso al contraddittorio anticipato o incidente probatorio speciale, molti Autori hanno riconosciuto tale istituto come la strategia più efficace di protezione dell'offeso dal pericolo di vittimizzazione secondaria o ri- vittimizzazione, senza porsi in contrasto con il principio del Giusto Processo ex art. 111 Cost..

Nonostante i diversi interventi legislativi, difetta ancora una disciplina completa, soddisfacente ed armonizzata in tutto il territorio nazionale relativa alle modalità protette di audizione del soggetto passivo in indagini preliminari.

6. La vittimologia e la vittimizzazione secondaria o ri-vittimizzazione

All'interno del codice penale e del codice di procedura penale si trovano espressioni come "*l'offeso*", "*la persona offesa*", "*la persona offesa dal reato*" oppure "*soggetto passivo*", ma mai il termine "*vittima*".

Per vittima si intende "*chi sia titolare del bene giuridico protetto dal precetto penale violato*".[21]

La vittimologia nasce nel 1948 come scienza che ha come suo oggetto di studio la vittima del reato. Essa è descritta da Gulotta e collaboratori come: *"la disciplina che studia il crimine dalla parte della vittima con scopi diagnostici, preventivi, riparativi e trattamentali del reato e della conseguente vittimizzazione*".[22]

È proprio questa scienza che ha reso protagonista la figura della vittima all'interno del procedimento

penale "*riconoscendola, non solo, come soggetto passivo del reato, ma come una figura in grado di influire in modo significativo sulla dinamica criminale"*.

Nonostante i criminologi fossero a conoscenza dell'importanza relativa ai rapporti tra criminale e vittima, è solo negli anni Quaranta del Novecento che essi hanno avvertito la necessità di allargare le indagini sul soggetto passivo del reato, facendo leva sulla sua personalità, per giungere ad una migliore comprensione del fenomeno criminoso.

Il merito da attribuire alla vittimologia è quello di aver messo in luce, all'interno della diade criminale, la figura della vittima, intesa non solamente come soggetto che subisce passivamente le conseguenze di un reato nei suoi confronti, ma come parte attiva, che può addirittura diventare predominante durante un processo di vittimizzazione.

Quando si parla di vittima non si può non fare riferimento al concetto di vittimizzazione, in quanto al concetto di vittima si collega il concetto di sofferenza.

A seguito degli innumerevoli casi di cronaca nera che ultimamente stanno macchiando la nostra società, gli addetti ai lavori hanno rivolto la loro attenzione alla "*vittimizzazione secondaria*" o "*ri-vittimizzazione*".

Con tale espressione si indica "*il rischio che la vittima possa subire danni aggiuntivi, solitamente non deliberati, proprio da quelle figure che in realtà dovrebbero garantirne la tutela, come ad esempio i servizi socio-sanitari, la polizia, gli avvocati e i magistrati"* (Bouchard, 2019).

Si distingue tra vittimizzazione primaria e vittimizzazione secondaria.

La vittimizzazione primaria si riferisce agli effetti che derivano direttamente dal reato che la vittima ha subito; si tratta, dunque, delle conseguenze fisiche, psicologiche, economiche dei traumi subiti, attribuibili al reato.

La vittimizzazione secondaria o ri-vittimizzazione, invece, indica quelle conseguenze negative e dolorose indirettamente collegate al reato, ma derivanti, ad esempio, dall'impatto che la vittima ha con la macchina giudiziaria e i suoi protagonisti.

Occorre precisare che, vigendo nel nostro sistema penale il principio di non colpevolezza, secondo il quale l'imputato è considerato innocente fino alla sentenza definitiva, ne consegue che sino a quel momento non esiste un colpevole, né una vittima. In altri termini, finchè non è ascrivibile al soggetto nei cui confronti si procede la responsabilità della cosiddetta *vittimizzazione primaria*, egli non può "*pagare lo scotto*" della cosiddetta *vittimizzazione secondaria*.[23]

La vittima in questo caso viene considerata in relazione all'impatto del suo percorso nelle fasi derivanti dalla vittimizzazione primaria, quali le fasi delle indagini preliminari e del processo.

Si tratta di momenti delicati in quanto la persona vittima di reato, venendo per la prima volta a contatto con il sistema giudiziario, rischia di essere ulteriormente danneggiata da un punto di vista psicologico, per via di errori o inottemperanze commessi dalle istituzioni e dagli esperti che si muovono all'interno della macchina processuale.

In altri termini, i soggetti vittime di reato rischiano di subire un ulteriore danno che non risulta essere causato direttamente dal reato, ma da quelle figure professionali che adottando un determinato *modus agendi* dovrebbero garantire loro maggiore tutela evitando il peso di gravi sofferenze psicologiche.

Su tale fenomeno esistono pochi contributi questo perché la vittima del reato per anni ha occupato all'interno del sistema processuale penale una posizione marginale, mentre veniva posta attenzione

esclusivamente sull'autore del reato. Questa posizione marginale ha privato la vittima di due caratteristiche fondamentali: l'identità - cioè la negazione di autonomia, indipendenza, capacità di agire – e la comunità, ovvero estraniata dalla rete sociale.

Si è giunti, così, a capire che le vittime necessitano di un supporto non solo materiale ed economico, ma anche psicologico ed emotivo, e non solo immediatamente dopo la commissione del fatto di reato, ma anche durante il corso del giudizio e nelle fasi successive.

È provato che l'avvio dell'*iter* procedimentale provoca nella persona offesa, cioè nella vittima, pesanti frustrazioni nel momento in cui viene chiamata a ripercorrere esperienze mortificanti.

A tale riguardo, occorre menzionare la Decisione quadro del 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, la quale, all'art. 8, par. 1, dispone – in via generale – che ogni Stato membro assicuri "*un livello adeguato di protezione allevittime di reati ed eventualmente ai loro familiari o alle persone assimilabili, in particolare per quanto riguarda la sicurezza e la tutela dell'intimità della vita privata, qualora le autorità competenti ritengano che esista una seria minaccia di atti di ritorsione o prova certa di un serio intento di intromissione nella sfera della vita privata*".

La medesima norma lascia, poi, ai sistemi giuridici interni "*un ampio potere discrezionale quanto alle concrete modalità di conseguimento degli obbiettivi […] perseguiti*".[24]

Essa recita, per l'appunto, che "*ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare lepiù vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano dicl conseguire tale obbiettivo e che*

siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento" (art. 8, par. 4, Decisione quadro 2001/220/GAI).

Attenzione: il momento in cui l'offeso si trova a dover rendere la sua versione dei fatti dinnanzi all'autorità giudiziaria è il momento che maggiormente lo espone all'eventualità di una sua *vittimizzazione secondaria* o *ri-vittimizzazione*.

Nonostante nel sistema processuale italiano siano stati adottati opportuni accorgimenti in sede di deposizione della vittima in fase dibattimentale, le esigenze dell'offeso continuano a ricoprire un interesse secondario.

Si pensi, ad esempio, all'art. 498, comma 4, c.p.p., che recita: *"[l']esame testimoniale del minorenne 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 unesperto di psicologia infantile".*

Tale disposizione deroga alle modalità tradizionali di svolgimento dell'esame testimoniale, per due motivazioni:

1. quella di non pregiudicare la personalità del minore;
2. quella di assicurargli una serenità tale da considerarlo una fonte attendibile.

La normativa europea offre preziosi suggerimenti volti a proteggere l'integrità della vittima durante il giudizio penale, riducendo al massimo l'invasività del rito; prescrivendo che la vittima venga sentita per tempo – da persone specializzate e in luoghi idonei, in modo da consentire alla stessa di elaborare e nutrire un sentimento di fiducia con l'agente di polizia – evitando le ripetizioni non necessarie delle audizioni nel corso delle indagini e durante il giudizio, nonché il contatto visivo diretto tra aggressore e aggredito, mediante l'utilizzo di tecnologie di comunicazione più o meno sofisticate.

Si impone, inoltre, una disciplina che limiti al massimo la pubblicità delle udienze e che vieti la sottoposizione del teste vulnerabile a domande superflue sulla vita privata. Quanto al trattamento di tutela, destinato in modo particolare alle vittime minorenni, le fonti europee si sono ispirate ai canoni dettati dalla Convenzione di Lanzarote.

Sul presupposto che i procedimenti penali contro i reati compiuti a danno di minori debbano essere considerati "*a priority and carried out without any unjustified delay*" – procedere senza indugio - (art. 30, par. 3, Convenzione di Lanzarote), si prescrive che le audizioni della persona offesa abbiano luogo immediatamente dopo la segnalazione dei fatti alle competenti autorità, in locali adatti allo scopo e alla presenza di operatori con un'apposita formazione. Si impone, altresì, di ridurre allo stretto indispensabile – ai fini delle indagini e del procedimento – le occasioni in cui il minore viene sentito, dove lo si vuole accompagnato da un rappresentante o da un adulto di sua scelta. Si contempla, poi, la possibilità che la vittima minorenne possa essere ascoltata in aula, senza essere fisicamente presente, avvalendosi di idonee strumentazioni tecnologiche di comunicazione.

Nelle particolari ipotesi di procedimenti contro reati di tratta o legati allo sfruttamento sessuale di soggetti minori, gli Stati membri sono chiamati ad adottare tutte le accortezze necessarie, affinché le deposizioni della vittima – o del mero testimone minorenne – possano essere videoregistrate. In tal modo – conformemente alle legislazioni interne –, le videoregistrazioni possono essere utilizzate come prova nel procedimento penale, evitando che il minore sia più volte chiamato a rendere dichiarazioni.

Per completezza espositiva non si può non richiamare l'attenzione, per quanto riguarda l'audizione del minore, alla Carta di Noto, protocollo di intervista nato nel 1996 e, poi, aggiornato da ultimo nel 2017.

L'intervista segnalata per il testimone vulnerabile dalla Carta di Noto è la cosiddetta intervista cognitiva, una procedura nata dalla ricerca psicologica per fornire agli addetti del procedimento penale un metodo scientifico che consenta di ottenere resoconti meticolosi del fatto - reato. È caratterizzata da una strategia di recupero guidato: l'intervistatore specializzato si limita ad assistere colui che è sottoposto a prova dichiarativa nel percorso di accesso alla traccia di memoria, senza esercitare alcuna forma di condizionamento. Tale strategia di recupero guidato si articola in diverse fasi:

1. l'intervistatore deve cercare di costruire un rapporto di fiducia con l'intervistato, ponendo domande su argomenti estranei al fatto - reato;
2. in seconda battuta l'intervistatore chiede al testimone un suo racconto libero, privo di domande, cercando di fargli ricostruire il più accuratamente possibile il contesto spaziale e temporale del fatto e lo stato psicologico vissuto in quel momento, con la descrizione delle sue emozioni e dei suoi pensieri;
3. infine, laddove debbano essere rivolte domande, queste dovranno essere "*determinative*" (chi, che cosa, dove e quando), in cui inserire solo le informazioni fornite dall'intervistato sino a quel momento.

Le modalità protette e le interviste cognitive, quindi, rappresentano a tutti gli effetti gli strumenti più idonei di *protezione dal processo*. Le prime hanno come finalità quella di evitare la "*vittimizzazione secondaria*" della vittima del reato; le seconde, invece, mirano a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni. Tali strumenti, a parere di chi scrive, senza ombra di dubbio, intaccano l'equilibrio del diritto di difesa, costituzionalmente garantito, dell'imputato, il quale in sede dibattimentale si trova a confrontarsi con l'accusatore e a difendersi attraverso la formazione della prova davanti al Giudice con lo strumento dell'esame incrociato del testimone da parte della difesa.

Tale strumento di protezione – protocollo di intervista - a tutela delle vittime vulnerabili se da un lato costituisce una deroga alla regola ordinaria dell'esame incrociato, dall'altro costituisce una garanzia per la difesa dell'imputato che ha la possibilità di verificare, attraverso un metodo avvalorato

scientificamente, la genuinità delle dichiarazioni testimoniali e l'*iter* logico - giuridico delle argomentazioni con cui nella motivazione della sentenza il Giudice ha ritenuto quella testimonianza dotata di attendibilità.

7. Il ruolo dell'Avvocato penalista nella difesa delle vittime vulnerabili

"*Non conosco nulla al mondo che abbia tanto potere quanto la parolaconosco nulla al mondo che abbia tanto potere quanto la parola"* affermava Emily Dickinson, poetessa americana dell'800.

La parola, infatti, è lo strumento essenziale per l'Avvocato.

Il processo è un insieme di parole pronunciate e scritte per la conoscenza dei fatti, per la costruzione delle argomentazioni e degli atti difensivi e per la pronuncia della Sentenza che chiude l'iter processuale con il sigillo della "Verità Processuale".

Gli avvocati penalisti giocano un ruolo fondamentale nel garantire giustizia per le vittime e nel difendere i diritti di coloro che si trovano ad affrontare accuse di violenza sessuale, sfruttamento, induzione alla prostituzione, violenza su minori...

L'avvocato penalista - impegnato nella difesa - svolge un ruolo chiave nel garantire che i diritti dei suoi assistiti siano protetti, attraverso una comprensione approfondita delle leggi pertinenti e una difesa efficace in Tribunale, si batte per garantire un processo equo e per sfatare eventuali stereotipi.

Quando la vittima da difendere è un minore, l'avvocato in questo settore deve affrontare sfide uniche. La sua missione è quella di assicurare che i colpevoli siano puniti adeguatamente e che i diritti dei minori siano tutelati in modo completo.

L'avvocato, insomma, assume un ruolo di grande responsabilità nel garantire che la Giustizia sia servita e che i diritti delle vittime e degli imputati siano rispettati. La sua dedizione a difendere i vulnerabili e a promuovere la giustizia riflette la necessità di un approccio compassionevole e competente in un contesto così delicato.

L'avvocato deve essere "difensore" dei principi fondamentali della civiltà giuridica, garante del rispetto dei diritti umani fondamentali:

"*Molte professioni possono farsi col cervello e non col cuore. Ma l'avvocato no. (…) L'avvocato deve essere prima di tutto un cuore: un altruista, uno che sappia comprendere gli altri uomini e farli vivere in sé, assumere i loro dolori e sentire come sue le loro ambasce. L'Avvocatura è una professione di comprensione, di dedizione e di carità". (Calamandrei).*

Conclusioni

Da questo breve lavoro è emerso quanto sia necessario avere una conoscenza piena e particolareggiata del fatto che l'illecito deve essere considerato anche dal punto di vista della persona offesa dal reato.

I nuovi istituti introdotti sotto la spinta della normativa europea, al fine di tutelare la vittima, hanno avuto il merito di smontare il vecchio schema secondo cui mettersi dalla parte della vittima implicava, inevitabilmente, porsi contro il reo. Un simile cambiamento di prospettiva ha, così, determinato il passaggio da un ruolo marginale passivo della vittima ad un ruolo da protagonista, riconoscendogli una posizione quasi paritaria all'indagato, sin dalle prime battute del procedimento penale.

Sotto il profilo della tutela delle vittime, l'Italia, nonostante abbia recepito diverse fonti internazionali e sovranazionali, è ancora distante dall'obiettivo europeo di difendere tutte le vittime di reato che nel caso

concreto evidenzino particolari esigenze di protezione.

È necessaria una normativa preventiva *ad hoc* che coinvolga diversi soggetti dotati di competenze specializzate. Occorre sensibilizzazione, crescita culturale, educazione, educazione alla legalità, maggiori strumenti di tutela a protezione di tutti i soggetti coinvolti.

Invocando il titolo del presente lavoro "*La testimonianza della vittima vulnerabile nel processo penale*", va posto l'auspicio che il Legislatore italiano continui ad intervenire nella tutela della *vittima vulnerabile* con strumenti sempre più efficaci di protezione ed attuando una cultura del rispetto, di quel valore imprescindibile che è la dignità della persona, di ogni persona, a partire da chi, in concreto, si trovi per circostanza, sfortuna, nascita, territorio in condizioni particolarmente fragili, ma non per questo tali da svilire il senso di sé, l'orgoglio del proprio valore.

De jure condendo, è più che mai essenziale implementare una legislazione che consideri le vittime come soggetti forti, nel senso di portatori di diritti da tutelare con certezza ed efficacia, e spinga i soggetti, in genere, verso la giustizia e non verso la vendetta.

In tal modo, può prospettarsi all' orizzonte la realizzazione di ciò che è insito nel corpo del nostro ordinamento, cioè la possibilità di un'effettiva rieducazione e di concreto reinserimento nella società anche da parte del reo, evitando, così, di sovrapporre, a discapito degli uni o degli altri, la tutela delle vittime alle garanzie degli imputati o ai sistemi di recupero e di reinserimento dei condannati, o viceversa.

---

1 ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Istituto italiano di arti grafiche, Bergamo, 1930, p. 111; CONSO G., *Istituzioni di diritto processuale penale*, Giuffré, Milano, 1969, p. 162. Inoltre, si veda AIMONETTO M.G., voce *Persona offesa dal reato*, in Encicolpedia del Diritto, Vol. XXXIII, Giuffré, Milano, 1983, p. 319.

2 BENE T., *La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione: le nuove tendenze legislative*, in Archivio penale, 2013, 2, p. 490 ss.; GRIFANTINI F.M., *La persona offesa dal reato nella fase delle indagini preliminari,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 24 ss.; QUAGLIERINI C., *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Giuffré, Milano, 2003, p. 1 ss., p. 155 ss.; PARLATO L., *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Torri del vento, Palermo, 2012, p. 55. Cfr. ancora AIMONETTO M.G., voce *Persona offesa dal reato*, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXII, Giuffré, Milano, 1983, p. 318 ss.; GIARDA A., *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Giuffré Milano, 1971, pp. 11-12.

3 AMODIO E., *La persona offesa dal reato nel nuovo processo penale*, in Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 534-535.

4 CORDERO F., Procedura penale, Milano, 2003

5 Sul punto, cfr. CASSIBBA F.S., *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e Istanbul,* in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (acura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli,

Torino, 2017, p. 67 ss.

6 AMALFITANO C., *La tutela delle vittime di reato nelle fonti dell'Unione europea diverse dalla direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell'ordinamento nazionale*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 89 ss.

7 RECCHIONE, *Le vittime del reato e l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, Diritto Penale Contemporaneo, 25 febbario 2015.

8 SIRACUSANO D., *Elementi di diritto processuale penale*, vol. II, cap. V, *L'investigazione difensiva*, p. 165.

9 SURACI L ., *Le indagini difensive*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 12.

10 Testo approvato il 14 luglio 2001 dal Consiglio delle Camere Penali e modificato da ultimo il 19 gennaio 2007.

11 BELTRANI S. et al., *Codice di procedura penale – I codici commentati di Giuffrè*, 4. Ed, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.

12 DE CATALDO NEUBURGER L., *Testimoni e testimonianza "deboli"*, ISISC, Padova, Cedam, 2006, pp. 376 ss.

13 ALGERI L., *Il testimone vulnerabile*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1.

14 Si veda UBERTIS G., *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in Cassazione Penale, Giuffré Francis Lefebvre, Milano, 2009, p. 4059.

15 Così ILLUMINATI G., *La vittima come testimone*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Padova, 2015, p. 72. Si veda altresì BELLUTA H., *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 103.

16 Si veda SIMONATO M., *Deposizione della vittima e giustizia penale*. *Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Cedam, Padova, 2016, p. 122.

17 DI CHIARA G., voce *Incidente probatorio*, in Enciclopedia del Diritto, Vol. VI, Giuffré, Milano, 2002, p. 546.

18 MICOLI A. – MONTI D., *La tutela penale della vittima minore. Aspetti sostanziali e processuali*, CEDAM, Padova, 2010, p. 351; BIONDI G., *L'istituto dell'incidente probatorio dagli albori del codice di rito alle prospettive de iure condendo*, Giuffré, Milano, 2006; RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2011, pp. 1019 ss.

19 TODARO G., *Il sistema italiano di tutela della vittima del reato: analisi e prospettive*, in L. Lupária (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 99-114.

20 DI GIACOMO C., *La tutela del minore in sede di audizione testimoniale e le prospettive di attuazione della decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI*, in Cassazione Penale, Giuffré Francis Lefebvre,

Milano, 2011, p. 755.

21 PARZIALE Y., *Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze*, in Cassazione Penale, Giuffré Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 2139.

22 cit. in Compendio di criminologia, 2008, p. 247.

23 Sono di tale avviso, ad esempio, GIALUZ M., *La protezione della vittima tra Corte edu e Corte di Giustizia, in Lo statuto europeo delle vittime di reato*, in Giustizia penale europea, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2015 p. 25; ORMAZABAL SANCHEZ G., *El derecho de confrontación del acusado con los testigos- víctima en el processo penal español. Especial referencia al menor testigo*, in La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América, a cura di T. Armenta Deu, S. Oromi Vall-Llovera, Madrid, 2010, p. 136.

24 Così, Corte di Giustizia Unione Europea (C.G.U.E.), 21 dicembre 2011, causa C-507/10, X, § 28.

*** This work is peer-reviewed ***
Copyright © Author(s)
Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
Persistent Identifier (PID) ARK: ark:/56778/7670

AEQUITAS MAGAZINE
www.aequitasmagazine.it
Rivista mensile open access peer-reviewed
Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803
Codice CINECA E277033

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

Aequitas Magazine è un **periodico a cadenza mensile**, aderente alle buone pratiche editoriali (BOAI e COPE), *on line*, *open access* e *peer-reviewed*. Accetta lavori in Italiano e in Inglese.
Si contraddistingue per uno spirito scientifico informato al principio dell'*Aequitas* romana, funzionale ove il diritto vigente o la sua concreta applicazione si rivelino, in qualche misura, fallaci o incongrui, assicurando il giusto grado di elasticità a fronte della rigidità normativa che rischia di non realizzare le soluzioni più eque o appropriate ai tempi. Nell'odierna realtà, in continua e celere evoluzione, tra esigenze sempre nuove di tutela e regolamentazione, il diritto e la sua applicazione non possono prescindere da uno stretto, perpetuo e dinamico nesso con i valori di giustizia, buon senso, dignità umana e concreta equità.
Si connota dunque per un approccio eminentemente trasversale, multidisciplinare e intersettoriale, orientato a veicolare il dibattito scientifico verso una chiave di lettura che tenga conto di tutti i valori effettivamente in gioco, per stare al passo coi tempi in maniera attenta, giusta e ragionevole. Analizzare e comprendere la polifattorialità della realtà e dei fenomeni umani, in omaggio al *principio di Complessità* di Edgar Morin, è la metodologia elettiva.
In tale solco, la Rivista affronta soprattutto tematiche inerenti ad intersezioni e connessioni tra discipline: il diritto da un lato, antropologia, bioetica, geopolitica, storia e tecnologia dall'altro.
SSD "*Sociale*": Area 12 "*Scienze giuridiche*" - Aree Tematiche della Rivista:
- Current case law: Giurisprudenza contemporanea (es. Sezioni Unite di Cassazione)
- Current legal issues: Questioni giuridiche di rilevante attualità sociale, culturale e geopolitica
- Diritto Civile | Civil Law
- Diritto Penale | Criminal Law
- Diritto e Antropologia | Law & Anthropology
- Diritto e Bioetica | Law & Bioethics
- Diritto e Storia | Law & History
- Diritto e Tecnologia | Law & Technology

AEQUITAS MAGAZINE
www.aequitasmagazine.it
Rivista mensile open access peer-reviewed
Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803
Codice CINECA E277033

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

Volume n. 5 – Maggio 2025

in copertina Joan Miro, *Femme et oiseaux au lever du soleil, 1946*