

FRANCESCO TRAPELLA

La vittima della legalità violata. Spunti in tema di vulnerabilità

La vulnerabilità è qualifica tipicamente associata alla vittima del reato: a livello europeo, prim'ancora che interno, si sono elaborati meccanismi a tutela del soggetto passivo; per contro, sugli Stati grava l'obbligo di prevedere situazioni di potenziale rischio per l'offeso e di farvi fronte: con il lessico della Convenzione di Istanbul si parla di *risk assessment* e di *risk management*.

Il saggio intende esplorare la possibilità di applicare tali nozioni all'indagato, all'imputato e al condannato che, a vario titolo, patiscano trattamenti contrari alla legalità del procedere; anche per essi si proclamano strumenti di salvaguardia, atteso il potenziale di grave danno che le predette violazioni producono sulle prerogative della parte: il diritto di difesa, ma non solo. Si fa, così, un appello al rispetto delle norme, rifuggendo tanto *inventiones* capaci di comprimere in misura irrimediabile le posizioni dell'accusato, quanto l'immagine di un'autorità – giudiziaria od amministrativa se si guarda al contesto penitenziario – priva di limiti nell'esercizio dei propri poteri.

The victim of violated legality. Notes on vulnerability.

Vulnerability is a qualification typically associated to crime victims: EU Law, even before the domestic Law, developed mechanisms to protect victims' rights. States have to foresee potential risks for victims and to deal with them. According to Istanbul Convention we can talk about "risk assessment" and "risk management".

This essay intends to explore the possibility of applying these notions to the suspect, to the defendant or to the convicted who, for various reasons, undergo unlawful treatments. Instruments of protection are needed, given the potential risks for their prerogatives. We must avoid inventions capable of irreparably compressing the positions of the accused subject, and an image of judicial or administrative authorities without limits on the exercise of their powers.

SOMMARIO: 1. Un nuovo paradigma per la vulnerabilità. - 2. La valutazione del rischio per il vulnerabile. - 3. Appunti sul ristretto vulnerabile. - 4. Conclusioni.

1. *Un nuovo paradigma per la vulnerabilità.* Il crescente interesse manifestato dal mondo giuridico per il tema della vulnerabilità in ambito penale¹ impone una riflessione che porti il concetto oltre la dimensione della persona offesa².

¹ Non si guarda volutamente all'evoluzione del pensiero giuridico sul tema in settori diversi dal penale: per alcuni esempi in merito, meditando su alcune pronunce della Corte unionista, DE GIULI, *Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di Giustizia UE. La "vulnerabilità" e la sua polisemia, in ambito sociale, economico e ambientale nelle decisioni della CGUE*, in www.dirittopenaleuomo.org.

² Per un *excursus* sulle norme – europee, prima che nazionali – a tutela del vulnerabile nel sistema penale PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Torino, 2020, 2; STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *questa Rivista*, 2015, 2, 1 ss.; GIALUZ, *La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di giustizia*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Lupária, Milano, 2015, 19; LUPÁRIA, *Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE*, in www.penalecontemporaneo.it; VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, *Ibidem*; GIALUZ,

Lo spunto viene dall'*acquis* sovranazionale che, negli ultimi decenni, ha elaborato modelli ed indirizzi utili ad apprezzare lo *status* di debolezza di vittime e dichiaranti³: si tratta di una tendenza senz'altro giovevole alla tutela di altre figure processuali, almeno secondo le linee che questa ricerca intende tracciare⁴.

Occorre, così, parlare di un *indagato*, di un *imputato* e di un *condannato* vulnerabili, e lo si può fare riprendendo alcune considerazioni⁵ sul diritto alsaziano - ed, in particolare, sulla giurisprudenza riferibile agli artt. 2, 3 e 6 C.E.D.U.⁶ - e sulla Convenzione di Istanbul⁷: l'art. 51, *in primis*⁸.

Non sfugge che i riferimenti siano applicati all'offeso, sia per esplicito rimando normativo⁹, sia per costante richiamo giurisprudenziale¹⁰: proprio sotto

Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di Allegrezza, Belluta, Gialuz, Lupária, Torino, 2012, 59.

³ Mediante un vaglio operante ad un duplice livello: da una parte, i criteri normativi per l'identificazione della vulnerabilità - dal 2015, codificati nell'art. 90-*quater* c.p.p. - e, dall'altro, l'apprezzamento giudiziale *case by case*, escludendosi aprioristiche presunzioni di debolezza. In argomento PAULESU, *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di Bargis, Belluta, Torino, 2017, 155; BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in *Lo statuto europeo*, cit., 270; ID., *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu.

⁴ Partendo proprio dal dato etimologico - *vulnus*, cioè ferita, e il suffisso *-bilis*, cui si collega la possibilità di subire lesioni - già rammentato da BELLANTONI, *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari*, Torino, 2017, 2 in una ricerca che, in comune con la presente, ha l'obiettivo di guardare oltre il paradigma della vittima debole per estendere la nozione di vulnerabilità ad altri soggetti.

⁵ Sia concesso riferirsi all'inquadramento teorico tracciato da chi scrive in TRAPPELLA, *COVID-19 and criminal justice. European suggestions to protect the most vulnerable subjects*, in *Collected papers of the Faculty of Law of the University of Rijeka*, 2022, 2, 411.

⁶ Partendo ancora una volta dalla vulnerabilità della vittima per l'inerzia dell'autorità pubblica onde testare l'applicabilità del concetto agli altri soggetti testé individuati: la giurisprudenza alsaziana è copiosa sul primo aspetto. Tra le tante, recentissima - e tristemente nota - Corte EDU, 16 giugno 2022, De Giorgi c. Italia.

⁷ Per un *excursus*, CASSIBBA, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., in partic. 75 ss.

⁸ Per un inquadramento generale si rinvia a BATTARINO, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹ Basta leggere il testo della Convenzione di Istanbul, come evidenzia HEFTI, *Conceptualizing femicide as a human rights violation. State responsibility under International Law*, Cheltenham, 2022, 152, rammentando, peraltro, i richiami contenuti in alcuni arresti strasburghesi tra cui - riguardante l'Italia - *Talpis*.

quest'ultimo profilo, va notato come la Corte europea abbia impiegato l'aggettivo *vulnerabile* in 579 arresti tra il 1985 e il settembre 2022, con un'attenzione sempre maggiore per il tema¹¹; nei casi in cui la parola si legava al rapporto tra l'individuo e l'autorità penale, era quasi sempre riferita al soggetto passivo del reato. Il "quasi" si motiva per sparuti riferimenti alla debolezza dell'accusato, gravato da infermità fisiopsichica o minorenni¹².

Ne deriva che, almeno da una prima analisi, il diritto europeo guarda al tema in discorso sotto il profilo delle intrinseche fragilità dell'interessato. Esse, infatti, graverebbero la vittima di un peso ulteriore a quello del crimine già patito¹³ e, toccando l'imputato - ma, s'aggiunga, osservando i contesti investigativo e penitenziario, pure l'indagato e il condannato - lo appesantirebbero in maniera da rendere il processo e la pena esperienze di severità ulteriore rispetto al dovuto¹⁴.

¹⁰ Quanto agli artt. 2 e 3 C.E.D.U. l'elenco di arresti sul punto sarebbe lungo: basti rammentare alcuni *leading cases*, quali Corte EDU, 27 maggio 2014, Rumor c. Italia, Id., 9 settembre 2009, Opuz c. Turchia o Id., 28 ottobre 1998, Osman c. Gran Bretagna, oltre ai già menzionati *De Giorgi e Talpis*.

¹¹ Una semplice indagine sul portale HUDOC, effettuata inserendo il lemma *vulnerability* nella maschera di ricerca, ha permesso di ricavare tre arresti in cui i giudici usavano il termine tra il 1985 e il 1989, venti pronunce negli anni Novanta, 117 sentenze tra il 2001 e il 2010 e - si noti - 439 decisioni tra il 2011 e il 2022.

¹² Oltre a Corte EDU, 27 novembre 2008, Salduz c. Turchia, sono paradigmatici due casi, entrambi contro Malta (Corte E.D.U., 4 giugno 2019, Farrugia c. Malta e Id., 12 gennaio 2016, Borg c. Malta), sorti dalla doglianza di altrettanti ricorrenti che, a loro dire, a causa dell'orientamento della locale Corte costituzionale, avrebbero patito la limitazione delle garanzie enucleate dai giudici europei, proprio in *Salduz*, a vantaggio di arrestati infradiciottemi o inabili.

¹³ Aumenta, cioè, la possibilità di condizionamenti: con un esempio, CESARI, *La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame del teste minorenni*, in *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di Ead., Milano, 2015, 263 guarda all'infradiciottemne che «lotta per assumere una configurazione stabile». Lotta con la sua personalità - come bene evidenzia l'Autore - e, per ciò, il suo rapporto con il reato - e con le conseguenze dell'illecito - lo rende particolarmente fragile. In tema ed estendendo il discorso della vittima minorenni anche al *loquens* di pari età, pure BELLANTONI, *Soggetti vulnerabili*, cit., 5, PASCUCCI, *Le dichiarazioni del minorenni informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2016, 3070 o SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Padova, 2016, passim.

¹⁴ Parametro - quello della severità - che la Corte europea ha usato a più riprese per stabilire la rispondenza di un contesto all'art. 3 C.E.D.U. o meno: per un buon esempio si rilegga la *Torreggiani* (e il critico commento di VIGANO, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovrallollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it). In argomento, per una carrellata su casi più recenti, BASTIANELLO, *La trappola dei "fattori compensativi" nel calcolo della superficie minima di detenzione: nota ad una recente sentenza delle Sezioni unite*, in *questa Rivista*, 2021, 1, in partic. 5.

Sarà bene andare oltre e ragionare sulle condizioni che accentuano la debolezza di chi sia avvicinato dall'autorità penale. Non troppo tempo fa la Corte strasburghese censurò la Polonia per l'iniquità del processo subito da chi fu condannato sulla scorta delle provalazioni rese da una persona costretta a denunciare il falso sotto la prevedibile azione violenta di un gruppo criminale notoriamente avverso all'imputato¹⁵. L'approdo – diremmo: di buon senso – univa rilievi sul *fair trial* e sull'art. 3 C.E.D.U.¹⁶, applicabile, indipendentemente dalla qualifica – pubblica o privata – di chi ponga in essere i maltrattamenti, contro quel soggetto, tutore dell'ordine, che non sappia fare fronte al prevedibile pericolo per l'incolumità della vittima¹⁷.

Alle consolidate riflessioni sul divieto di trattamenti contrari al paradigma convenzionale si saldavano, in quell'occasione, le altre, sul giusto processo nelle quali riecheggiava il moto, ben chiaro allo studioso nostrano¹⁸, per cui, nei palazzi di giustizia, non ha seguito l'attività condotta in spregio ai diritti di chi la subisce.

E non è certo questione da confinare al singolo contributo probatorio, piuttosto trattandosi di una faccenda che, non coltivata in maniera corretta, rischia di impattare in misura esiziale sui rapporti tra le parti ed il giudice¹⁹, e di porre in ombra la globale equità del procedere²⁰. Così, si chiude il cerchio, almeno a

¹⁵ Corte EDU, 5 novembre 2020, *Ćwik c. Polonia*.

¹⁶ Questa lettura dell'art. 3 C.E.D.U. – o dell'art. 2 nei casi più gravi, di morte dell'offeso – non è nuova, ma riposa sulla solida esegesi dei giudici alsaziani. Sugli obblighi in tal senso gravanti sull'apparato pubblico, CASSIBBA, COLELLA, *Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis, Viganò, Torino, 2016, 69 ss.; ZACCHE', *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela delle vittime di reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 652-653; ZIRULLA, *Diritto alla vita*, in *Corte di Strasburgo*, cit., 55 ss. pone l'accento proprio sull'obbligo di proteggere persone aprioristicamente individuabili come *target* di violenze.

¹⁷ Nemmeno attraverso indagini effettive, come la Corte già ebbe modo di affermare in Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Assenov e altri c. Bulgaria* e in una susseguente giurisprudenza talmente solida da potersi definire granitica.

¹⁸ Moto notorio per l'insegnamento di Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 316 ss. con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*.

¹⁹ Del resto all'idea di inutilizzabilità che traluce dalla sentenza n. 34 si collega il controllo di legalità cui il giudice è chiamato a fronte della doglianza difensiva che un atto possa, in potenza, vulnerare il *set* di diritti dell'accusato: esattamente in questi termini GALANTINI, *Alla ricerca della "inutilizzabilità derivata"*, in *www.sistemapenale.it*. Proprio all'anzidetto vaglio di legalità è necessario riferirsi nell'esaminare le questioni sottese ai casi ora in analisi.

²⁰ Evidenzia GALANTINI, *Alla ricerca della "inutilizzabilità derivata"*, cit. che, dal punto di vista dell'autorità domestica, non si tratta di un giudizio sull'equità del giudizio in stile europeo, ma di una tutela dei diritti individuali. Senz'altro è opportuno rimarcare la diversità di prospettive che segna i rap-

rammentare il corretto significato di tale ultimo lemma, che fa del bilanciato rapporto *inter partes* il tratto più significativo del contraddittorio²¹ e, quindi, dell'esperienza processuale.

Se a ciò si collega la vulnerabilità intesa come situazione di svantaggio da taluno patita²², è facile giungere alla parte terminale del ragionamento. È tale il contesto di chi sia più debole del dovuto – occorrerà poi fissare bene la soglia del “dovuto” – e, quindi, esposto al rischio di subire violazioni²³.

Si rimane consapevolmente sul vago: troppa è l'importanza della protezione dei più fragili²⁴ per circoscrivere in modo netto il tipo di rischio corso dal bisognoso di tutela, con la conseguenza di includere solo alcuni, e non altri, nel piano di salvaguardia²⁵. D'altro canto, proprio la Convenzione E.D.U. non pratica distinzioni quanto ai diritti di cui si fa latrice²⁶: si può, allora, sempli-

porti tra le corti interne e quelle sovranazionali, pur non potendo tacere il nesso che tra essi si crea a leggere la disciplina delle sanzioni processuali – unico, vero baluardo di legalità processuale nell'ordinamento statale – in un'ottica europeisticamente orientata. In tema, anche CASIRAGHI, *Male captum e iniquità processuale tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1745; CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Padova, 2019, 81; GIUNCHEDI, *Le regole di giudizio e le regole di esclusione*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito e Chinnici, Padova, 2016, 236 ss.

²¹ Utilissimi e stimolanti spunti sui rapporti tra contraddittorio ed equilibrato rapporto processuale in AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 141 e in FERRUA, *Il “giusto processo” in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. giust.*, 2000, 1, 5. Più di recente, GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in www.penalecontemporaneo.it.

²² Come si limitano a sostenere quegli Autori che colgono l'estrema vaghezza del termine: FAWCETT, *Vulnerability: questioning the certainties in social work and health*, in *International Social Work*, 2009, 4, 473; HERRING, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford, 2016, 6.

²³ In questi termini BOUCHARD, *Sulla vulnerabilità nel processo penale*, in www.dirittopenaleuomo.org.

²⁴ Il vulnerabile non protetto segna l'insufficienza dell'ordinamento a dare voce ai diritti; la sua tutela apre lo spiraglio ad una giustizia che sappia guardare oltre la retribuzione e la distribuzione, per dirla con LEVINAS, *Trascendenza e male*, introduzione a NEMO, *Job et l'excès du mal*, Parigi, 1978 con traduzione di Di Blasio per i tipi di Città Nuova (Roma, 2009). Questi aspetti del pensiero di Levinas sono approfonditi in VERGANI, *Vulnerabilità. Premesse fenomenologiche delle categorie giuridiche nel pensiero di Levinas*, in *Etica & Politica*, 2020, 1, 563 ss.

²⁵ Si richiama l'analisi di PARLATO, *Vulnerabilità e processo penale*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, a cura di Spangher, Marandola, Torino, 2021, 440: l'Autore si chiede da che cosa occorra proteggere il vulnerabile, enunciando una serie di situazioni latamente definibili come traumatiche e che, senz'altro, trascendono il limitato – e limitativo – discorso dell'infrazione all'integrità fisica o mentale del più debole. La risposta al quesito lì posto, quindi, potrebbe essere che l'ordinamento è chiamato a salvaguardare il vulnerabile, scongiurando il rischio dell'infrazione ai suoi diritti.

²⁶ Ma pone, anzi, all'art. 1 un obbligo per gli Stati di proteggere i diritti consacrati nel trattato: è un «*threshold criterion*», condizione necessaria e sufficiente affinché uno Stato aderente possa essere sottoposto

cemente affermare che il vulnerabile sia l'esposto al pericolo di essere leso nelle stesse prerogative di cui è titolare proprio su indicazione del sistema strasburghese, donde l'obbligo - nella sua duplice dimensione, negativa e positiva²⁷ - gravante sull'autorità nazionale, di evitare il concretizzarsi della violazione.

Le premesse consentono sin d'ora di includere il destinatario dell'accusa penale o della risposta sanzionatoria tra i possibili vulnerabili, e ciò pure quando non sia portatore di disabilità o di quelle altre condizioni di intrinseca debolezza - l'età, ad esempio²⁸ - di cui si occupa tradizionalmente chi riferisca l'attributo agli imputati o ai condannati²⁹. Un processo ingiusto perché eccentrico rispetto ai parametri imposti dalle leggi sul rito o una pena segnata da un ingiustificato tasso di afflittività pongono chi li subisce ad un livello marcatamente inferiore rispetto all'autorità, avviando uno schema dei rapporti tra l'individuo e il pubblico potere che resta estraneo alle dinamiche costituzionali e convenzionali³⁰, offendendo i diritti di chi sia toccato da siffatto trattamento: quello ad un giudizio equo³¹, alla *privacy*³², alla libertà individuale³³,

allo scrutinio di conformità della C.edu e riconosciuto responsabile degli atti e delle omissioni compiute senza il dovuto rispetto del sistema convenzionale». Dal ché deriva che tutte le situazioni regolate in quella sede hanno pari dignità e valore, e meritano eguale tutela.

Il virgolettato è da MANCUSO, *Art. 1 - Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis, Viganò, Torino, 2016, 36 che ovviamente richiama, per la natura universale dei diritti convenzionali, Corte EDU, 7 luglio 1989, Soering c. Regno Unito.

²⁷ Quindi gli Stati non devono violare le norme e, al contempo, sono chiamati ad assicurare il rispetto delle medesime attraverso un solido quadro normativo ed un sistema giurisdizionale in grado di rispondere alle eventuali inosservanze dei singoli.

In questi termini, SCHABAS, sub *Art. 1 Cedu*, in *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, 92; SAPIENZA, sub *Art. 1 Cedu*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, 2012, 17-18; MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *questa Rivista*, 2019, 3, in partic. 1-2.

²⁸ Così riprendendo i due arresti strasburghesi pronunciati contro Malta tra il 2016 e il 2019 e che, proprio in forza della minore età degli imputati, parlando di *vulnerable defendants*.

²⁹ Nella prospettiva, cioè, per cui vulnerabili siano coloro che «per le loro caratteristiche personali, fisiche o psicologiche sono particolarmente esposti alla forza della giurisdizione»: il virgolettato è da MAROTTA, VASATURO, *Vulnerabilità e processo penale nella prospettiva criminologica*, in *La fragilità della persona*, cit., 139.

³⁰ Si pone un problema di legalità, inquadrabile nelle parole di PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, vol. II, Milano, 1965, 739: «se legittima è l'attività giurisdizionale dello Stato considerata in astratto, non legittima è, invece, l'ingiusta condanna».

³¹ Tra le tante e abbastanza recente, Corte EDU, 27 ottobre 2020, Ayetullah A.Y. c. Turchia esemplifica il modo in cui plurime violazioni della legalità investigativa e processuale possono impattare sulla complessiva equità del giudizio, con successiva violazione dell'art. 6 C.E.DU.

all'integrità fisica³⁴ o anche alla vita³⁵, a seconda di come si delinea concretamente la violazione.

Si palesano, insomma, entrambi i requisiti che – s'è visto – vengono tipicamente associati alla figura del vulnerabile: la lesione di un diritto soggettivo e la marcata debolezza del titolare della posizione infranta. Altro – s'è notato pure questo – non conta: né l'eventuale connotazione pubblica del responsabile dell'inosservanza³⁶, né il tipo di situazione giuridica compromessa³⁷.

Viene a definirsi una prima conclusione.

Il *vulnus* di legalità crea una zona franca nella corretta applicazione delle regole del procedere, con l'impossibilità per il singolo di reagire alla diversione, vuoi per la sua incapacità di orientarsi in un quadro estraneo a quello tratteggiato dalle norme³⁸, vuoi per la sua impotenza dinanzi a quella che resta una manifestazione del pubblico potere³⁹.

³² È la stessa Cassazione a parlare di un «danno da esposizione mediatica» conseguente al processo penale: Cass., Sez. III, 4 maggio 2016, n. 53734, in *www.dirittoegiustizia.it*. Si segnalano in merito anche i rilievi di MAGGIO, *Fattispecie indennitaria e danno da processo penale*, Torino, 2017, 103-104.

³³ Basta richiamare le parole di CAVALLARI, *La riparazione degli errori giudiziari secondo l'art. 24, ultimo comma, della Costituzione*, in *Giust. pen.*, 1954, I, 276 e ricordare che «l'ingiusta condanna per errore giudiziario viola il fondamentale fra i diritti riconosciuti e garantiti ai cittadini della Repubblica italiana».

³⁴ Corte EDU, 14 gennaio 2021, Kargakis c. Grecia tratteggia il quadro di una detenzione offensiva dell'art. 3 C.E.D.U. per l'inerzia – diremmo meglio: per la disattenzione – dell'autorità domestica di fronte alle evidenti patologie del ristretto, con sua impossibilità di curarsi tra le mura del carcere e di ottenere una misura alternativa per seguire un percorso riabilitativo.

³⁵ Con un esempio si potrebbe ragionare sull'elevato – eccessivo – numero di suicidi tra le mura carcerarie e argomentare sulla responsabilità dello Stato in ipotesi di violenze tra detenuti non denunciate o di inumane condizioni inflitte ai ristretti; si rimanda al volume di CENDON, GAUDINO, *Il suicidio e la responsabilità*, Vicalvi, 2015, 32 ss. che offre spunti di replica.

³⁶ Lo ha ben chiarito la Corte alsaziana in *Ćwik*.

³⁷ Sull'estensione a chiunque delle previsioni convenzionali di tutela, oltre alla bibliografia in nota e agli arresti già menzionati, Corte EDU, 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia, §§95-149.

³⁸ Non a caso s'è parlato di *invenzione del diritto* proprio nel senso di ciò che è contrario alla legalità del procedere: si veda VALENTINI, *Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, in *questa Rivista*, 2018, 2, *passim*.

³⁹ In quest'ottica «la legalità pretesa – dev'essere chiaro – è quella che definiremmo “rigenerata” dalla tavola di valori della Costituzione repubblicana»: solo in tal modo, si elimineranno «le incrostazioni tuttora rimaste di quell'epoca buia» – quella dei totalitarismi – «e certi pericolosi ritorni dei suoi tipici tratti inquisitori, sia pure nobilitati agli occhi della collettività con l'esigenza di lotta alla criminalità mafiosa o terroristica». La citazione è da NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *questa Rivista*, 2017, 2, 3. In argomento, dello stesso Autore, *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come “diritto costituzionale applicato”*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di Negri, Pifferi, Milano, 2011, 16; per ulteriori, utilissime riflessioni, ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in

Ecco, allora, che ha senso ragionare di vulnerabilità nell'ottica appena proposta⁴⁰.

Invocare il parametro fissato dalla legge⁴¹ serve, poi, a fissare la soglia del “dovuto” di cui si discorreva qualche pagina fa: quella oltre la quale lo squilibrio a svantaggio di chi riceve l'addebito o la reprimenda criminale scade nel patologico. Ci si pensi: è un limite che cala direttamente dal fraseggio europeo; è ben chiaro, nelle sentenze di Strasburgo, che il processo sia un male - esperienza coatta ed indesiderata per l'imputato - ma inevitabile⁴²; nondimeno, la pena non può essere più severa del necessario, pur mantenendo un nucleo irrinunciabile di durezza senza la quale, neanche a dirlo, di punizione non potrebbe parlarsi⁴³. Insomma, l'ordinamento è conscio del potenziale distruttivo che il sistema penale può produrre sulla vita del singolo e, per ciò, ne riduce le conseguenze all'essenziale.

L'idea di una vulnerabilità dell'accusato o del condannato è, allora, accettabile a patto di connetterla all'esigenza di limitare lo *spatium agendi* dell'autorità

Giur. it., 2008, 522; AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, in partic. 11 ss., che bene esemplifica il conflitto potenziale - e il cui tentativo di composizione è certo obiettivo della dogmatica - tra le esigenze dell'accertamento e le prerogative dei singoli, donde un concetto di efficienza che sappia valorizzare le prime senza sacrificare le altre.

⁴⁰ Che - si noti - non è troppo diverso dall'esigenza di proteggere testimoni e vittime anche *dal* processo, su cui Corte EDU, 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi o, in dottrina, MUSCELLA, *Un nuovo idolum theatri: la testimonianza del minore vittima di reati sessuali*, in *questa Rivista*, 2019, 12. Anche in quei casi, infatti, si ragionava sull'impatto che un'attività processuale può avere su *loquentes* e persone offese: ora si osserva il medesimo fenomeno, pur gravato dalla violazione delle regole procedurali. Lo stesso discorso - lo si sarà inteso, e lo si vedrà *funditus* proprio in queste pagine - vale pure nel segmento esecutivo.

⁴¹ Legge nel senso di *angewandtes Verfassungsrecht*, secondo SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege. Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, a cura di Bettermann, Nipperdey, Scheuner, vol. III, tomo 2, Berlino, 1959, 967.

⁴² In un arresto piuttosto recente (Corte EDU, 30 giugno 2022, Russishvili c. Georgia) i giudici alsaziani descrivono (§§58-62) l'*iter* per discernere tra le sfere di responsabilità dei singoli imputati e, quindi, per assoggettare a sanzione solo chi, all'esito di un percorso bilanciato (*rectius*: equo), appaia coinvolto nel fatto.

⁴³ Si citano, ma non sono certo le uniche, le pronunce sul sovraffollamento carcerario: *ex multis*, Corte EDU, 20 ottobre 2016, Mursić c. Croazia.

con l'opera del legislatore⁴⁴, cogliendo come ogni contrario esperimento vada a ledere i diritti dell'interessato e a porsi in conflitto con le fonti superiori⁴⁵.

2. *La valutazione del rischio per il vulnerabile.* Resta da chiarire il riferimento all'art. 51 della Convenzione di Istanbul, anticipato nelle note d'apertura⁴⁶. Esso⁴⁷ - è noto - chiama gli Stati ad allinearsi agli *standard* internazionali di protezione della vittima di violenza domestica⁴⁸, compiendo un'analisi dei rischi dalla medesima correnti nella concreta situazione di riferimento. Con una scelta lessicale in fondo estranea alla giustizia criminale⁴⁹, l'art. 51 esprime un'indicazione di metodo che, seguita, consente all'autorità domestica di onorare l'obbligo di protezione dei più deboli derivante dal sistema C.E.D.U.⁵⁰ Il *risk assessment* impone agli Stati di individuare i fattori di rischio⁵¹, di cogliere le eventuali lacune nell'impalcatura delle tutele offerte alla

⁴⁴ Merita, allora, riconsiderare in quest'ottica la nozione di discrezionalità applicabile nel procedimento penale: *amplius* e con sguardo rivolto al rapporto tra i poteri del giudicante nella fase decisoria e la funzione della parte motiva della statuizione, LORUSSO, *Il diritto alla motivazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁵ Cogliere il nesso tra sistema domestico e ordinamento alsaziano consente di comporre lo «scontro-incontro tra legalità diverse» di cui parla RIONDATO, *Ineffettività italiane della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e ruolo del giudice penale interno*, in www.penale.it. Al di là dell'indiscutibile difformità nelle tecniche di vaglio delle *quaestiones* loro sottoposte, i giudici interni e quelli europei argomentano sulla scorta del medesimo *set* di valori, al quale va necessariamente fatto richiamo nell'esaminare tematiche come quella in analisi in queste pagine.

⁴⁶ Per un inquadramento, nella letteratura d'oltre confine, MCQUIGG, *The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights*, Milton Park, 2017, *passim*; NOWAKOWSKA, *Ocena ryzyka w sprawach o przemoc w rodzinie*, in *Jak skutecznie chronić ofiary przemocy w rodzinie*, a cura di Mazowiecka, Alphen aan den Rijn, 2013, *passim*.

⁴⁷ Collocato nel complessivo impianto della Convenzione: si torni sulle osservazioni di CASSIBBA, *Le vittime di genere*, cit., 78.

⁴⁸ Obbligo ben delineato anche dalla giurisprudenza strasburghese e non certo estraneo al diritto della Piccola Europa, come osserva anche ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di Allegrezza, Belluta, Gialuz, Lupária, Torino, 2012, 17 ove l'Autore esplicita l'esigenza che il processo sia anche «strumento di tutela della vittima».

⁴⁹ Come correttamente osserva BATTARINO, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, cit.

⁵⁰ E dall'art. 50 della medesima Convenzione, che tratta di protezione *adeguata ed immediata* delle vittime: *amplius* sempre CASSIBBA, *Le vittime di genere*, cit., 77-78.

⁵¹ Guardando la violenza domestica si possono additare quali fattori di rischio il possesso di armi, la presenza di minori o trascorsi violenti: così, HEFTI, *Conceptualizing femicide as a human rights violation. State Responsibility Under International Law*, Cheltenham-Northampton, 2022, 152. L'Autore coglie gli esempi - e, quindi, dà conferma del metodo sin qui sunteggiato - da Corte EDU, 15 giugno

vittima del reato e di farvi fronte⁵² ai consueti due livelli già ben definiti dalla giurisprudenza alsaziana: quello normativo e quello giurisdizionale⁵³.

Ferma la premessa, se si è disposti ad apprezzare l'efficacia del criterio elaborato dalla Convenzione⁵⁴ e a riconoscere la vulnerabilità di coloro che scontano il *vulnus* di legalità nel contesto investigativo, processuale o penitenziario, allora è possibile trarre dall'art. 51 una regola universale e portarla oltre il ristretto settore della violenza domestica o di genere.

Vero è che la norma non parla espressamente dei vulnerabili; lo è del pari, però, che si riferisce a violenze e a rischi lesivi rientranti nell'alveo del testo convenzionale. In altre parti del trattato⁵⁵ o nell'*Explanatory Report* si evidenzia come nei contesti lì disciplinati i soggetti, attivo e passivo, non possano trovarsi in un rapporto paritario, al punto che, ad esempio, è vietato ogni obbligatorio tentativo di mediazione⁵⁶, perché sicuramente inefficace, se non dannoso per il più debole⁵⁷. Torna, così, il tema degli equilibri che riporta

2021, Kurt c. Austria su cui si veda anche STAVROS, *Kurt v. Austria: ECHR Positive Obligations Without a Coercive Sting?*, in www.ohrh.law.ox.ac.uk.

⁵² È il c.d. *risk management* che compare nella rubrica dell'art. 51. *Amplius*, GÜNEŞ, *International Human Rights Law and Crimes against Women in Turkey*, Milton Park, 2021, 120.

⁵³ Studiando una delle ultime decisioni in materia, riguardante il nostro Paese – si guarda, ancora una volta, a *De Giorgi* – è ben possibile osservare come la Corte, dapprima, si soffermi sul fatto che il legislatore abbia previsto uno strumentario a beneficio delle vittime e, poi, vada oltre, apprezzando il modo in cui gli operatori – là, la polizia giudiziaria e il pubblico ministero – abbiano saputo fare buon uso dei mezzi a loro disposizione.

⁵⁴ Nei termini di uno che «requires that the authorities are able to respond immediately to a domestic violence call» (NIEMI, PERONI, STOYANOVA, *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, Milton Park, 2020, 50). Viene evidenziato, ancora una volta, il requisito dell'immediatezza nella risposta dell'autorità: i tempi rapidi sono l'antidoto più efficace alla tutela del più debole, e in questo torna tanto *Talpis*, quanto *De Giorgi*.

⁵⁵ Ad esempio nell'art. 48, co. 1 che, giustappunto, vieta il ricorso obbligatorio a forme di risoluzione alternativa - diremmo, forse meglio, extraprocessuale - di controversie civili e di giudizi penali aventi ad oggetto episodi di violenza nel senso inteso dalla Convenzione.

⁵⁶ Utili spunti in CORTI, *Giustizia riparativa e violenza domestica in Italia: quali prospettive applicative?*, in www.penalecontemporaneo.it. L'Autore ricorda come la Convenzione vieti la previsione obbligatoria del divieto di mediazione, mancando un divieto assoluto in tal senso: in questa direzione muove la rettifica della prima versione, pubblicata in G.U. 28 novembre 2017, n. 278. Eppure una lettura orientata all'*Explanatory Report* impedisce di accordare *tout court* fiducia ad opzioni conciliative, proprio nell'interesse della persona offesa.

In materia di mediazione e con un approccio utile alla comparazione, PELIKAN, *Victim-Offender-Mediation in Domestic Violence cases – A Comparison of the Effects of Criminal Law Intervention: the Penal Process and Mediation. Doing Qualitative Research*, in *Forum: Qualitative Social Research*, 2002, III, 1.

⁵⁷ Vedasi, giustappunto, il §252 dell'*Explanatory Report*.

immediatamente alla dimensione di fragilità - e, quindi, di inferiorità - che connota il vulnerabile.

Sotto altro profilo, va ricordata la tecnica argomentativa che la Corte alsaziana applica nell'avvicinarsi ai casi di studio: si guarda all'approccio compensativo⁵⁸, figlio della logica *floue*⁵⁹ cui i giudici europei improntano il loro concetto di equità. A ben vedere, da *Al-Khawaja*⁶⁰ e, poi, ancor di più con *Schatschaschwili*⁶¹ prende piede l'idea che il procedimento sia una sequela di eventi, di valore positivo o negativo per ciascuna delle parti, da portare in equilibrio⁶², concedendo margini di vantaggio laddove prima vi siano state situazioni sfavorevoli sofferte dagli interessati⁶³.

La tutela del vulnerabile si riduce, in fondo, a questo: chi ne invoca la protezione *dal* processo⁶⁴ chiede meccanismi capaci di elidere gli effetti disfunzionali che su di esso produce l'attività giudiziaria⁶⁵; altro non è che un'azione

⁵⁸ Un'esauriente analisi del tema, in BOLDRIN, *Approccio compensativo e overall fairness nella giurisprudenza della Corte edu, tra relativismo delle garanzie e altre derive*, in www.laegislazionepenale.eu.

⁵⁹ Per tutti, DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986, *passim*.

⁶⁰ Corte EDU, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Thaery c. Regno Unito*.

⁶¹ Corte EDU, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*.

⁶² Ragionano sul fatto che, al di là del modo in cui è nata la riflessione sul *counterbalancing*, poi, essa si sia tradotta in un paradigma applicabile a tutto il procedimento penale CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, *passim*; GOSS, *Criminal Fair Trial Rights, Article 6 of the European convention on Human Rights*, Oxford, 2016, 140.

⁶³ E sempre con sguardo attento alla dimensione concreta dei casi all'attenzione della Corte nella quale vivono le garanzie riconosciute ai singoli, come testimonia l'evoluzione della giurisprudenza da *Salduz ad Ibrahim*. Un'evoluzione - o, meglio, un'espansione, riferita al ricorso al *counterbalancing* - che BOLDRIN, *Approccio compensativo*, cit., 5 definisce «preoccupante», ma che, comunque, ha il pregio di stimolare un'analisi dogmatica sull'equità e sugli equilibri che necessariamente debbono connotare il rapporto *inter partes*: una logica, questa, che ben può essere impiegata a presidio della vulnerabilità nella direzione sostenuta in questo lavoro.

⁶⁴ In dottrina, LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 879; PARLATO, *Vulnerabilità e processo*, cit., 444; DELVECCHIO, *Il danno alla vittima del reato e i suoi rimedi*, Padova, 2017, 140. Guardando al noto caso Corte EDU, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia, BOUCHARD, *La vittimizzazione secondaria all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.diritto penale uomo.org. Parla di «odioso fenomeno della vittimizzazione secondaria» VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *questa Rivista*, 2021, 2, 25.

⁶⁵ L'esposizione alla forza della giurisdizione, per dirla nuovamente con MAROTTA, VASATURO, *Vulnerabilità e processo penale nella prospettiva criminologica*, cit., 139.

ortopedica a rimedio della debolezza dell'interessato⁶⁶, figlia della stessa dialettica equitativa - o, forse meglio e di nuovo, della meccanica degli equilibri - che anima le decisioni della Corte europea⁶⁷.

Raccogliendo le fila, dal sistema della Grande Europa sopraggiunge un'indicazione interessante: il valore che permea l'agire dell'autorità penale è l'equità, concepita nel senso del bilanciato rapporto tra coloro che fruiscono, equidistanti, del responso giudiziale; la legge deve farsi carico di mantenere saldo il bilanciamento, censurando ogni concreto contegno contrario⁶⁸. La generale validità di queste affermazioni consente di riconoscere all'archetipo tracciato dall'art. 51 della Convenzione di Istanbul una forza di sicuro superiore a quella derivante dal suo tenore letterale.

Si può, allora, affermare che lo schema *risk assessment / risk management* non opera in materie diverse dalla violenza domestica perché a dirlo è l'art. 51, ma perché quel disposto è figlio dell'argomentare alsaziano⁶⁹, degli obblighi - positivi e negativi⁷⁰ - gravanti sulle autorità nazionali e del *counterbalan-*

⁶⁶ E che non desta certo preoccupazioni, essendo una nozione focalizzata sulla vittima del crimine (in tema, GIOLO, PASTORE, *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018, *passim*, ma pure BERNARDINI, *La capacità vulnerabile*, Napoli, 2021, in partic. 30 ss.) e, quindi, l'intervento di sostegno è visto senz'altro positivamente.

⁶⁷ Su questo, oltre agli Autori già menzionati, utili spunti in KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1177 ss.

⁶⁸ BOLDRIN, *Approccio compensativo*, cit., 2, nota 2 intravede in questa dinamica i tratti di un «riscoperto giusnaturalismo postmoderno»: lettura affascinante, rischia, però, di portare all'elisione del richiamo alla legalità sostenuto poco più sopra. Meglio detto, occorre inquadrare il discorso nel rapporto tra valori, principi e norme, di talché esse ultime sono serventi ai precetti nei quali i *conditores* riflettono le rispettive impostazioni valoriali. Così, quando l'art. 51 della Convenzione di Istanbul - ma, più in generale, la Corte europea - obbliga gli Stati ad attivarsi a tutela delle posizioni di parte, osservando che queste debbono essere garantite dall'indagine, dal processo e dall'eventuale esecuzione della pena, non si può negare che tali contesti debbano essere bilanciati e lasciare spazio ad ognuno degli attori coinvolti, senza cancellarne la possibilità di parola. Il *counterbalancing* va applicato esattamente in questa direzione. Anmoniscono circa il rischio di portare in ombra i diritti individuali - preoccupazione condivisa da chi ora scrive e contro la quale si sostengono le tesi in esposizione - MECCARELLI, PALCHETTI, SOTTIS, *I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio*, in *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di Id., Madrid 2014, 9.

⁶⁹ Inteso come complesso di finalità cui aspira la Grande Europa da cui, per vero, figliano sia la Convenzione E.D.U., sia quella di Istanbul. Intravede un rapporto di *genus a species* tra i due testi, DI STASI, *Il diritto alla vita e all'integrità fisica con particolare riferimento alla violenza domestica (artt. 2 e 3 CEDU)*, in *CEDU e ordinamento italiano*, a cura di Ead., Padova, 2020, 6, nota 15.

⁷⁰ Per un *excursus* sulla giurisprudenza in materia si rinvia a MONTAGNA, *Obblighi convenzionali*, cit., 2 ss.; VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 244 ss.

cing come tecnica a baluardo di quella stabilità che riesce ad evitare immotivate lesioni delle prerogative individuali⁷¹.

La protezione del più fragile è, quindi, anticipata al frangente in cui il potere statale è tenuto a prevedere ambiti di potenziale pericolo per le categorie deboli⁷²: tornando alla vittima di lesioni della legalità processuale, l'obbligo di vagliarne i rischi costringe il legislatore ad attrezzare una serie di meccanismi capaci di limitare l'arbitrio dell'autorità⁷³, a vantaggio dell'ortodossia del procedere⁷⁴.

Contrastano con questa visione tanto disposti mal scritti, che legittimino esegesi variegata abili a ridurre i margini nell'esercizio dei diritti di parte⁷⁵, quanto interpretazioni creative, funzionali ad obiettivi diversi da quelli assegnati all'indagine, al processo e alla sanzione dalle fonti superiori⁷⁶.

Con un primo esempio, l'ostinato⁷⁷ rifiuto nell'intravedere profili di invalidità in quel giudice che mal gestisca l'esame incrociato ed impedisca - o, sempli-

⁷¹ L'idea di un bilanciamento come strumento a risoluzione dei conflitti di interesse è propria, sia pure con toni molto diversi, anche dell'argomentare della Corte costituzionale: per questi rilievi si rimanda a BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*.

⁷² Sulla prevedibilità del pericolo come requisito per il riconoscimento, sullo Stato, degli obblighi degli artt. 2 e 3 C.E.D.U., ancora una volta, merita rileggere *Ćwik*.

⁷³ Questo percorso argomentativo porta ad affermare l'obbligo per il legislatore di scrivere *bene* le norme e il dovere per l'interprete di darne una lettura scevra di *inventiones*. In tema, VALENTINI, *Norme processuali penali e interpretazione*, in *Cass. pen.*, 2019, 3392; DINACCI, *Legalità processuale e nomoflachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 1 ss.; RODORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, 123.

⁷⁴ Non si può negare che «l'esondazione dell'*argumentum* giudiziario rispetto al dato di legge non segnala solo momenti di patologia applicativa, ma intacca l'*ubi consistam* dell'intera giurisdizione e lo stesso ruolo del giudice in una dimensione rispettosa del comando costituzionale»: così, DINACCI, *Legalità processuale*, cit., 5-6.

⁷⁵ Quelle di cui parlava CALAMANDREI, *La crisi del processo civile in Germania*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, 130 quando denunciava la «prevalenza sempre più decisa del potere discrezionale» e la progressiva, ma costante «abolizione delle forme processuali».

⁷⁶ Figlie, probabilmente, dell'interesse dei processualisti per la legalità, più limitato di quello dei sostanzialisti. Coglie il fenomeno LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁷ L'aggettivo si lega alla copiosa - si potrebbe dire: granitica - giurisprudenza sull'art. 499 c.p.p. (co. 6, in particolare) che rifiuta la tesi della nullità o quella dell'inutilizzabilità di quei contributi raccolti alla presenza di un giudice che commetta errori nel gestire il proprio ruolo di coordinatore del processo e che, quindi, ammetta domande inammissibili, escluda quesiti perfettamente proponibili o ne formuli lui di altri nocivi. Tra le tante, Cass., Sez. III, 24 febbraio 2012, n. 7373: la si ricorda a più di un decennio di distanza, ritenendola paradigmatica della pervicace contrarietà di cui si tratta. Merita ricordare pure le isolate voci (parzialmente) fuori dal coro: Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331, in

cemente, limiti immeritadamente – il controesame⁷⁸ esprime l'intento evidente⁷⁹ dell'autorità di sottrarsi agli obblighi di tutela delle prerogative di parte – qui, quelle originanti dall'art. 111 Cost., ma pure dall'art. 6 C.E.D.U. – rendendo senza ragione vulnerabile quella che, inibita nell'interazione con il *loquens*, sia privata del diritto di provare i propri asseriti⁸⁰.

Il paradigma disegnato dall'art. 51 della Convenzione di Istanbul, *mutatis mutandis* adattato alla fattispecie in analisi, impone al legislatore di cogliere nell'eccessivo protagonismo del giudice dibattimentale un pericolo per i rapporti processuali⁸¹, di avvedersi di orientamenti favorevoli alla conservazione di tali contegni nelle aule di giustizia e di approntare modifiche capaci di limitarli; nondimeno, collide con una simile valutazione la tesi giurisprudenziale per cui, non prevedendosi espressamente sanzioni, l'ingerenza immotivata della corte sia perfettamente ammissibile⁸².

Il veloce richiamo ad uno scenario dibattimentale piuttosto frequente rende bene l'idea del come, in quelle circostanze, la parte che venga zittita⁸³ o che

www.sistemapenale.it, con nota di GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*.

⁷⁸ Situazione che dovrebbe condurre all'inutilizzabilità per la lesione di un parametro costituzionale, prim'ancora che convenzionale: quello legato all'inviolabile diritto di difesa. Utilissimi spunti in materia, in GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 70.

⁷⁹ E funzionale ad un obiettivo – diremmo e l'aggettivo tornerà appresso – pseudoefficientistico, senz'altro legato all'interesse del sistema di salvare l'accertamento, ancorché condotto in modo non appieno aderente alle regole di correttezza. Una bella riflessione su tempistiche – e, quindi, efficienza, secondo l'odierna vulgata – dell'accertamento, garanzie costituzionali e, s'aggiunga, aspettative di un'opinione pubblica ineducata all'ortodossia del penale, in MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁸⁰ L'inquadramento delle categorie che esemplificano il modo in cui le domande, a seconda di come formulate, possono determinare esiti diversi nell'accertamento – e l'opposta riflessione sul come l'impedimento ad esprimerle possa rivelarsi esiziale per la strategia di parte – è da sempre oggetto di analisi in dottrina. *Amplius*, UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Encicl. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 433; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, a cura di Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, Torino, 2007, 119; VARRASO, *Violazione del divieto di domande suggestive*, in *Cass. pen.*, 2006, 1155; PAULESU, *Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale*, Torino, 2002, *passim*.

⁸¹ Ad esempio con un giudice che intervenga, suggerendo lui stesso la risposta alla parte: *amplius*, COLAMUSSI, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale*, in *Cass. pen.*, 1993, 1798.

⁸² Rilievi critici su questi aspetti, derivanti dalla struttura stessa delle norme sulla *cross examination*, in FERRUA, *Lacune ed anomalie nelle regole dell'esame incrociato*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 4, 1.

⁸³ Perché, magari, il giudice ritiene di limitare il controesame alle sole circostanze indicate nella lista testi avversaria, mentre la parte intende andare oltre: esiste un indirizzo giurisprudenziale che limita in tal modo quello che, invece, è un diritto connaturato nel paradigma costituzionale sulla difesa: Cass., Sez. IV, 23 marzo 2005, n. 20585, Rv. 232243.

subisca deviazioni di ogni sorta nel proprio percorso argomentativo versi in una condizione di marcata debolezza sia rispetto al proprio antagonista – che, invece, trarrà vantaggio dall’atteggiamento del decidente⁸⁴ – sia nei confronti del giudice, che avrà esercitato i propri poteri in misura illegittima.

L’aggettivo *vulnerabile*, in tal contesto, è perfettamente impiegabile.

Guardando ad un altro settore, argomenti assimilabili valgono per la fase preliminare⁸⁵, ben lungi, oggi, dall’essere un mero prologo del giudizio⁸⁶: si pensi, per tutto, alle incertezze attorno all’iscrizione della *notitia*⁸⁷ in questo o in quel modello di registro⁸⁸. Come la Corte europea ha rimarcato, per l’indagato non è indifferente che la registrazione occorra contro ignoti o contro di lui⁸⁹: banalmente, finché manchi la nota soggettivizzata, è possibile un’inchiesta oscura con corrispondente elisione delle garanzie per l’accusato, prima tra tutte la conoscibilità dell’iscrizione⁹⁰.

Il perdurare delle perplessità anzidette sostanzia un fattore di rischio⁹¹ cui il legislatore dovrebbe mettere mano, fornendo alla disciplina dei registri ben

⁸⁴ Con un ultimo esempio, si pensi al modo in cui la Corte ha sdoganato le domande nocive, escludendo che la risposta ad esse sia inutilizzabile (Cass., Sez. I, 14 luglio 2005, n. 39996, Rv. 232941) e senza riflettere come, in tale ipotesi, sia lesa la libertà di autodeterminazione del teste. È ovvio che un giudice che ammetta la domanda nociva avvantaggi in maniera indebita chi l’ha posta. Sull’inutilizzabilità della replica al quesito nocivo, FERRUA, *Lacune ed anomalie*, cit., 8, nota 24.

⁸⁵ Attorno alla quale muove la speranza di efficienza connessa ai recenti rivolgimenti: cfr. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla riforma Cartabia (profili processuali)*, in www.sistemapenale.it.

⁸⁶ *Amplius* CAMON, *La fase che “non conta e non pesa”: indagini governate dalla legge?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 425.

⁸⁷ Adempimento su cui si registra un *vulnus* di controllo, come giustamente evidenziano DINACCI, *Sempre incerti ruolo e limiti dell’iscrizione nel registro delle notizie di reato*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3010; SURACI, *Davvero un problema risolvibile? “Vecchie” questioni e “nuovi” progetti in tema di controllo sull’iscrizione nel registro delle notizie di reato*, in www.treccani.it.

⁸⁸ Per una sistematica della disciplina, spesso rimessa alla *sofi-law* più che alla fonte primaria, non si può che guardare a MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero*, Padova, 2001.

⁸⁹ Corte EDU, 15 marzo 2022, Bjarki H. Diego c. Islanda, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1147.

⁹⁰ Una bella analisi su queste prassi devianti, alimentate, peraltro, da provvedimenti *sub-legislativi* di varia natura, in BOTTINO, *Indagini contro ignoti: il deficit difensivo nei confronti del futuro indiziato*, in *Pre-investigazioni (espediti e mezzi)*, a cura di Scalfati, Torino, 2020, 123.

⁹¹ I limiti e lo scopo di questo lavoro – meramente introduttivo di una ricerca cui si prevede di dedicare ben più ampio spazio – non consentono di esplorare le tante criticità di cui è foriero l’assetto vigente. È bene, quindi, indulgere ad un altro richiamo, questa volta ad uno studio sul diritto all’informazione dell’indagato, pregiudicato da ritardate od inesatte annotazioni: si veda, allora, CIAMPI, *Diritto all’informazione nei procedimenti penali: il recepimento law profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014, n. 101. Letter of Rights e Full Disclosure nel procedimento penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it.

altra copertura dell'attuale: come a dire che, giustamente, la riforma ha dato alla notizia di reato precisi contorni⁹², tuttavia meglio sarebbe stato sottrarre alla *soft-law* le regole sui registri, saldando la corretta iscrizione a previsioni sanzionatorie per l'autorità che la mal gestisca.

Analizzare le fattispecie processuali in termini di rischio e concepire quest'ultimo come un pericolo per i *checks and balances* processuali - e, quindi, per la possibilità di esercitare appieno i diritti di parte, secondo i precetti delineati dalla fonte costituzionale o dalle norme europee - induce ad un richiamo alla legalità per tutti gli operatori della giustizia, con la pretesa di sanzione⁹³ a censura di ogni condotta deviante, poiché offensiva dei dettami fondanti l'archetipo di giustizia processuale promosso nell'ordinamento⁹⁴.

Da ultimo, la possibilità di attribuire il connotato di vulnerabile a chi sia ristretto in particolari - ed, in fondo, illegittime - condizioni di debolezza nel rapporto con l'autorità penale permette - s'è detto - di recuperare gli equili-

⁹² Proprio la Relazione illustrativa dello schema di decreto attuativo della L. 27 settembre 2021, n. 134 conteneva rilievi assolutamente condivisibili: «si sono individuati, per un verso, i presupposti per l'iscrizione nel registro delle notizie di reato e, per altro verso, i requisiti necessari per l'iscrizione del nominativo della persona - se identificata - alla quale la notizia stessa debba essere attribuita. Quanto al profilo oggettivo, rielaborando uno spunto nato in seno alla Commissione Riccio, la notizia di reato è stata definita - nel comma 1 del novellato art. 335 - come la rappresentazione di un fatto caratterizzato da determinatezza e non inverosimiglianza e riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice. Le circostanze di tempo e di luogo del fatto non sono indispensabili a integrare il requisito della determinatezza: dunque, esse sono indicate solo ove risultino; ovviamente, ove dovessero essere individuate in epoca successiva, l'iscrizione andrà in tal senso integrata. Quanto all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito (attualmente disciplinata all'interno del vigente comma 1), i requisiti sono precisati nel nuovo comma 1-bis dell'art. 335 c.p.p.: il nominativo va iscritto quando, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o in epoca successiva, risultino «indizi a suo carico». Tale espressione, mutuata per coerenza sistematica dall'art. 63 c.p.p., vale ad escludere sia la sufficienza di meri sospetti, sia la necessità che sia raggiunto il livello di gravità indiziaria».

⁹³ La sanzione processuale assurge, allora, a strumento di garanzia della legalità, così intendendosi anche quella che deriva da norme costituzionali precettive di immediata applicazione, come sono gli artt. 13 o 14 Cost. a baluardo delle libertà individuali. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, 194 coglie il nesso tra questa visione della Carta fondamentale e l'impianto della Convenzione E.D.U., dal che deriverebbe una sanzione di inammissibilità della prova raccolta illecitamente, cioè *contra Constitutionem* (e, s'aggiunga, *contra Europam*). Per un'analisi di questi orientamenti dottrinali, GUALTIERI, *Prove illegittime e sanzioni processuali*, in *Studi Urbinati. Scienze giuridiche, politiche, economiche*, 2021, in partic. 124-125.

⁹⁴ La previsione sanzionatoria - si crede - è la sola capace di ridurre l'endemica evanescenza del concetto di equità: nozione, questa, che - già si diceva in tempi non recentissimi e guardando a contesti diversi da quello alsaziano - resta «tra le più essenziali (...) ma nel contempo tra le più evanescenti, incerte e contraddittorie» (GUARINO, *Equità (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1960, 619).

bri invocati dalla Corte strasburghese⁹⁵. Si tratta di un elemento che ha un potenziale senz'altro superiore a quello riferibile ai soli temi della vittima: esattamente per questo lo si è applicato ad un paio di esempi di distorsione dalla correttezza dibattimentale od investigativa e lo si adatterà ad una particolare – ed, invero, poco nota – fattispecie penitenziaria, regolata da una (discutibile) disciplina di rango *sub*-legislativo.

3. *Appunti sul ristretto vulnerabile*. Per inquadrare un terzo esempio di vulnerabilità nel senso inteso da questo lavoro, ed attinente all'esecuzione della pena, occorre scomodare – si pensi – il Trattato di Prüm⁹⁶ e la sua insoddisfacente normativa di attuazione nell'ordinamento nostrano.

Concepito all'epoca dell'Unione a pilastri⁹⁷, veniva recepito dall'Italia con quattro anni di ritardo⁹⁸ ed attuato, per alcune sue parti, in tempi ulteriormente dilatati: queste prime battute contribuiscono a sostanziare il primo dei requisiti dello scenario foriero degli squilibri di cui si diceva e, cioè, la norma mal scritta⁹⁹.

Secondo una dinamica purtroppo nota al cultore dei rapporti con altri sistemi, l'Italia ha posticipato l'adesione e la concreta applicazione del trattato,

⁹⁵ Oltre alla bibliografia già in nota, su questo specifico tema, TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2006, 84.

⁹⁶ Siglato il 27 maggio 2005 tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi ed Austria.

⁹⁷ Sull'obiettivo di armonizzazione perseguito dal trattato, MARANDOLA, *Information sharing nella prospettiva del Trattato di Prüm e della decisione di recepimento nel quadro giuridico dell'Unione*, in *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, a cura di Peroni, Gialuz, Trieste, 2009, 165.

Sui prolegomeni del trattato nell'ottica del cammino di integrazione europea, senza pretesa di esaustività, CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 974; BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, *Ibidem*, 2005, 144; RAFARACI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di Id., Milano, 2007, 3; DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, 2007, 290.

⁹⁸ Con L. 30 giugno 2009, n. 85 su cui *Banca dati del DNA e accertamento penale. Commento alla legge di ratifica del Trattato di Prüm, istitutiva del database genetico nazionale e recante modifiche al codice di procedura penale (l. 30 giugno 2009, n. 85)*, a cura di Marafioti, Lupària.

⁹⁹ E, in questo caso, anacronistica, vista l'evoluzione, nel sistema *post*-Lisbona, delle normative sulla circolazione di dati sensibili: in materia, chiarissima, GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in *questa Rivista*, 2019, 1, 5.

omettendo di restare al passo con l'evoluzione dell'apparato unionista¹⁰⁰ - velocissima, nell'ultimo quindicennio -, con il rischio di elaborare norme concorrenti e non sempre in rima con quelle, più nuove, enunciate a livello continentale¹⁰¹.

Sempre restando ad un livello di prima approssimazione, merita una nota la discrasia tra il testo europeo e quello interno¹⁰²: proprio per la parte che sarà oggetto di prossimo approfondimento, la normativa domestica si perde in contraddizioni interne e svislisce l'intento dei compilatori unionisti, ora prevenendo, per la raccolta del D.N.A., il solo prelievo di campioni di mucosa dal cavo orale di colui che sia *in vinculis* per una sentenza definitiva o per ordinanze di custodia cautelare o di arresti domiciliari (art. 9, L. n. 85 del 2009), ora ammettendo l'accertamento anche sui capelli e sui peli (art. 224-*bis* c.p.p.), ora comprendendo pure, a fini identificativi, l'indagine attraverso la saliva dell'interessato (art. 349, co. 2-*bis*, c.p.p.)¹⁰³.

Muovendo oltre questi rilievi preliminari - che già bastano, comunque, ad anticipare il dato per cui si discorrerà di un recluso vulnerabile, in quanto vittima, *in primis*, di una normativa mal scritta e divergente dagli obiettivi tracciati dalle fonti di livello superiore - si scende nel dettaglio dell'esempio.

¹⁰⁰ Dinamica ben nota, si diceva: si pensi alla forzata coesistenza, sempre in materia di circolazione probatoria, tra le norme attuative della Convenzione di Bruxelles (d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52) e il recepimento della direttiva sull'O.E.I. (d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108).

¹⁰¹ Sempre restando sul generale, la L. n. 85 del 2009, tutt'ora vigente, ha dovuto fare i conti con il sopraggiungere dei provvedimenti *post-Lisbona*: la direttiva 2016/680/UE, ad esempio, che, coeva del GDPR, ha regolato il trattamento dei dati personali effettuato all'interno di ciascun ordinamento dall'autorità giudiziaria o di polizia. In tema, PULITO, *Il trattamento dei dati personali in ambito penale e l'uso del passenger name record per contrastare il terrorismo e altri gravi reati*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 1140 ss.; SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 86-87.

¹⁰² Anch'essa, *leit-motiv* del normatore nostrano: si pensi al dibattito, lunghissimo e mai completamente sopito, circa l'emissione di un mandato d'arresto europeo per l'estero al fine di eseguire un'ordinanza italiana di arresti domiciliari: ciò che parrebbe consentito dall'art 28, co. 1, lett. a), L. 22 aprile 2005, n. 69, ma non dalla decisione quadro sul M.A.E. *Amplius*, ZANETTI, *Il mandato d'arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Torino, 2009, 131 o, più recente, CASTELLANETA, *MAE e arresti domiciliari: la Cassazione interviene a chiarire il valore del Vademecum del ministero*, in www.marinacasellaneta.it.

¹⁰³ In questi termini, RIVELLO, *La perizia*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 448-451. Sulla tecnica normativa impiegata dal legislatore del 2009, FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. proc. pen.*, 2009, 19. Si noti come la L. n. 85 del 2009 non abbia apportato modifiche all'art. 349, co. 2-*bis*, c.p.p., introdotto nell'estate del 2005, con ciò attestando l'inesistenza di un'univoca nozione di prelievo biologico nell'ordinamento.

Esiste una circolare del *Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria*, datata 24 ottobre 2016¹⁰⁴, che si prefigge l'obiettivo di dettare «linee operative cui attenersi» per l'«attività di prelievo dei campioni biologici, finalizzata alla tipizzazione del D.N.A. presso il Laboratorio Centrale per la Banca dati nazionale del D.N.A. ed alla successiva alimentazione della Banca dati nazionale del D.N.A.», in ossequio all'art. 9 L. n. 85 del 2009 e all'art. 5, co. 4, D.P.R. 10 aprile 2016, n. 87 di (tardiva) esecuzione della normativa di sette anni precedente.

Si badi che, se lo scopo del Trattato di Prüm era intensificare la cooperazione transfrontaliera e, di lì, lo scambio di informazioni tra Stati (art. 1, par. 1), anche mediante la creazione e la gestione di «schedari nazionali di analisi D.N.A. al fine di perseguire le violazioni penali» (art. 2, par. 1), l'art. 5, co. 1, D.P.R. n. 87 del 2016 – come la successiva circolare del 24 ottobre 2016 – prescrive il prelievo di due campioni di mucosa orale per ciascuno dei soggetti in elenco all'art. 9, co. 1, L. n. 85 del 2009: arrestati in flagranza, sottoposti a fermo¹⁰⁵, individui raggiunti da ordinanza di arresti domiciliari o di custodia cautelare, detenuti in fase di espiazione di una pena irrogata con sentenza definitiva per un delitto non colposo, soggetti ai quali sia stata applicata una misura alternativa sempre in relazione ad una condanna per un delitto non colposo¹⁰⁶ e i destinatari di una misura di sicurezza, anche disposta provvisoriamente.

Ora, il salto logico tra l'obiettivo manifestato a livello sovranazionale e le modalità operative interne è evidente: il prelievo di mucosa orale non è certo il solo modo per ricavare campioni di D.N.A. e, quindi, per ottemperare al comando derivante dal Trattato di Prüm. Non mancano certo metodiche meno invasive¹⁰⁷: oltre a quelle disciplinate nel codice di rito agli artt. 224-*bis* e 349, co. 2-*bis* c.p.p., sarebbe possibile la provvista unitamente alla raccolta

¹⁰⁴ Reperibile integralmente sul sito istituzionale del Ministero della giustizia.

¹⁰⁵ Purché il provvedimento applicativo della misura pre-cautelare sia stato convalidato dal giudice (art. 9, co. 3).

¹⁰⁶ Con l'esclusione dei delitti elencati dall'art. 9, co. 2: i reati dei «colletti bianchi», secondo la definizione di GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2630.

¹⁰⁷ Questo, peraltro, era il suggerimento degli addetti ai lavori già all'entrata in vigore della L. n. 85 del 2009: vedasi MALUDROTTU, CANGIANO, *Il prelievo del D.N.A. nell'ambiente penitenziario. Profili tecnici*, in *Rass. penit.*, 2011, 2, 27.

delle impronte digitali attraverso uno *scanner* simile allo S.P.A.I.D.¹⁰⁸, opportunamente modificato per l'approvvigionamento delle cellule epiteliali rilasciate per contatto dall'individuo in fase di identificazione¹⁰⁹.

Insomma, il modo per impattare sulla persona assoggettata all'accertamento in misura più docile esiste, dal ché si fatica ad accettare la tetragona formula dell'art. 9 L. n. 85 del 2009 e della sua normativa di attuazione. Ma tant'è, e si proceda oltre nella lettura della circolare del 24 ottobre 2016.

S'afferma che «l'attività di prelievo dei campioni biologici è doverosa per questa Amministrazione Penitenziaria e costituisce un obbligo giuridico cui le persone detenute e internate non possono sottrarsi»; segue la considerazione che l'ordinamento penitenziario «già preveda forme di coercizione», oltre a disposti «funzionali a superare, ma solo in casi eccezionali, il rifiuto di eseguire ordini legittimamente impartiti»¹¹⁰. Chiude l'argomento il rilievo che «l'attività di prelievo della mucosa orale ... non appare più invasiva della perquisizione personale svolta nei confronti del detenuto a fini di prevenzione generale», per cui, anche in un'ottica di bilanciamento (*sic!*), il ricorso alla forza appare, alla bisogna, pienamente motivato.

Eppure, a riflettere sul tipo di operazione governata dalla circolare - e l'esperienza del Covid-19 rafforza quanto si va sostenendo -, non mancano rischi per chi sia costretto all'estrazione del materiale e vi si opponga: al di là della lesione al decoro, alla dignità e alla riservatezza¹¹¹, pare arduo riuscire a rispettare le *guidelines* che il mondo scientifico ha elaborato per assicurare la correttezza dell'intervento e la validità dei dati raccolti¹¹²; non mancano, poi, rischi per la salute di chi eserciti resistenza all'inserimento del tampone e al suo strofinamento sulla mucosa, data la lunghezza e la rigidità del bastoncino in uso per il prelievo.

¹⁰⁸ Acronimo per *Sistema Periferico di Acquisizione delle Impronte Digitali*. Negli anni il sistema si è rilevato particolarmente utile e versatile: per utilizzarlo basta un PC portatile collegato ad uno *scanner*; il guasto dell'aprile 2022 ha, tuttavia, rivelato la necessità di migliorarlo, come emerge pianamente dall'*atto di sindacato ispettivo 4-07279* del 14 luglio 2022, promosso al Senato e pubblicato sul sito istituzionale www.senato.it.

¹⁰⁹ Così, MALUDROTTU, CANGIANO, *Il prelievo del D.N.A.*, cit., 27, nota 56.

¹¹⁰ I virgolettati, da pag. 2 della circolare in commento.

¹¹¹ Valori, questi, che campeggiano nel testo della circolare (pag. 3) e di cui si raccomanda - s'immagini - la piena tutela.

¹¹² Si pensi solo al caso di un soggetto che opponga resistenza e, muovendosi in modo scomposto, impedisca il corretto inserimento del tampone, alla maniera e nelle tempistiche dovute: ci si domanda quale sia l'esito di quell'operazione e se gli si possa accordare valenza scientifica.

Da ultimo – e tornando su un piano prettamente giuridico – non ha pregio il paragone operato dalla circolare tra la perquisizione e l’attività ora in analisi. Sotto il profilo teorico si potrebbe ritenere che si tratti sempre di indagini che, pur impattando sulla libertà dell’individuo, siano connaturate nel contatto tra il mondo carcerario e il ristretto e, pertanto, siano legittimabili in base allo stesso titolo detentivo¹¹³. L’approdo, però, non soddisfa, data la diversità nel fine perseguito durante gli accertamenti in discorso: l’uno, infatti, è funzionale al mantenimento dell’ordine e della sicurezza nell’istituto, mentre l’altro segue gli obiettivi di cooperazione transnazionale tracciati dalla L. n. 85 del 2009; peraltro le esclusioni elencate dall’art. 9, co. 2 della legge attuativa confermano che il prelievo di mucosa non sia un atto essenziale all’esecuzione della sentenza – se così fosse, sarebbe obbligatorio per tutti e in ogni caso – ma un *quid pluris*, servente – s’è detto – ad una logica diversa.

Perde di valore, così, pure il discorso sul bilanciamento che chiude la circolare del 2016: se la raccolta di materiale biologico non è consustanziale alle privazioni successive all’avvio dell’esperienza detentiva, occorre ragionare sulla sua compatibilità con l’art. 13 Cost., escludendola laddove si rammenti che la Consulta ha ritenuto l’illegittimità di coercizioni fisiche non giurisdizionalizzate, tali da limitare, sia pure per un tempo brevissimo, la possibilità di movimento¹¹⁴, o i rilievi effettuati su parti intime del corpo, normalmente non esposte alla pubblica vista¹¹⁵.

Non basta dire che sussiste un obbligo di legge e che, quindi, è concesso l’uso della forza: così come si presenta, la circolare del 2016 è un atto di diritto amministrativo che invade una sfera inviolabile dei diritti individuali, eludendo le garanzie consacrate nella Carta fondamentale. E, se il presupposto è illegittimo – come, si crede, lo è in questo caso – non paga certo il richiamo all’art. 41, co. 1, ord. penit., applicabile, invece, in caso di resistenza, anche

¹¹³ Sulla scia di questo argomento, ad esempio, Corte cost., 15 novembre 2000, n. 526 ha legittimato la perquisizione in carcere, purché condotta in maniera rispettosa della persona e della dignità di chi la subisce. Quindi, secondo questo orientamento, la perquisizione non richiede un titolo giurisdizionale ulteriore rispetto a quello che applica la pena, tuttavia, per non sfociare nella violazione dei diritti del ristretto, l’amministrazione penitenziaria è tenuta a vigilare sull’esecuzione concreta dell’atto investigativo, assicurando la salvaguardia del pudore, della dignità e della persona del recluso. In dottrina, su questi temi, DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l’amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹⁴ E non da oggi: si legga Corte cost., 21 giugno 1960, n. 45.

¹¹⁵ Corte cost., 22 marzo 1962.

passiva, all'esecuzione degli ordini - aggiungiamo noi: conformi alla legge - impartiti.

Dopo avere recuperato i contenuti della circolare ed averli contestualizzati nel panorama di riferimento, è possibile valutare l'opportunità di riferire l'attributo *vulnerabile* al ristretto che, opponendosi al prelievo, vi sia costretto con la forza; in caso di risposta positiva, si ipotizzerà l'applicazione del modello derivato dall'art. 51 della Convenzione di Istanbul per testare i profili di responsabilità dell'autorità statale.

Nel paragrafo di apertura s'è detto che la condizione di vulnerabilità risponde al dislivello¹¹⁶ sofferto da un soggetto nel rapporto con un altro¹¹⁷ in forza di una normativa lacunosa e/o nell'inerzia¹¹⁸ - o, peggio ancora, nella complicità¹¹⁹ - del pubblico potere. Peraltro la Consulta ha da poco rammentato come ogni limitazione dei diritti individuali abbia carattere derogatorio delle norme generali di Costituzione o di legge, se v'è una riserva in tal senso: non può, quindi, avere una portata generalizzata¹²⁰.

¹¹⁶ Lo spunto è derivato proprio dalla riflessione su quella debolezza sulla quale concordano tutti gli studiosi del concetto. Oltre alla bibliografia già in nota, si rinvia ulteriormente a CERQUA, *Fonti deboli e processo penale. I congegni di protezione dei dichiaranti particolarmente deboli*, Bologna, 2018, *passim*; ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Milano, 2017, *passim*.

¹¹⁷ Non importa se pubblico o privato: questa, d'altra parte, è la lezione che deriva dalla giurisprudenza strasburghese in materia. Si pensi a *Kargakis*: il vulnerabile era un custodito cautelare afflitto da patologie respiratorie di speciale gravità, donde l'infrazione dell'art. 3 C.E.D.U. da parte dell'autorità greca, che restava ferma dinanzi ai patimenti del ricorrente, peraltro aggravati dalle disposizioni della direzione penitenziaria di riferimento.

¹¹⁸ Dunque, in forza della violazione degli obblighi positivi e negativi derivanti dalla Convenzione: sul punto, ancora, MONTAGNA, *Obblighi convenzionali*, cit., in partic. 2-6.

¹¹⁹ Proprio questo - si crede - è il ruolo che la pubblica autorità sembra avere nella descrizione dei fatti in *Ćwżk*, laddove il giudice ha sottovalutato (o, forse meglio, ha taciuto) l'appartenenza degli aggressori del teste ad una fazione avversa all'imputato.

¹²⁰ L'occasione è stata la declaratoria di illegittimità costituzionale del visto di censura della corrispondenza tra il ristretto in regime intramurario speciale e il suo difensore: Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18, con note di CATANEO, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41-bis*, in www.sistemapenale.it; MENNELLA, *La Corte costituzionale torna sulla garanzia del diritto di difesa dei detenuti in regime di cui all'art. 41bis nelle comunicazioni con il proprio difensore. Commento alla sentenza Corte cost. n. 18 del 2022*, in www.osservatorioaic.it; SOTTILE, *L'intervento manipolativo della Corte costituzionale nel quadro della conformazione costituzionale del diritto di difesa nell'esecuzione penale (riflessioni a margine della sentenza n. 18 del 2022)*, in www.giurcost.org. La Corte riprendeva l'adagio da un suo precedente arresto - Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349 su cui, tra i tanti, FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione e tossicodipendenza*, Milano, 2011, 138 - sempre in tema di detenzione ex art. 41-bis ord. penit.

Date queste coordinate, è impossibile ignorare la vulnerabilità del ristretto cui sia ordinato di sottoporsi alla raccolta del materiale biologico alla maniera regolata dalla circolare del 24 ottobre 2016. A più riprese i giudici alsaziani hanno ricordato come integri un trattamento *contra Conventionem* quello che esorbita il livello minimo di severità insito nella quotidianità carceraria¹²¹: è proprio di quell'ambiente il rifiuto di un rapporto paritario tra i detenuti e il personale di polizia, con susseguente assoggettamento dei primi alle indicazioni impartite dall'autorità; queste, però, non possono tradursi in un'ulteriore accentuazione del divario con i ristretti, con azzeramento della loro dignità, del loro decoro ed, infine, dei diritti di cui restano comunque portatori¹²².

Il prelievo di mucosa è un fattore di potenziale nocimento per chi lo subisce e, sulla base dei ragionamenti sviluppati in queste pagine, va dallo Stato considerato, dato il suo obbligo di *risk assessment* a beneficio dei vulnerabili. C'è, infatti, un duplice rischio: per chi non si oppone, l'informazione rivolta-gli, sì come prevista dalla circolare, dal D.P.R. n. 87 del 2016 e dalla L. n. 85 del 2009, non tiene conto di altre tecniche di provvista, meno invasive e adatte, comunque, ad espletare gli obiettivi del Trattato di Prüm; per chi rifiuta l'operazione, resistendo, il pericolo è che venga usata la forza per scopi che non pertengono all'esecuzione della pena e, per come oggi disciplinati, sfuggono al campo dell'art. 41, co. 1, ord. penit.¹²³

¹²¹ Con un esempio, si ricorderà certo l'argomento speso in Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, capofila di una serie di arresti in materia di sovraffollamento carcerario, che hanno toccato il nostro Paese, ma non solo. Per un *excursus*, MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in www.penalecontemporaneo.it; DELLA BELLA, *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, *Ibid.*

¹²² Sui rapporti tra la libertà del detenuto e il ruolo dell'autorità, anche con sguardo rivolto alla fattispecie regolata dall'art. 608 c.p., BRASIELLO, *Libertà personale*, in *N. dig. it.*, Torino, 1937, 873 o, più recentemente, CHIAROTTI, *Abuso d'autorità contro arrestati o detenuti*, in *Enc. dir.*, Milano, I, 1958, 176; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1985, VIII, 745. Riflette in generale sul concetto di abuso nella normativa sostanzialistica, ragionando anche sul delitto previsto dall'art. 608 c.p., FERRATO, *Il concetto di abuso: l'arbitraria utilizzazione della qualifica autoritativa nella violenza sessuale*, in *questa Rivista*, 2021, 1, in partic. 6-7.

¹²³ Disposto che, peraltro, parla di un uso *indispensabile*: ciò che qui non è, attesa la possibilità di realizzare gli obiettivi del Trattato in altro modo. Sui requisiti dell'art. 41 ord. penit., RIVELLO, *Impiego della forza fisica e uso dei mezzi di coercizione*, in *Dispense di diritto penitenziario*, a cura di Rivello, Marro, Torino, 2019, 77 ss.

Cogliendo le suggestioni dalla Convenzione di Istanbul, dal *risk assessment* si passa al *risk management*, e lo Stato è tenuto a fronteggiare il prevedibile danno alle posizioni soggettive, muovendosi sia a livello di corretta normazione, sia attraverso l'agire efficace degli operatori della giustizia: magistrati, polizia, apparato amministrativo. Ebbene, sotto il primo profilo già è stato censurato il *draft*, non pienamente aderente agli intenti dei *conditores* sovranazionali e foriero delle distorsioni di cui si sta trattando.

Non piace né la sola parziale implementazione dei *dicta* europei ad opera della normativa del 2009¹²⁴, né l'ibridazione tra fonti di primo livello e disposti *sub*-legislativi quale la circolare del 2016¹²⁵: il risultato è una gestione dei diritti del ristretto dissonante rispetto all'iniziale previsione del Trattato di Prüm¹²⁶. Le mancanze dell'art. 9, co. 4, L. n. 85 del 2009 – consistenti nel prescrivere il solo prelievo di mucosa orale per il campionamento biologico¹²⁷ – vengono ereditate dalle disposizioni subordinate, in una sequela di passaggi che confermano – anzi, aggravano – i rischi insiti nelle regole più risalenti.

Guardando, poi, al contegno di chi sia chiamato ad applicare le norme, la loro vaghezza – meglio: la loro sciatteria¹²⁸ – avalla condotte distorte: vidimando

¹²⁴ Si richiama nuovamente MALUDROTTU, CANGIANO, *Il prelievo del D.N.A.*, cit., 5 ss., ma si fa pure riferimento all'assenza di normative più recenti e migliorative del testo del 2009.

¹²⁵ La circolare entra a pieno titolo in quella che la teoria generale ormai è solita definire come *soft-law*, «fenomeno quasi antitetico all'idea del diritto nella misura in cui, pur privo di forza cogente, sarebbe tuttavia produttivo di effetti giuridici»: così, la definizione di VALVO, *Soft-law e (in)certezza del diritto con particolare riguardo all'ordinamento dell'Unione europea*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2020, 28. In tema, pure FERRARESE, *Soft law: funzioni e disfunzioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di Somma, Torino, 2009, 70 ss. L'Autore ritiene giustamente che la *soft law*, per quanto espressiva di un fenomeno in costante espansione, sia foriera di grandi incertezze che rendono arduo darne una precisa configurazione giuridica.

¹²⁶ Su questi temi, oltre agli Autori già menzionati in nota, MAZZANTINI, *Diritto penale e banca dati del DNA: finalità dell'analisi genetica e problemi aperti*, in www.sistemapenale.it; SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona. Uno studio comparato sull'uso (e abuso) delle Banche dati del DNA a fini giudiziari*, Milano, 2017, *passim*; ID., *La Banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, Bologna, 2019.

¹²⁷ Ai non esperti in materie biologiche basterà ricordare che «il DNA è ricavabile da diverse tipologie di sostanze biologiche quali sangue, mucosa del cavo orale (le cui cellule sono presenti nella saliva), cellule epiteliali, peli, capelli, unghie, ossa, liquido seminale». Così, MALUDROTTU, CANGIANO, *Il prelievo del D.N.A.*, cit., 6.

¹²⁸ Il problema della vaghezza della norma penale impatta su quello della prevedibilità del trattamento: la norma indeterminata apre a molteplici soluzioni, con pericoli di cattiva gestione delle medesime, quando incompatibili con il dettato di legge o delle fonti superiori. Un'analisi sul tema, in CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen": il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in www.la legislazione penale.eu (in partic., 10).

l'uso della forza, si accetta, ad esempio, che un detenuto sia legato ad una sedia e costretto al prelievo, così obliterando le conquiste che, *ultra fines*, si sono compiute attorno al concetto della prigionia dignitosa.

L'art. 3 C.E.D.U. è di nuovo parametro di correttezza dei rapporti tra il singolo e l'autorità, ed è, ancora, il referente che potrà fondare ricorsi contro il nostro Paese, formulati da chi abbia subito il trattamento - degradante, se non inumano¹²⁹ - di raccolta coattiva di materiali organici.

Questa, del resto, è la sola replica che potrà derivare dal *laissez-faire* che, nell'odierna temperie, sembra toccare l'amministrazione dei diritti umani, piegati, con costanza, a finalità eterogenee, dal ben noto sapore pseudoefficientistico¹³⁰.

Ad accettare l'impostazione proposta, poi, si può pure discutere della validità, in termini processuali, del prodotto derivante dall'accertamento condotto secondo la circolare del 2016: s'è già notato¹³¹ come l'ingresso di un'evidenza originata da una lesione delle prerogative individuali impatti sul rapporto tra chi decide e le parti, con ragionevole pregiudizio per esse ultime. Alla luce del dato, pare arduo accordare utilizzabilità all'oggetto del prelievo coatto, praticato contro la volontà del ristretto o - forse, è pure peggio - coartandolo con l'inganno derivante dal non avergli spiegato la natura e le implicazioni dell'atto.

Certo, i detrattori dell'opinione sin qui sostenuta potrebbero farsi forti dei più recenti arresti¹³² che confermano le difficoltà nel parlare di inutilizzabilità deri-

¹²⁹ Secondo la corretta esegesi dell'art. 3 C.E.D.U. Tra i tanti contributi sul punto, si segnalano TIGRINO, *La tortura, metastasi di un cancro millenario: l'irrisolto contrasto fra tutela della dignità umana ed esigenze di accertamento penale*, in *questa Rivista*, 2018, 3, 1 ss.; MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 Cedu*, in www.penalecontemporaneo.it; CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Ibidem*; CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, *Ibidem*; COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. contemp.*, 2011, 221 ss.

¹³⁰ Si allude - sarà chiaro - alla *nonchalance* con cui si parla oggi di efficienza nel processo penale. Sarebbe opportuno recuperare qualche elemento dall'analisi giusfilosofica sul punto: per tutti, leggasi TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 207 ss.

¹³¹ Di nuovo, *Čwżk*.

¹³² Corte cost., 9 dicembre 2022, n. 247.

vata¹³³, per asserire che, pur volendo sancire l'illegittimità del prelevamento, quel che ne deriva ben potrebbe essere impiegato per future occorrenze d'inchiesta, in base ad una dinamica, in fondo, nota fin dalle Sezioni unite *Sala*¹³⁴.

Un tale approccio non convincerebbe, e non tanto perché si ignori l'ontologica difformità tra l'atto nullo e la prova non utilizzabile, o perché si voglia tacere che l'art. 185, co. 1, c.p.p. operi solo per il primo e non per la seconda¹³⁵; la risposta sta, piuttosto, nel risalente assunto del 1973 – qui già nominato¹³⁶ – per cui, concedendo efficacia al materiale raccolto indebitamente, si nullificherebbe lo strumento a tutela dei diritti di chi abbia subito la violazione. In tal modo, non solo l'approvvigionamento del campione è *contra ius*, ma pure quel che da lì se ne trae¹³⁷.

La sanzione processuale assume i connotati di uno strumento a presidio della legalità, elidendo ogni espediente che se ne allontani: l'adagio vale in ogni frangente del contatto tra l'individuo e l'autorità penale, compresi quelli *post rem iudicatam*. Le conclusioni che seguono permetteranno di meglio focalizzare questi aspetti.

4. *Conclusioni*. La tradizionale propensione al riconoscimento del carattere di vulnerabilità nella persona offesa riflette l'opzione – comune alla Grande e alla Piccola Europa – tesa all'avvio di iniziative atte a valorizzare la posizione

¹³³ *Amplius*, CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, 4, 112 o, più recentemente, GALANTINI, *Alla ricerca della "inutilizzabilità derivata"*, cit.; EAD., *L'art. 191 c.p.p. a confronto con la "inutilizzabilità derivata" in un nuovo giudizio costituzionale*, in www.sistemapenale.it. Va ricordata, sul punto, anche Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219 che sembrava aprire uno spiraglio ad un'idea vicina a quella dell'inutilizzabilità derivata: si rinvia, nuovamente, al contributo di CASIRAGHI, *Male captum e iniquità processuale tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, cit., 1745.

¹³⁴ Cfr. MONTAGNA, *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1126.

¹³⁵ Va, infatti, accolto il pensiero di FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, II ed., Milano, 2012, 562 per cui «lascia perplessi, in ogni caso il ricorso al ragionamento per analogia in una materia che si ritiene governata dal principio di tassatività».

¹³⁶ v. *supra*, Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.

¹³⁷ E questo non tanto perché il vizio sia in grado di propagarsi, ma perché l'evidenza è ontologicamente contraria ai diritti della parte, violandoli tanto quanto il metodo impiegato per procurarsela: sarebbe come torturare il testimone e riconoscere validità alle sue dichiarazioni. L'assurdo è evidente. Per analoghi rilievi, CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 254; DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 91; PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Salerno, 1992, 170.

della vittima in un sistema penale non statocentrico, ma, anzi, attento alla dimensione individuale¹³⁸.

Il fenomeno va collocato in quel percorso di esaurimento delle tradizionali tendenze di marginalizzazione del soggetto passivo¹³⁹ che viene, così, recuperato, incluso ed elevato ad una posizione primaria sulla scena penale¹⁴⁰. Il cambio di passo va certo apprezzato, e non tanto nel senso di restituire al giudizio i connotati di uno scenario di vendetta¹⁴¹, quanto per la risposta all'esigenza di dare voce ai diritti della persona¹⁴²: il penale sveste temporaneamente i panni dello strumento sanzionatorio per indossare quelli del tutore delle prerogative individuali¹⁴³.

La premessa – teoricamente tanto ineccepibile, quanto condivisibile, almeno dallo studioso attento alla salvaguardia delle posizioni personali in una società democratica e moderna – si scontra con i difetti e con le criticità dell'oggi. Una politica urlata, un'opinione pubblica incline alla forza ed una scarsissima consapevolezza dei meccanismi di accertamento e di punizione del reato falsano con costanza il rapporto tra l'autorità, la vittima e l'accusato prim'ancora

¹³⁸ Per tutti, oltre agli Autori già in nota, MORILLO, TODINO, *The victims' rights directive: origins and expectations*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 4 ss. Sul versante unionista riconduce questa particolare attenzione all'esigenza di creare un comune spazio di libera circolazione delle persone AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reati*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 643. Per la Grande Europa, l'attenzione va nuovamente ai parametri convenzionali più volte evocati in questo lavoro e agli obblighi che ne derivano sugli Stati. Sul punto, VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 243 ss.

¹³⁹ Cogliendo l'orientamento, CHRISTIE, *Conflicts as property*, in *British journal of criminology*, 1997, 17, 1 parlava della vittima come di un «*forgotten man*».

¹⁴⁰ Lo ricorda bene VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima*, cit., 2: «a partire dalla fine degli anni quaranta del secolo scorso, l'attenzione verso la vittima del reato e le rispettive prerogative ha cominciato ad amplificarsi vieppiù, per effetto di un processo generatosi in ambito criminologico, e progressivamente estesosi sul terreno politico-legislativo, grazie alla convergenza di una pluralità di fattori di natura eterogenea (culturale, sociale, ambientale, ecc.), fino al punto di veder oggi riconosciuto nei confronti della vittima una posizione di primo piano sulla scena penale». L'Autore menziona WYVEKENS, *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Parigi, 1997, 117 e la sua elezione della vittima a «nuova stella della scena penale».

¹⁴¹ Significherebbe negare i caratteri più tipici della storia del diritto penale, segnata proprio dal progressivo affrancamento della vittima dalle logiche della vendetta privata, come rammenta MANNA, *La vittima del reato: «à la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 957.

¹⁴² Ancora, MONTAGNA, *Obblighi convenzionali*, cit., *passim*.

¹⁴³ In questi termini, VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 245.

che il condannato¹⁴⁴, alimentando la propensione a produrre leggi manifesto a favore di questa o di quella categoria di potenziali offesi¹⁴⁵ ed allontanando lo sguardo dalle garanzie connesse al giusto processo o ad una pena altrettanto giusta¹⁴⁶.

Questo è il terreno su cui attecchisce la presente riflessione: se intravedere la vulnerabilità in chi abbia subito il reato ha aiutato ad implementare la protezione dei più deboli¹⁴⁷, pure elidendo le disfunzioni di strutture giuridiche propense ad ignorarli, il medesimo espediente permetterà di arginare le anomalie¹⁴⁸ del rifiuto della legalità nel procedere¹⁴⁹, sia in fase di cognizione che *in executivis*.

¹⁴⁴ Chi scrive ha già criticato altrove la L. 12 aprile 2019, n. 33, fortemente voluta da una certa parte politica e accettata, comunque, dalla maggioranza al punto da essere divenuta disposta vigente. È il plastico esempio del trinomio in censura: una politica urlata che puntava contro lo sdegno di certa opinione pubblica nel vedere delitti efferati sottratti all'ergastolo e che, nei fatti, ha appesantito il lavoro delle corti d'assise, allungando i tempi dell'accertamento e rendendo inutilmente difficoltoso l'operato della magistratura. In tema, GIUNCHEDI, *De profundis per i procedimenti speciali. Considerazioni a margine della legge di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 1 ss., ma pure VIGONI, *Ancora una riforma del giudizio abbreviato: l'inammissibilità per i delitti puniti con l'ergastolo*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 918; DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati "da ergastolo", populismo penale e Stato di diritto*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 5, 1037.

¹⁴⁵ A costo zero, come dimostra la clausola di invarianza finanziaria collocata, ad esempio, all'art. 21 L. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. *Codice rosso*): un intervento «panpenalistico», che «non apporta alcun potenziamento delle strutture, come i Centri Antiviolenza e le Case Rifugio, essenziali per il realizzarsi delle "precondizioni" per la tutela penale della vittima, ossia per la presa di consapevolezza del torto subito, per l'elaborazione degli accadimenti e la maturazione dell'autodeterminazione a (re)agire, nonché la fondamentale protezione in luoghi protetti; allo stesso modo rimangono invariate le risorse per le strutture pubbliche, come i Servizi Sociali e i Consultori delle Asl». Lo ricorda opportunamente PAGLIONICO, *La tutela delle vittime da Codice rosso tra celerità procedimentali e obblighi informativi*, in www.sistemapenale.it.

¹⁴⁶ Attorno a questa affermazione ruotano, poi, tutti i dubbi attorno all'esasperata corsa all'efficienza che ha segnato la Cartabia. In tema, MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *questa Rivista*, 2022, 2, 1 ss. che rammenta come, nel processo penale, «tutto deve essere strumentale al raggiungimento dello scopo conoscitivo assicurato solo dal rispetto delle garanzie costituzionali che sono anche garanzie di natura epistemica, non essendo ammissibile l'efficienza del far presto purchessia, sganciata dal risultato conoscitivo e dalle regole del giusto processo» (3).

¹⁴⁷ Ulteriori spunti in VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 553.

¹⁴⁸ Non è casuale l'uso di questo termine, in rima con NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuali*, cit., 36 che parla di un diritto vivente fatto di «varianti spurie non corrispondenti alla descrizione tipica del precetto legale».

¹⁴⁹ Sempre NEGRI, *op. cit.*, 36 collega le riflessioni da poco ricordate alla «tutela della difesa e della libertà, che» - sostiene condivisibilmente - «non ha equivalenti al di fuori della legalità».

Debolezza, fragilità e squilibrio segnano i caratteri di questa figura – il vulnerabile – che si pone sempre un passo indietro al proprio antagonista, soggiogato dalla brutalità dell’aggressore – se si tratta della vittima di reato¹⁵⁰ – o, per l’indagato, per l’imputato e per il condannato, dalla forza di un sistema imprevedibile, estraneo alle regole ed espressione costante di un potere deviato. Insomma, se dall’Europa giungono segnali di attenzione ai diritti del soggetto passivo, con obbligo per lo Stato di farsi carico della previsione e della successiva gestione del rischio per quelle situazioni giuridiche, lo stesso deve valere per chiunque sia coinvolto in una vicenda penale quale destinatario delle accuse o della condanna, altro non fosse per l’endemica condizione di inferiorità che ne qualifica il ruolo in rapporto alla pubblica autorità.

I tre esempi sviluppati nel lavoro confermano la tesi.

Nessuno – si crede – è in grado di negare l’assunto dinanzi ad un imputato incapace di articolare, per bocca del difensore, le proprie domande al teste per il protagonismo del giudice, davanti ad un indagato che nemmeno abbia l’occasione di sapere di esserlo e, quindi, di attivarsi nei già ristretti limiti della propria figura, o di fronte al detenuto, magari legato braccia e gambe ad un tavolino o ad una sedia, in attesa del prelievo di mucosa prescritto dalla circolare qui a lungo criticata.

Per altro verso, quella che si propone è una visione del pubblico potere conforme all’ideale per cui esso abbisogna di limiti e di controlli¹⁵¹ per non scendere nell’immotivato comando autoritario. L’incognita di una tale deriva si fa concreta non appena si rammentino l’ostinazione giurisprudenziale nel negare ricadute effettive all’errore della corte nel rapportarsi ai testi, la pervicacia del legislatore nel lasciare la disciplina dei registri alla *soft-law* o, forse ancora peggio, la chiusura dell’amministrazione nello scrivere un regolamento e liquidare la violazione della dignità del detenuto alla stregua di un atto (falsamente) dovuto.

¹⁵⁰ Oltre ai contributi in menzione, PALAZZO, *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., in partic. 97 ss.

¹⁵¹ La letteratura, in diritto amministrativo, è vastissima. Senza pretesa di esaustività, si rinvia a CASSESE, *Le trasformazioni dell’organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1985, 374 o, più recentemente, ID., *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, *Ibidem*, 2001, 601. Sul rapporto, via via più sfumato, tra “amministrazione” ed “obbedienza”, TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, a cura di Battini e altri, Milano, 2008, 50.

Ecco, non piacciono queste degenerazioni, anzi preoccupano e lanciano l'immagine di un ordinamento che sia ben disposto ad abbandonare i canoni del diritto penale liberale¹⁵²: non è ciò che indicano le Carte fondamentali - interne ed europee, senza distinzioni - almeno ad intenderle come portatrici di valori - la libertà, *in primis* - opponibili anche al potere dello Stato¹⁵³.

Se un tale percorso appare consolidato per la vittima, oggetto di riflessione ormai lunga nel senso di proteggerne i diritti, deve essere accettato e accolto anche per la parte tradizionalmente più debole del rapporto processuale, che - e non si temono smentite - resta l'accusato, inteso secondo le varie formule dipendenti dalle singole fasi del rito.

Si spera, allora, di stimolare una riflessione in tal senso, da cui dipenda il riconoscimento di precise responsabilità in capo all'autorità che comprometta le posizioni del vulnerabile o che, semplicemente, resti inerte dinanzi ai *vulnera*; ancora, vanno auspicate conseguenze sul piano processuale, nei termini dell'invalidità di qualsiasi materiale acquisito in spregio alle minimali garanzie della parte¹⁵⁴: si badi, "materiale" e "parte" sono volutamente indicati in modo così generico, per sottolineare l'universalità dei concetti di cui queste pagine vogliono farsi latrici¹⁵⁵.

D'altro canto, l'invito è sempre il medesimo, al recupero della legalità processuale: tanto esige di rigettare l'ipotesi di un potere - della magistratura, così come, nel caso della circolare, dell'autorità penitenziaria - *legibus solutus*, e di accogliere l'idea che non può esservi adesione al paradigma normativo senza la previsione di responsabilità e di sanzioni per eventuali condotte difformi; esattamente in quest'ottica s'è invocata l'invalidità dei contributi raccolti nei tre contesti devianti più sopra esaminati e s'è collegato il riferimento alla

¹⁵² Locuzione molto in voga tanto tra i teorici, quanto tra gli operatori: sarà bene rileggere la bella riflessione di FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in www.discrimen.it.

¹⁵³ In questi termini BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma, 2006, 87.

¹⁵⁴ Si può parlare di funzione *terapeutica* dell'inutilizzabilità proprio ponendo l'accento sulla necessità di guardare alla sostanza, pulendo il giudizio da ogni recrudescenza contraria alla protezione dei diritti di parte e, quindi, alla legalità del procedere.

In termini analoghi, anche GALANTINI, *Alla ricerca della "inutilizzabilità derivata"*, cit., 159.

¹⁵⁵ Si rammenti sempre *Bjarki H. Diego*: l'iscrizione della notizia tra quelle riguardanti gli ignoti, a dispetto di indizi di reità precisi, impedisce all'inquisito di attivarsi e, al contempo, legittima l'autorità a sentirlo come semplice testimone e, quindi, con l'obbligo di dire la verità e senza l'assistenza di un difensore. Ebbene, se limitassimo le riflessioni di questo lavoro alla sola fase dibattimentale, escludendo le indagini, si realizzerebbe l'assurdo di ammettere deviazioni come quella, invece, censurata dalla Corte alsaziana lo scorso marzo.

Convenzione di Istanbul con la C.E.D.U., si da intravedere prospettive di condanna per quell'apparato che, a livello normativo e giurisprudenziale, manchi nel *risk assessment* e nel *risk management*, con pregiudizio per il vulnerabile.

Si chiude, allora, con la speranza di un futuro di collaborazione tra i soggetti del procedere, nel segno della legalità e dei *checks and balances* che, inevitabilmente, mantengono in equilibrio un sistema ove tutti siano tenuti al rispetto delle regole nell'obiettivo della giustizia processuale: l'estensione dell'attributo di vulnerabilità al di là della vittima o di peculiari infermità dell'imputato serve esattamente a questo.