

## CORSO DI FORMAZIONE PROFESSIONALIZZANTE

### CONTRO LA VIOLENZA SULLE DONNE

#### 20 ottobre 2022 IV MODULO

Appunti intervento dr.ssa Mariacristina Polimeni – Giudice sezione penale Tribunale di Barcellona P.G.

#### **Tematiche:**

- IL DIBATTIMENTO PENALE
- NORMATIVA E TUTELA DELLA VITTIMA
- LA VALUTAZIONE DEL MATERIALE DI GIUDIZIO
- LA VALUTAZIONE PROGNOSTICA

**Qualche cenno in generale sulla fase dibattimentale e in particolar modo sulle peculiarità che il dibattimento assume allorché il processo abbia ad oggetto reati relativi alla c.d. violenza di genere.**

Il dibattimento penale è la sede fisiologicamente strutturata per la raccolta della prova nel contraddittorio delle parti. È il luogo in cui vanno accertati i fatti.

#### - **L'AMMISSIONE DELLE PROVE.**

Il percorso probatorio che le parti intendono seguire deve essere anticipato attraverso il deposito della lista testimoniale (art. 468 c.p.p.) 7gg. prima della data fissata per il dibattimento a pena di inammissibilità.

La regola aurea del dibattimento è il contraddittorio che si instaura già nella fase delle richieste di prova. Questa regola permea tutta la fase istruttoria del dibattimento e poi della discussione finale.

Anche le successive richieste in ordine alla prova soggiacciono alla regola del contraddittorio quali le richieste in ordine alla acquisizione di documenti (in relazione ai quali non vi sono limiti temporali alla produzione fino alla chiusura del dibattimento) l'eventuale revoca dei testi già ammessi e le sollecitazioni al giudice di esercitare i poteri di cui all'art. 507 c.p.p.

Il principio secondo il quale la prova va assunta nel contraddittorio dinanzi al giudice che dovrà decidere non è assoluta ed è comunque disponibile, potendo le parti concordare – ai sensi dell'art. 493 co. 3 c.p.p. - la acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti contenuti del fascicolo del P.M. siano essi relativi ad attività di indagine del P.M. o del difensore, con conseguente rinuncia all'esame dei testi o con riserva di controesaminare il soggetto le cui dichiarazioni predibattimentali siano state acquisite.

L'attività relativa alla richiesta e successiva ammissione dei mezzi di prova non è statica bensì dinamica. L'originaria ordinanza di ammissione delle prove può quindi essere soggetta a modifiche da parte dell'organo giudicante purché tale modifica sua sempre preceduta dalla interlocuzione delle parti.

Tale regola è scolpita nell'art. 495 co. 4 c.p.p. prevede infatti che il giudice, sentite le parti può revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultano superflue o ammettere prove già escluse.

Lo stesso può poi esercitare i poteri integrativi previsti dall'art. 507 c.p.p., che possono essere anche sollecitati dalle parti, purché l'integrazione istruttoria sia assolutamente necessaria al fine di decidere.

**Vediamo ora quando una prova è ammissibile** - è una tematica rilevante in quanto spesso in questi processi si nota una certa tendenza ad una eccessiva dilatazione del *thema probandum* specialmente quando è contestato il reato di maltrattamenti nell'ambito di un rapporto tra coniugi in fase di separazione e precisamente la tendenza ad introdurre temi di rilevanza più civilistica che penalistica.

Il faro che deve illuminare le parti allorquando avanzano istanze istruttorie è sempre il capo di imputazione.

È anche vero che il giudice quando si trova nella fase della ammissione delle prove poco sa della vicenda processuale e non sempre il capo di imputazione è analitico. Pertanto, la valutazione sottostante il giudizio di ammissibilità del mezzo di prova richiesto, non deve svolgersi in termini troppo stringenti o approfonditi, perché si basa su un piano di prenoscenza, circoscritto a quanto offerto dalla sola lettura del capo di imputazione. Proprio per questo le disposizioni in tema di prova sono revocabili ed adattabili al corso del dibattimento.

In tale ambito, dunque, il perimetro del giudizio funzionale alla ammissione dei mezzi di prova si muove entro i parametri di pertinenza e rilevanza.

**pertinenza:** cioè la diretta riferibilità all'oggetto dell'accertamento.

**rilevanza:** cioè la concreta incidenza sulla formazione della decisione.

dovranno quindi escludersi le prove sovrabbondanti, pleonastiche, irrilevanti (art 190 c.p.p. perché relative a fatti che non sono oggetto dell'accertamento)

**cosa è oggetto di prova?**

art. 187 c.p.p.

che in primo luogo individua come campo di accertamento il FATTO, e ne articola la nozione in 5 distinti ambiti:

Ciò che è oggetto di accertamento è un fatto che deve riguardare:

- 1) **l'imputazione** (accertamento del fatto sotto il profilo oggettivo e soggettivo e la sua riferibilità all'imputato);
- 2) fatti relativi alla **punibilità** (per esempio la sussistenza di una causa di non punibilità o l'imputabilità dell'autore del reato);
- 3) fatti relativi alla **commisurazione della pena** (accertamento dei fatti rilevanti nella prospettiva dell'art. 133 c.p.) e relativi all'applicazione di eventuali misure di sicurezza (in soldoni la pericolosità sociale);

4) fatti relativi alle **norme processuali** (esempio, legittimo impedimento se sussiste o meno/ la prova dei fatti rilevanti in tema di competenza, decreto di latitanza, assenza);

5) **fatti attinenti alla pretesa civilistica della parte civile** e quindi oltre al punto 1) tutto ciò che serve per provare il danno.

Come anticipato il fatto deve rimanere l'imputazione, intesa come descrizione del fatto storico e non tanto come qualificazione giuridica che quel fatto è stata data dal P.M. potendo il giudice riquilibrare (sempre garantendo il contraddittorio prima di dare la parola alle parti per le conclusioni) ma dovendo, invece, restituire gli atti al P.M. se il fatto storico emerso in dibattimento è diverso - in termini significativi - da quello descritto nell'imputazione.

Pertanto, devono intendersi non pertinenti all'oggetto dell'accertamento del fatto gli aspetti relativi alla moralità, al contesto culturale, alle convinzioni religiose sia dell'imputato che della parte offesa, a meno che tali dati non abbiano una ricaduta diretta ed immediatamente percepibile sulla ricostruzione del fatto nella sua materialità (art. 194 c.p.p.).

Perché è importante indirizzare il *thema probandum* sin dalla fase della ammissione delle prove? **perché, una volta ammesso un mezzo di prova diviene patrimonio comune del materiale di accertamento condiviso nel contraddittorio.**

Questo principio ha subito una forte deroga giurisprudenziale in materia di prova testimoniale:

A questo proposito segnalo l'ormai nota pronuncia della cassazione penale, ribadita in un *obiter* anche dalle SS.UU. Bajrami del 2019, secondo cui: *“In tema di diritto alla prova, quando una parte rinuncia all'esame di un proprio testimone, le altre hanno diritto a procedervi solo se questo era inserito nella loro lista testimoniale, valendo altrimenti la loro richiesta come mera sollecitazione all'esercizio dei poteri officiosi del giudice ex art. 507 cod.proc.pen.”* (Sez. 5, n. 39764 del 29/05/2017 - dep. 31/08/2017, Rhafor, Rv. 27184801).

Trattasi invero di giurisprudenza che pare porsi un po' in attrito con il dato normativo posto che l'art. 495 co. 4 *bis* c.p.p. stabilisce espressamente: *“nel corso dell'istruzione dibattimentale ciascuna delle parti può rinunciare, con il consenso dell'altra parte, all'assunzione delle prove ammesse a sua richiesta”*.

E difatti, precedente orientamento giurisprudenziale affermava che *“In tema di diritto alla prova, qualora una parte rinunci all'esame di un proprio testimone, l'opposizione della controparte rende la rinuncia inefficace, con la conseguenza che l'onere di provvedere alla citazione permane a carico di chi aveva originariamente richiesto l'ammissione del testimone.* (Sez. 6, n. 26541 del 09/06/2015 - dep. 24/06/2015, Iurescia, Rv. 26394601).

\*\*\*\*

Tornando ai mezzi di prova tipici, indubbiamente la prova principe è quella testimoniale.

La tutela della c.d. vittima di genere trova uno dei momenti più significativi nella forma anticipata della assunzione della prova attraverso il c.d. incidente probatorio speciale e nelle particolari modalità di assunzione della testimonianza con modalità protetta.

Ciò che bisogna evitare attraverso questi strumenti processuali è che alla vittima di un reato di genere derivi ulteriore sofferenza proprio dalla celebrazione del processo e dalla rievocazione del ricordo del torto subito (c.d. vittimizzazione secondaria processuale).

L'incidente probatorio c.d. speciale può essere richiesto in due casi:

- nei procedimenti per i delitti indicati dall'art. 392 c.p.p. (572 c.p., i vari delitti 600 e seguenti, 601 (tratta), 602, le varie ipotesi di violenza sessuale e lo stalking).
- Anche al di fuori di questi procedimenti si può procedere ad incidente probatorio c.d. atipico in tutti i casi in cui la p.o. versi in condizioni di particolare vulnerabilità.

La particolarità di questo tipo di incidente probatorio sta nel fatto che esso può essere disposto fuori dai casi del primo comma e, quindi, a prescindere dalla probabile futura irripetibilità della assunzione della prova.

- **COSA SI INTENDE PER PERSONA OFFESA VULNERABILE:**

L'introduzione nel nostro ordinamento di particolari strumenti processuali finalizzati a tutelare le vittime di particolari reati deriva da precisi vincoli internazionali e comunitari – il riferimento è alla direttiva EU 29/2012 che ha sostituito la decisione quadro 2001.

La definizione di particolare vulnerabilità la troviamo nell'art. 90 *quater* c.p.p.

La nozione di vulnerabilità oscilla tra la valorizzazione della tipologia del reato subito dal soggetto e l'attenzione per le caratteristiche personali dell'individuo che ha patito il pregiudizio del reato. Difatti, se da una parte prevale l'aspetto oggettivo ossia la vulnerabilità risulta connessa al tipo di crimine *tout court* (modalità dell'azione criminosa, caratteristiche del bene tutelato particolarmente sensibile come la libertà sessuale ecc) dall'altro prevale una considerazione soggettivistica ovvero la vittima è vulnerabile a prescindere dal tipo di fatto delittuoso che abbia leso i suoi diritti.

**L'art. 90 quater** ci dice che la condizione di particolare vulnerabilità è desunta:

- **dall'età** che non deve essere intesa necessariamente intesa come “minore” età, essendo il parametro rilevante anche per riconoscere la vulnerabilità delle persone anziane;
- **dello stato di “infermità”** che, per essere rilevante, deve incidere sulla capacità di reagire alle tensioni generate dal contraddittorio dibattimentale ordinario; non è sufficiente l'esistenza di una patologia fisica per definire lo stato di vulnerabilità, essendo necessario che la stessa interessi l'area psicologica e relazionale della persona, generando l'incapacità di reagire in modo fisiologico alle sollecitazioni processuali dell'esame in contraddittorio diretto;
- dallo stato **di deficienza psichica**;
- dal **tipo di reato**: si tratta di un parametro da utilizzare con particolare attenzione, in quanto deve essere verificata la specifica capacità di resilienza del dichiarante (intesa quale capacità di un individuo di affrontare e superare la carica traumatizzante del reato nella sua manifestazione concreta); reati in astratto ad alto impatto traumatico possono essere, in concreto, non incisivi sulla capacità di reagire agli stimoli processuali (a causa dell'elevata resilienza della vittima), mentre delitti in apparenza meno gravi possono produrre danni relazionali evidenti quando offendono persone con scarse capacità reattive;
- **dalle modalità e circostanze del fatto**: si tratta di un parametro che indica la necessità di valutare, ancora una volta in concreto, se la condotta delittuosa, anche in relazione alle modalità

con le quali è stata perpetrata ed alle caratteristiche della vittima, ha avuto effetti sulle capacità relazionali del dichiarante;

- deve inoltre essere valutato se il fatto è stato consumato con “**violenza alla persona**”, con odio razziale, o con finalità di discriminazione, trattandosi di modalità del delitto, in astratto, idonee ad incidere sul comportamento processuale del dichiarante; N.B. A TAL RIGUARDO SEGNALE LA NOTA PRONUNCIA: **sent. 29 gennaio 2016 (dep. 16 marzo 2016), n. 10959**, CON CUI LA CORTE DI CASSAZIONE A SZIONI UNITE HA CHIARITO L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 408 CO. 3 BIS C.P.P. IN RELAZIONE AL REATO DI STALKING FACENDO RIENTRARE NELLA **NOZIONE DI “REATI CON VIOLENZA ALLA PERSONA” ANCHE LE IPOTESI DI VIOLENZA PSICOLOGICA.**

- infine, rileva anche il fatto che il reato sia **consumato nell'ambito di fenomeni criminali** che, di regola, annichiliscono le capacità reattive delle vittime (criminalità organizzata e tratta di esseri umani);

- rileva, infine, il **vincolo con l'autore del reato**, ovvero il fatto che la persona offesa ne sia affettivamente, psicologicamente od economicamente dipendente.

N.B. Malgrado la norma non faccia alcun cenno alla violenza di genere dall'elenco dei criteri riportati, emergono lampanti similitudini rispetto alla nozione comunitaria della violenza di genere (cfr. considerando n.17 della già citata direttiva n.29 del 2012 – EU) che la definisce come «**la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere**»; **tale forma di violenza può aver provocato «un danno fisico, sessuale o psicologico, o una perdita economica alla vittima»**

Nel caso in cui non si sia proceduto ad incidente probatorio la persona offesa di questi reati di cui stiamo trattando deve essere sentita in dibattimento.

#### - **LA TUTELA DIBATTIMENTALE DELLE VITTIME VULNERABILI:**

Anche nel dibattimento l'ordinamento appresta delle tutele nei confronti di persone offese che ritiene particolarmente vulnerabili.

Brevissimo cenno ad alcune delle modifiche apportate dal c.d. Codice rosso (legge n. 69/2019):

- un inasprimento della pena per il delitto di maltrattamenti la cui reclusione diviene da 3 a 7 anni rispetto alla precedente che prevedeva da 2 anni a 6 anni; inasprimento anche della pena per il delitto di stalking il cui massimo edittale è ora fissato in sei anni e 6 mesi - RICADUTE PRATICHE: prolungamento dei termini di misura cautelare.
- Sempre per il 572 c.p.: previsione di una aggravante ad effetto speciale al comma 2: la pena è aumentata fino alla metà, qualora il delitto venga commesso in presenza o in danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di persone con disabilità, ovvero se il fatto sia stato commesso con armi. --> RICADUTE PRATICHE: Minore considerato sempre persona offesa di questo reato con la conseguenza che è stata praticamente recepita la giurisprudenza in materia di “*violenza assistita o indiretta*” + COMPETENZA COLLEGIALE del 572 aggravato post-riforma.
- Un'ulteriore novità riguarda la modifica della misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, art. 282ter c.1. cpp - attraverso

l'utilizzo del c.d. braccialetto elettronico, al fine di consentire al giudice di garantire il rispetto della misura adottata.

- Introduzione del delitto di cui all'art. 387bis c.p. - violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalle persone offese – PER CUI LA RIFORMA CARTABIA (al comma 15) HA persino PREVISTO L'ARRESTO OBBLIGATORIO.
- possibilità di sottoporsi ad un trattamento psicologico, avente come fine l'avvio di un percorso di recupero e di sostegno, a cui potrebbe conseguire anche la sospensione della pena, di cui parlerò meglio quando affronteremo il tema della valutazione prognostica.

#### **Alcune novità della RIFORMA CARTABIA:**

- Modifica dell'art. 62 c.p. - introduzione di una nuova circostanza attenuante comune al n. 6: l'aver partecipato unitamente alla vittima del reato a programmi di giustizia riparativa concluso con esito positivo;
- MODIFICA DELL'ART. 152 c.p. in materia di Remissione della querela: Nei reati punibili a querela della persona offesa, la remissione estingue il reato. La remissione è processuale o extraprocessuale. La remissione extraprocessuale è espressa o tacita. Vi è remissione tacita, quando il querelante ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela. Vi è altresì remissione tacita: **1) quando il querelante, senza giustificato motivo, non compare all'udienza alla quale è stato citato in qualità di testimone;** 2) quando il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo; nondimeno, quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati. **La disposizione di cui al terzo comma, numero 1), non si applica quando il querelante è persona incapace per ragioni, anche sopravvenute, di età o di infermità, ovvero persona in condizione di particolare vulnerabilità ai sensi dell'articolo 90-quater del codice di procedura penale. La stessa disposizione non si applica altresì quando la persona che ha proposto querela ha agito nella qualità di esercente la responsabilità genitoriale su un minore, ovvero di rappresentante legale di una persona minore o incapace, ovvero di persona munita di poteri per proporre querela nell'interesse della persona offesa priva in tutto o in parte di autonomia, ovvero di curatore speciale nominato ai sensi dell'articolo 121.**
- Introduzione del comma 2 *quater* all'art. 373 c.p.p. ( sulla documentazione degli atti) -> le dichiarazioni della persona minorenni, inferma di mente o in condizioni di particolare vulnerabilità sono documentate integralmente A PENA DI INUTILIZZABILITA' con mezzi di riproduzione audiovisiva e fonografica salvo che si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o sussistano particolari ragioni di urgenza; **STESSA PREVISIONE E' STATA AGGIUNTA ALL'ART. 391ter c.p.p. per la documentazione delle indagini difensive.**

#### **Tornando alle tutele dibattimentali già in vigore:**

**L'art. 498 co. 4 ter c.p.p. dispone che,** quando si procede per reati di 572, 600 (riduzione in schiavitù... pedopornografia etc, 609 e 612 bis) **l'esame della vittima minore di età o infermo di mente viene effettuato mediante uso del vetrospecchio.**

L'art. 498 co 4 quater in ogni caso, quando bisogna procedere all'esame di persona offesa che versa in condizioni di particolare vulnerabilità il giudice, **se la persona offesa o il suo difensore ne fa richiesta**, dispone la adozione di modalità protette - è dubbio se il giudice possa farlo autonomamente perciò ricordarsi di richiederle.

Quali sono queste modalità?

ad esempio conduzione dell'esame da parte del giudice/Presidente, predisposizione di paravento per evitare contatto visivo con imputato, possibilità di far citare la persona offesa in una sala all'uopo predisposta e non direttamente in aula di udienza per poi essere ivi accompagnata da personale appositamente incaricato onde evitare che incontri l'imputato.

Proprio con riferimento al tribunale di Milano sono state anche adottate le c.d. "**buone prassi**" di audizione del minore o di altri soggetti particolarmente vulnerabili che prevedono ad esempio:

- che simili richieste vengano avanzate sin dal deposito della lista testimoniale anche dallo stesso Pubblico ministero in modo da consentire all'ufficio del tribunale di reperire per tempo l'aula adatta;
- Che i tirocinanti *ex art. 73* si occupino a turno, quali volontari, dell'accoglienza della vittima in una stanza all'uopo predisposta e diversa dall'aula di udienza per evitare incontri con l'imputato e tranquillizzare la persona offesa in vista della sua audizione.
- Ingresso in aula della p.o. dopo che le altre parti si sono sistemate;
- Altra buona prassi è consentire al giudice che effettua l'esame di avere contezza degli atti di indagine al solo fine di indirizzare le domande in modo più puntuale e aderente al *thema probandum*, o addirittura – con deposito in cancelleria qualche giorno prima dell'udienza - anticipare i temi che le parti vorrebbero esplorare per il tramite del giudice;
- In caso di ascolto di minori l'ausilio dello specialista è sempre consigliato, per adolescenti la scelta può essere più flessibile; per gli adulti invece è necessario che comunque emerga dagli atti un accertato disagio psichico;

**Con specifico riferimento all'audizione del MINORE da parte del giudice**, oltre a quanto già previsto nelle b.p. di Milano ne segnalo altre ricavate da un'interessante lezione del Corso della SSM tenuta da Claudia RICCO – giudice onorario presso il tribunale dei minori del Piemonte e della Valle d'Aosta:

1. Il minore deve essere informato in precedenza dell'incontro con il giudice;
2. Presenza di un adeguato setting ambientale;
3. Il minore non deve subire lunghe attese, ma è necessaria la puntualità;
4. Il giudice deve conoscere la storia del minore (solo così il minore si sentirà riconosciuto con una specifica identità);
5. Il minore deve avere lo spazio e il tempo per poter raccontare e non deve sentirsi incalzato;
6. L'ascolto del bambino deve essere preceduto da una fase preparatoria, in cui gli viene spiegato cosa si farà, senza sollecitare inutilmente ansie e irritazione;
7. È bene che vi sia un unico interlocutore (giudice o suo delegato) e che questo possibilmente rimanga suo referente nel tempo;

8. Il minore non deve essere ingannato circa la possibilità per il giudice di mantenere il segreto su quanto verrà detto;
9. Si deve usare un linguaggio semplice e adeguato alla sua età, evitando termini giuridici o psicologici, poiché questi alzano barriere difensive;
10. È importante evitare le interruzioni dando l'impressione di voler controllare e dominare il colloquio, rispettando le pause e i silenzi;
11. È bene evitare domande multiple o proposte in forma negativa;

\*\*\*

### **ALTRE TUTELE:**

#### **Procedimento a porte chiuse**

Art. 472 co. 3 bis cpp consente che si proceda a porte chiuse (anche in assenza dei presupposti di cui ai commi precedenti) in ragione del titolo di reato (tra cui 609 bis cp).

**Non sono richiamati gli artt. 572 c.p. e 612 bis c.p. ad ogni modo è comunque possibile procedere a porte chiuse se l'assunzione della prova possa nuocere alla riservatezza delle parti private ed in ogni caso per l'esame del minore d'età.**

**A tale riguardo mi preme sottolineare che la norma precisa altresì: In tali procedimenti non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto.**

**Art. 475 c.p.p.** allontanamento coattivo dell'imputato

L'imputato non può tenere comportamenti che turbino il regolare svolgimento dell'udienza. Dopo un ammonimento è allontanato dall'aula.

Capita molto spesso che l'imputato presente durante l'audizione della p.o. gesticoli, o addirittura le suggerisca termini o nomi di persone che non sovengono alla teste.

**Art. 90 ter c.p.p.**

Comma 1bis -->Le comunicazioni previste al comma 1 (ovvero quelle relative ai provvedimenti di scarcerazione e di cessazione della misura di sicurezza detentiva, dell'evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare o del condannato, nonché della volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva) sono sempre effettuate alla persona offesa e al suo difensore, ove nominato, se si procede per il delitto previsto dall'articolo 575 del codice penale, nella forma tentata, o per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 572, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 612 bis del codice penale, nonché dagli articoli 582 e 583 quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del codice penale.

\*\*\*

Si badi bene che le norme che consentono l'attivazione di speciali modalità di protezione non sono poste solo a tutela degli interessi del dichiarante, **ma della stessa genuinità della prova:**

Le modalità di assunzione della testimonianza incidono infatti sui processi di riedizione del ricordo ed, in definitiva, sull'attendibilità della prova testimoniale, sicché l'audizione in

ambiente non tutelante, e con modalità non adeguate, potrebbe avere importanti conseguenze non solo sulla lesione di diritti del dichiarante, ma sulla stessa affidabilità del dato dichiarativo offerto.

A tal riguardo un breve cenno anche sulla norma posta a tutela della capacità/idoneità a testimoniare: l'art. 196 c.p.p. che recita:

1. Ogni persona ha la capacità di testimoniare

2. **Qualora, al fine di valutare le dichiarazioni del testimone, sia necessario verificarne l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, il giudice anche di ufficio [190 2] può ordinare gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge**

### **Art. 194 ss. c.p.p. MEZZI DI PROVA**

Testimonianza – confronti – ricognizioni - esperimenti giudiziali – perizia - documenti

si tratta di elencazione non tassativa.

Vige infatti il principio di atipicità della prova, che consente di sottoporre alla valutazione del giudice qualunque fonte di conoscenza purché idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti (art. 189 cpp) e non sia vietata dalla legge.

Es. riconoscimento fotografico o riconoscimento dell'imputato in udienza a fronte della ricognizione formale;

acquisizione di riprese video da apparecchi di video sorveglianza;

nella trattazione dei reati relativi a violenza endofamiliare è frequente occuparsi della prova atipica costituita dalla **registrazione di conversazioni tra presenti o telefoniche** effettuata dalla parte offesa che ha partecipato alla conversazione stessa.

**--> FILE AUDIO**

### **Cass. Sez. 1, Sentenza n. 6339 del 22/01/2013**

Non è riconducibile alla nozione di intercettazione la registrazione fonografica di un colloquio svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, operata, sebbene clandestinamente, da un soggetto che ne sia partecipe o, comunque, sia ammesso ad assistervi, costituendo, invece, una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche a fini di prova. (La Corte ha specificato che tale principio non viene meno per la circostanza che l'autore della registrazione abbia previamente denunciato fatti di cui sia vittima, né può ritenersi che per ciò solo le successive registrazioni realizzate dal denunciante con il proprio cellulare fossero state concordate con la polizia giudiziaria).

### **CAss. Sez. 6, Sentenza n. 1422 del 03/10/2017**

La registrazione fonografica di colloqui tra presenti, eseguita d'iniziativa della persona offesa dal reato, costituisce prova documentale ex art. 234 cod. proc. pen., utilizzabile in dibattimento, **ma, nel caso in cui risulti accertato che detta registrazione presenta delle manipolazioni che rendono discontinua la conversazione, è necessaria una specifica valutazione della sua capacità probatoria, avuto riguardo alle ragioni della manipolazione medesima, e**

**della attendibilità delle dichiarazioni della persona offesa**, non essendo a tal fine sufficienti la mera consequenzialità dei brani, né la loro concordanza con quanto riferito da quest'ultima.

--> **GLI SCREENSHOT**:

È legittima l'acquisizione come documento di messaggi sms mediante la realizzazione di una fotografia dello schermo di un telefono cellulare sul quale gli stessi sono leggibili. (Fattispecie relativa a messaggi dell'imputato pervenuti sul telefono cellulare della madre della persona offesa e da questa fotografati mediante "screenshot" e consegnati alla polizia giudiziaria). (Sez. 3, n. 8332 del 06/11/2019 - dep. 02/03/2020, R, Rv. 27863501) Sez. 6 - , Sentenza n. 1822 del 12/11/2019 Ud. (dep. 17/01/2020 ) Rv. 278124 - 01

Presidente: PETRUZZELLIS ANNA. Estensore: BASSI ALESSANDRA. Relatore: BASSI ALESSANDRA. Imputato: TACCHI ALESSIO. P.M. ANIELLO ROBERTO. (Diff.)

Annula in parte senza rinvio, CORTE APPELLO ROMA, 16/01/2018

673 PROVE - 100 MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA - IN GENERE

In tema di mezzi di prova, **i messaggi "whatsapp" e gli sms** conservati nella memoria di un telefono cellulare hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen., sicché è legittima la loro acquisizione mediante mera riproduzione fotografica, non trovando applicazione né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza di cui all'art.254 cod.proc.pen.( In motivazione, la Corte ha precisato che nel caso di acquisizione di un messaggio conservato nella memoria del cellulare non si è in presenza della captazione di un flusso di comunicazioni in corso, bensì della mera documentazione "ex post" di detti flussi).

### **La valutazione della testimonianza**

In tema di relazioni endofamiliari, sia nel delitto di maltrattamenti in famiglia sia nei casi di violenza sessuale, si fa spesso riferimento alla necessità di un particolare vaglio di credibilità ed attendibilità, considerato che il fatto è noto solo alla vittima e all'imputato, che sono portatori di due interessi contrapposti, tanto più quando la parte offesa è anche costituita parte civile. Cass. Sez. 5, Sentenza n. 1666 del 08/07/2014

Le dichiarazioni della persona offesa, costituita parte civile, possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve, in tal caso, essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. A tal fine è necessario che il giudice indichi le emergenze processuali determinanti per la formazione del suo convincimento, consentendo così l'individuazione dell'iter logico-giuridico che ha condotto alla soluzione adottata; mentre non ha rilievo, al riguardo, il silenzio su una specifica deduzione prospettata con il gravame qualora si tratti di deduzione disattesa dalla motivazione complessivamente considerata, non essendo necessaria l'esplicita confutazione delle specifiche tesi difensive disattese ed essendo, invece, sufficiente una ricostruzione dei fatti che conduca alla reiezione implicita di tale deduzione senza lasciare spazio ad una valida alternativa. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 43278 del 24/09/2015

Le dichiarazioni della persona offesa - cui non si applicano le regole dettate dall'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen. - **possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone e corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto.** (In applicazione del principio, la S.C. ha escluso che all'erronea indicazione dell'età apparente dell'imputato, da parte della persona offesa, potesse attribuirsi - in via preventiva e presuntiva - una valenza invalidante della credibilità di quest'ultima, ritenendo immune da censure la decisione di merito che, all'esito di una approfondita valutazione, aveva ritenuto attendibili le sue dichiarazioni)

Ad ogni modo, la stessa Cass. ha chiarito che si tratta di questione di fatto Cass. Sez. 2, Sentenza n. 7667 del 29/01/2015: *“In tema di valutazione della prova testimoniale, l'attendibilità della persona offesa dal reato è una questione di fatto, che ha la sua chiave di lettura nell'insieme di una motivazione logica, che non può essere rivalutata in sede di legittimità, salvo che il giudice sia incorso in manifeste contraddizioni”*

**Peraltro, ben più facilmente accade che proprio in contesti endofamiliari vi sia una consistente ritrosia a denunciare quanto patito, a circoscriverne il più possibile i caratteri e la portata, per evitare conseguenze dannose al compagno o al marito, e per evitare le ripercussioni sulla vita familiare.**

Si ricordi che spesso anche per le vittime la denuncia comporta l'inserimento in strutture comunitarie di accoglienza nei casi in cui vi sia un attuale pericolo per la sua incolumità fisica (pericolo che spesso è dalla stessa non percepito e sottovalutato come risulta dalle schede dell'SVS), che comporta sradicamento anche dalle relazioni affettive con la rete familiare parentale, spesso l'allontanamento dei figli dal contesto scolastico e amicale, quindi è più facile e più frequente che la vittima di reati endofamiliari tenda piuttosto a sminuire che a caricare la responsabilità dell'imputato.

Piuttosto consistenti i richiami giurisprudenziali alla necessità di valutazione della narrazione della vittima in termini aderenti al suo vissuto e cercando di comprenderne il contesto:

Cass. Sez. 2, Sentenza n. 46100 del 27/10/ 2015

In tema di valutazione della prova testimoniale, la vulnerabilità della persona offesa, nella misura in cui produce fratture non decisive della progressione dichiarativa, emergenti anche a seguito delle contestazioni, e si manifesta attraverso un contegno timoroso, non è un elemento che può, da solo, determinare una valutazione di inattendibilità, dovendo la credibilità dei contenuti essere valutata anche sulla base della comunicazione non verbale, della quale deve essere verificata la coerenza con le cause della vulnerabilità e, segnatamente, con la relazione che lega il dichiarante con l'accusato. (Nella specie, la S.C. ha reputato immune da censure la valutazione della Corte territoriale, secondo cui l'atteggiamento particolarmente agitato ed impaurito del testimone ne avvalorava l'attendibilità, in quanto pienamente coerente con il clima di intimidazione causato dal comportamento dell'imputato). Cass. Sez. 6, Sentenza n. 31309 del 13/05/2015 Ud.

**In tema di valutazione della prova testimoniale, l'ambivalenza dei sentimenti provati dalla persona offesa nei confronti dell'imputato non rende di per sé inattendibile la narrazione delle violenze e delle affezioni subite, imponendo solo una maggiore prudenza**

**nell'analisi delle dichiarazioni in seno al contesto degli elementi conoscitivi a disposizione del giudice. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto che la sentenza impugnata avesse correttamente giudicato credibili le dichiarazioni accusatorie rese dalla persona offesa di violenza sessuale in danno del proprio partner, cui, nonostante le violenze subite, era rimasta accanto "sia per paura, sia perché gli voleva bene"**

CAss. Sez. 5, Sentenza n. 41040 del 17/06/2014

Nell'ipotesi di atti persecutori commessi nei confronti della moglie separata, l'attendibilità e la forza persuasiva delle dichiarazioni rese dalla vittima del reato non sono inficiate dalla circostanza che all'interno del periodo di vessazione la persona offesa abbia avuto transitori momenti di benevola rivalutazione del passato e di desiderio di pacificazione con il marito persecutore.

Vittima minore – non necessità della perizia sulla capacità a testimoniare

La capacità a testimoniare è presunta ed il giudizio su di essa spetta in primo luogo al giudice. Sarà necessario l'ausilio di un accertamento peritale solo laddove vi siano elementi concreti che portino a dubitare della sussistenza della capacità stessa. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 47033 del 18/09/2015

In tema di dichiarazioni rese dal teste minore vittima di reati sessuali, la valutazione della sua attendibilità è compito esclusivo del giudice, che deve procedere direttamente all'analisi della condotta del dichiarante, della linearità del suo racconto e dell'esistenza di riscontri esterni allo stesso, non potendo limitarsi a richiamare il giudizio al riguardo espresso da periti e consulenti tecnici, cui non è delegabile tale verifica, ma solo l'accertamento dell'idoneità mentale del teste, diretta ad appurare se questi sia stato capace di rendersi conto dei comportamenti subiti, e se sia attualmente in grado di riferirne senza influenze dovute ad alterazioni psichiche. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 30865 del 14/05/2015).

In tema di reati sessuali in danno di minori, la mancata assunzione delle testimonianze delle vittime per il tramite dell'incidente probatorio non comporta, di per sé, l'impossibilità di affermare la positiva attendibilità delle stesse, ma tale valutazione non può non tenere conto delle problematiche connesse alla distanza temporale tra il momento di verifica dei fatti e quello in cui le persone offese vengono esaminate; con il conseguente onere, per il giudice, di una motivazione rafforzata che dia conto, della inidoneità del distacco temporale ad incidere sull'attendibilità delle dichiarazioni, in particolare precisando se non siano intervenuti fattori esterni di "disturbo", o se questi, ove intervenuti, non si siano comunque dimostrati in grado di alterare il corretto ricordo dei fatti. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 39411 del 13/03/2014

In tema di testimonianza del minore vittima di abusi sessuali, le dichiarazioni -acquisite in violazione delle linee guida della cosiddetta "Carta di Noto", -nella parte in cui queste ultime non risultano già trasfuse in disposizioni del codice di rito con conseguente disciplina degli effetti derivanti dallo loro inosservanza non sono inutilizzabili, ma in relazione ad esse il giudice ha l'obbligo di motivare perché egli ritiene attendibile la prova assunta con modalità non rispettosa delle cautele e metodologie previste nell'indicato documento.

Prova indiziaria Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3394 del 12/11/2014

In tema di valutazione della prova indiziaria nei reati sessuali, non è possibile ritenere che i sintomi siano la prova dell'abuso e che quest'ultimo sia la spiegazione dei sintomi (cosiddetto

ragionamento circolare), in quanto non è consentito da un indizio sicuro in fatto, ma equivoco nell'interpretazione, concludere per la certezza dell'evento che rappresenta il tema probatorio, trasformandosi diversamente l'oggetto della prova in criterio di inferenza. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto non condivisibile la motivazione della sentenza impugnata, che aveva tratto la prova dei presunti abusi commessi in danno della persona offesa, affetta da ritardo mentale, da vergogna, senso di colpa, impotenza, rabbia e scompenso comportamentale).

**La permanenza attuale di una relazione anche solo di convivenza tra imputato e vittima può anche costituire elemento significativo di condotte idonee ad inquinare la genuinità della deposizione ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p. in forza del quale laddove risulti che il teste è stato sottoposto a violenza o minaccia (oltre che ad offerta o promessa di denaro o altra utilità) per non deporre o deporre il falso, le dichiarazioni rese dal teste nelle indagini preliminari sono pienamente utilizzabili Cass.Sez. 3, Sentenza n. 27117 del 04/03/2015**

**Nei procedimenti relativi ai reati di violenza sessuale anche il riavvicinamento o la riappacificazione della persona offesa e dell'imputato possono costituire un "elemento concreto" idoneo ai sensi dell'art. 500, comma quarto, cod. proc. pen. a incidere sulla genuinità della deposizione testimoniale della persona offesa nel senso che questa, non potendo rimettere la querela, essendo la stessa irrevocabile, potrebbe essere indotta a circoscrivere, limitare o revocare le dichiarazioni accusatorie in precedenza rese.** (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto legittima l'acquisizione e l'utilizzazione delle originarie dichiarazioni di una testimone, che aveva accusato il convivente di vessazioni e di gravi episodi di violenza sessuale in danno dei figli minori, le quali erano state successivamente ritratte in dibattimento senza l'indicazione di alcuna ragione e dopo la ripresa della convivenza, in un contesto di dipendenza economica dall'imputato).

E' ammessa attività di accertamento incidentale anche d'ufficio delle condizioni di cui all'art. 500 co. 4 c.p.p. che possono già emergere da attività svoltesi in dibattimento. Si tratta di accertamento che comunque non è soggetto alle più stringenti regole sull'acquisizione della prova.

la condotta illecita che ne costituisce il presupposto non deve necessariamente promanare dall'imputato ma può essere anche attribuita a terzi.

il procedimento di accertamento incidentale andrà a sfociare nell'ordinanza motivata di acquisizione delle dichiarazioni in precedenza rese dalla parte offesa

### **UN CASO PECULIARE: La ritrattazione della vittima**

**Cass. pen. Sez. III, Sent., (ud. 11/05/2021) 31-08-2021, n. 32379**

Direttamente dal corpo della motivazione si legge:

“E' stato, infatti, affermato che, nell'ipotesi di dichiarazioni accusatorie rese in sede di indagini dalla persona offesa e di successiva ritrattazione non inequivocabilmente idonea a svalutarle, il giudice può legittimamente assegnare peso probatorio alle prime dichiarazioni che siano state acquisite al fascicolo del dibattimento su consenso delle parti, ovvero nel giudizio abbreviato, **purchè eserciti su queste un controllo più incisivo, possibilmente esteso ai motivi della variazione del dichiarato, potendo anche giungere a ritenere che la ritrattazione inattendibile o mendace si traduce, proprio perchè tale, in un ulteriore elemento di**

**conferma delle accuse originarie (ex multis, Sez.4, n. 4100 del 12/01/2016, Cadoni e altro, Rv. 266424 - 01).**

3.2. Del resto, è stato affermato che in tema di valutazione della prova testimoniale nei reati commessi in ambito familiare, l'ambivalenza dei sentimenti provati dalla persona offesa nei confronti dell'imputato non rende di per sè inattendibile la narrazione delle violenze e delle affezioni subite, ma richiede solo una maggiore prudenza nell'analisi delle dichiarazioni nel contesto degli elementi conoscitivi a disposizione del giudice (cfr. Sez.6, n. 31309 del 13/05/2015, S., Rv. 264334 - 01) e quindi; nel caso di ritrattazione di precedenti dichiarazioni rese in fase di indagini preliminari, il giudice è tenuto a valutare la sussistenza di elementi rilevanti che possano aver condizionato il teste, persona offesa e ben può attribuire maggiore attendibilità alle prime, fondando il suo convincimento su una motivazione logica e congrua.

3.3. Questo Collegio intende ribadire la necessità che la ritrattazione venga esaminata:

- **sia dal punto di vista soggettivo**, dando rilevanza sia alle eventuali pressioni esterne, anche di tipo psicologico ed alle motivazioni della ritrattazione, sia alla luce della fragilità della persona offesa, qualora sia legata all'imputato da rapporti affettivi ed anche considerando il decorso del tempo dai fatti, per la sua incidenza nella relazione interpersonale tra vittima ed autore nei casi di violenza domestica. Anche il riavvicinamento o la riappacificazione della persona offesa e dell'imputato possono costituire un "elemento concreto" idoneo ai sensi dell'art. 500 c.p.p., comma 4, ad incidere sulla genuinità della deposizione testimoniale della persona offesa, nel senso che questa, non potendo rimettere la querela, essendo la stessa irrevocabile, potrebbe essere indotta a circoscrivere, limitare o revocare le dichiarazioni accusatorie in precedenza rese (cfr. Sez.3, n. 38109 del 03/10/2006, Guazzoni, Rv. 235756 - 01; Sez.5, n. 8895 del 18/01/2021, D., Rv. 280641 - 01)

- **Dal punto di vista oggettivo**, invece, vanno considerate la mancanza di spiegazioni plausibili in ordine alla originaria denuncia-querela o deposizione accusatoria o querela, le caratteristiche dettagliate e puntuali delle prime dichiarazioni ed i riscontri obiettivi alle stesse.

### **Il giudizio prognostico**

La prognosi sulla futura condotta dell'imputato può avere ad oggetto due diversi momenti processuali

- La fase cautelare

- La fase decisoria, con particolare riferimento alla concedibilità o meno del beneficio della sospensione della pena

Dal primo punto di vista, il giudizio prognostico poggia sul rischio di reiterazione di fatti analoghi, spesso coinvolgente l'incolumità fisica stessa delle vittime.

Rischio che come insegna il codice di rito deve essere **ATTUALE E CONCRETO**.

Sul punto mi permetto di segnalare un contrasto giurisprudenziale in merito all'effettivo contenuto della valutazione prognostica in sede cautelare, e cito una recentissima cassazione che **ESCLUDE** che l'attualità del pericolo di recidivanza **ANCHE IN FASE CAUTELARE** possa basarsi sull'**IMMINENZA DI SPECIFICHE OPPORTUNITA' DI RICADUTA NEL DELITTO**".

Sez. 3 - , **Sentenza n. 9041** del 15/02/2022 Cc. (dep. 17/03/2022 ) Rv. 282891 - 01

*Presidente: MARINI LUIGI. Estensore: GALTERIO DONATELLA. Relatore: GALTERIO DONATELLA. Imputato: GIZZI SERENA. P.M. FILIPPI PAOLA. (Diff.)*

Annulla con rinvio, TRIB. LIBERTA' SALERNO, 04/11/2021

664 MISURE CAUTELARI - 008 esigenze cautelari

MISURE CAUTELARI - PERSONALI - DISPOSIZIONI GENERALI - ESIGENZE CAUTELARI - Pericolo di reiterazione del reato - Attualità - Nozione - Fattispecie.

In tema di misure cautelari personali, il requisito dell'attualità del pericolo previsto dall'art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. non è equiparabile all'imminenza di specifiche opportunità di ricaduta nel delitto e richiede, invece, da parte del giudice della cautela, una **valutazione prognostica** sulla possibilità di condotte reiterative, alla stregua di un'analisi accurata della fattispecie concreta, che tenga conto delle modalità realizzative della condotta, della personalità del soggetto e del contesto socio-ambientale, la quale deve essere tanto più approfondita quanto maggiore sia la distanza temporale dai fatti, **ma non anche la previsione di specifiche occasioni di recidivanza.**(Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la decisione che aveva ritenuto l'attualità delle esigenze cautelari in base all'avvenuta commissione di reati, da parte dell'indagato, nei due anni precedenti, nonostante l'assenza di condotte successive da cui desumere il suo perdurante inserimento nel traffico illecito di stupefacenti).

#### **Conformemente:**

Sez. 2, **Sentenza n. 44946** del 13/09/2016 Cc. (dep. 25/10/2016 ) Rv. 267965 - 01

*Presidente: Diotallevi G. Estensore: Aielli L. Relatore: Aielli L. Imputato: Draghici e altro. P.M. Stabile C. (Diff.)*

(Rigetta, Trib. Bologna, 26/04/2016)

664 MISURE CAUTELARI - 008 esigenze cautelari

MISURE CAUTELARI - PERSONALI - DISPOSIZIONI GENERALI - ESIGENZE CAUTELARI - Attualità del pericolo di reiterazione del reato - Nozione - Imminenza del pericolo di commissione di un ulteriore reato - Necessità - Esclusione - Fattispecie.

In tema di misure cautelari personali, la sussistenza di un pericolo "attuale" di reiterazione del reato va esclusa qualora la condotta criminosa posta in essere si riveli del tutto sporadica ed occasionale, dovendo invece essere affermata qualora - all'esito di una valutazione prognostica fondata sulle modalità del fatto, sulla personalità del soggetto e sul contesto socio-ambientale in cui egli verrà a trovarsi, ove non sottoposto a misure - **appaia probabile, anche se non imminente, la commissione di ulteriori reati; ne deriva che il requisito dell'attualità del pericolo può sussistere anche quando l'indagato non disponga di effettive ed immediate opportunità di ricaduta.** (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto esente da censure l'ordinanza impugnata che aveva dato atto della persistenza del pericolo di recidiva sottolineando la gravità del fatto, la capacità di programmazione dell'illecito e l'inserimento dei prevenuti in un contesto criminale, ed aveva altresì ritenuto, in assenza di uno stabile lavoro e di un domicilio certo, che unica misura idonea fosse la custodia in carcere).

Altro orientamento giurisprudenziale affermava invece che:

Sez. 6, **Sentenza n. [24477](#)** del 04/05/2016 Cc. (dep. 13/06/2016 ) Rv. 267091 - 01

**Presidente: Ippolito F. Estensore: Giordano EA. Relatore: Giordano EA. Imputato: Sanzogni e altro. P.M. Loy MF. (Diff.)**

(Annulla con rinvio, Trib. Roma, 09/03/2016)

664 MISURE CAUTELARI - 008 esigenze cautelari

MISURE CAUTELARI - PERSONALI - DISPOSIZIONI GENERALI - ESIGENZE CAUTELARI - Attualità del pericolo di commissione di ulteriori reati - Nozione.

In tema di esigenze cautelari, l'art. 274, lett. c), cod. proc. pen., nel testo introdotto dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, richiede che il pericolo che l'imputato commetta altri delitti deve essere non solo concreto, ma anche attuale; ne deriva che non è più sufficiente ritenere altamente probabile che l'imputato torni a delinquere qualora se ne presenti l'occasione, **ma è anche necessario prevedere che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione prossima per compiere ulteriori delitti della stessa specie.**

\*\*\*\*

**Nella fase decisoria, invece,** il giudizio prognostico viene in gioco nei casi in cui l'entità della pena sia contenuta entro i due anni, e vi sia quindi la possibilità di concessione della sospensione condizionale della stessa, sempre che i precedenti penali lo consentano.

In questi casi si tratta di effettuare una valutazione su una realtà futura presunta che – utilizzando i criteri di cui all'art. 133 cp - deve tenere conto sia del ravvedimento dell'imputato, che della gravità del reato, ai fini della considerazione della probabilità di commissione di nuovi reati.

Nella formazione di tale prognosi il giudice non è però obbligato a prendere in esame tutti gli elementi indicati nell'articolo [133](#), ma può anche limitarsi solo a quelli che ritiene sufficienti sia per concedere che negare il beneficio, purchè ciò sia adeguatamente motivato.

Proprio perché la valutazione prognostica deve tenere conto dei criteri dell'art. 133 che sono i medesimi criteri valevoli per la commisurazione della pena, si rischia di addivenire a pronunce contraddittorie che ad esempio concedano il minimo edittale e al tempo stesso neghino la sospensione condizionale.

riporto una cassazione in termini sul punto che ha ritenuto sussistente un vizio di motivazione per tale evenienza:

Sez. 2 - , **Sentenza n. [35185](#)** del 21/09/2020 Ud. (dep. 10/12/2020 ) Rv. 280458 - 04

**Presidente: CERVADORO MIRELLA. Estensore: PAZIENZA VITTORIO. Relatore: PAZIENZA VITTORIO. Imputato: CANGIANO VINCENZO. P.M. TAMPIERI LUCA. (Parz. Diff.)**

Annulla in parte con rinvio, CORTE APPELLO NAPOLI, 28/03/2019

577 PENA - 008 DETERMINAZIONE

PENA - DETERMINAZIONE - Applicazione del minimo edittale e diniego della **sospensione condizionale** della pena in ragione della gravità dei fatti - Vizio di motivazione - Sussistenza.

In tema di concessione del beneficio della **sospensione condizionale** della pena, pur non sussistendo un nesso di necessaria correlazione tra la determinazione della pena e la concessione della **sospensione condizionale**, in quanto la prima va operata in base ai criteri di **valutazione** della gravità del reato mentre la seconda si fonda su un giudizio **prognostico** proiettato su una presunta realtà futura, è, tuttavia, configurabile il vizio di contraddittorietà della motivazione nell'ipotesi in cui il giudice applichi il minimo edittale della pena, con riferimento alla gravità del fatto, e contestualmente neghi la **sospensione condizionale** della pena sempre in ragione della gravità dei fatti.

### **Quali i criteri per il giudizio prognostico da valorizzare?**

- l'incensuratezza dell'imputato certamente costituisce un elemento di indubbia valenza positiva, che esige l'individuazione di uno o più elementi di segno contrario idonei a neutralizzarla.
- La occasionalità del reato, la sua episodicità;
- Il presumibile effetto deterrente del processo penale subito;
- Il contesto storico-sociale in cui è maturato l'intento criminoso così come emerso in dibattimento unitamente all'eventuale resipiscenza anche dimostrata con il comportamento processuale;
- la condotta dell'imputato successiva al reato ---> A tal fine, occorre non sottovalutare la portata del processo come occasione: sono molto frequenti i casi di condotte legate all'alcol dipendenza o alla dipendenza dal gioco d'azzardo o da cocaina.

Spesso è contestata l'aggravante di cui all'art. 94 c.p.

Può quindi essere utile sollecitare l'imputato (qualunque sia l'esito del giudizio, ma utilizzando in senso a sé favorevole il tempo del processo) ad avviare un percorso di aiuto alla gestione del problema dipendenza, suggerendo il contatto con il Sert territorialmente competente, e chiedendo relazioni sullo stato del programma in parallelo allo sviluppo dell'attività processuale.

Una volta avviato un percorso di sostegno o di revisione critica del proprio operato, la sua prosecuzione potrebbe essere imposta come attività volta alla eliminazione delle conseguenze dannose del reato ai sensi dell'art 165 c.p.

A tal riguardo si prospetta molto utile un nuovo strumento pure introdotto dal Codice Rosso: Nuovo comma 5 dell'art. 165 c.p. prevede che:

*Nei casi di condanna per i delitti di cui agli articoli [572](#), [609 bis](#), [609 ter](#), [609 quater](#), [609 quinquies](#), [609 octies](#) e [612 bis](#), nonché agli articoli [582](#) e [583 quinquies](#) nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli [576](#), primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e [577](#), primo comma, numero 1, e secondo comma, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata **alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati.***