

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



1

2014 • ANNO II
gennaio | marzo

EDITORE

Mario Covelli

DIRETTORE RESPONSABILE

Aldo Cimmino

DIRETTORE SCIENTIFICO

Giuseppe Riccio

COMITATO SCIENTIFICO

Pasquale Andria, Piero Avallone,
Paola Brunese, Aldo Cafiero,
Beniamino Calabrese, Geremia Casaburi,
Melita Cavallo, Michele Cerabona,
Claudia Cesari, Domenico Ciruzzi,
Alessandro Cocchiara, Mario Covelli
Annamaria D'Andrea,
Claudio De Angelis, Ivo De Angelis,
Agostino De Caro, Patrizia Esposito
Maria de Luzenberger, Maria Valeria Del Tufo,
Glaucio Giostra, Arturo Frojo,
Roberto Gentile, Clelia Iasevoli,
Fausto Izzo, Alarico Mariani Marini,
Mariano Menna, Carlo Montella,
Ugo Pastore, Vania Patanè,
Alessandro Piccirillo, Maurizio Pierantoni,
Stefania Pisciotta, Maria Francesca Pricoco,
Maria Vittoria Randazzo, Ornella Riccio,
Rossella Salvati, Giancarlo Scalsese,
Paolo Sceusa, Massimo Sensale,
Gustavo Sergio, Antonino Sessa,
Elio Sticco, Gemma Tuccillo,
Adele Viciglione, Mario Zevola

REDAZIONE

Enza Abbondante, Pietro CATERA,
Giuseppe Centomani, Anna Maria Covelli,
Mariangela Covelli, Emanuele Esposito
Fabiana Falato, Sandro Forlani,
Carlo Gentile, Mario Griffo,
Gianluca Guida, Clelia Iasevoli,
Vania Maffeo, Silvio Mancini
Mena Minafra, Mariagiovanna Riccio,
Antonino Sessa, Amedeo Triola

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Eduardo Izzo
Giuseppe Liguori

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista scientifica trimestrale, pubblicata in Napoli, dedicata all'approfondimento di questioni di diritto processuale penale e di diritto minorile. Professori, Magistrati e Avvocati apportano il loro contributo per la realizzazione della stessa al fine di garantire un'informazione professionale specializzata nel campo. L'accesso alla Rivista è gratuito ed il progetto editoriale è frutto di sinergia tra lo Studio Legale dell'Avvocato Mario Covelli di Napoli che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, la Camera Penale Minorile — Associazione Nazionale ed il Centro Studi Minorili "Paolo Giannino". La selezione dei materiali pubblicati su "Diritto e Giustizia Minorile - Rivista trimestrale" è affidata ad un Comitato scientifico composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE coinvolge operatori del diritto che si contraddistinguono per passione e spiccata sensibilità nella tutela dei diritti delle persone minorenni e nella diffusione dei principi costituzionali e sovranazionali del Diritto e Procedura penale e del rito penale minorile disciplinato dal D.P.R. 448/1988. La varietà dei materiali e dei contributi inseriti nella Rivista è assicurata dall'ampia partecipazione di operatori del diritto, di gran parte del territorio nazionale. "Diritto e Giustizia Minorile", infatti, mette in rete ben tredici Tribunali per i Minorenni, su ventotto esistenti. Apportano il loro contributo, inoltre, docenti universitari, ricercatori, dirigenti dei Servizi minorili dell'Amministrazione della Giustizia. A tutti va il sentito riconoscimento di "Diritto e Giustizia Minorile" per aver assunto gratuitamente l'onere della collaborazione e la condivisione di un progetto scientifico, culturale e di impegno civile.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012

ANNO 2014, CODICE ISSN 2280-4323

Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312

Sede legale: Via Bernardo Cavallino, 6, 80128 Napoli

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

SOMMARIO

GLI ARTICOLI

Mediazione - omologata dall’Autorità giurisdizionale - con gli offesi e con gli enti rappresentativi di interessi diffusi	08
MARIANO MENNA	
Tutela della personalità e giusto processo	23
CLELIA IASEVOLI	
La competenza a decidere il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, e il debutto in Cassazione del diritto all’educazione del minore	37
CLELIA IASEVOLI	
La responsabilità penale dei minori nella giurisdizione minorile spagnola	47
MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO	
Difensori d’ufficio nei procedimenti civili minorili davanti al Tribunale per i minorenni	56
GUSTAVO SERGIO	
Il nuovo metodo di abbinamento coppia-bambino, nell’adozione nazionale presso il Tribunale per i Minorenni di Trieste	60
PAOLO SCEUSA	
Le misure cautelari per i minorenni	68
NICOLA CICCARELLI	
Il trattamento penitenziario previsto per i minori	73
NICOLA CICCARELLI	
Il “Coraggio di cambiare”	106
SANDRO FORLANI E CARMELA PANICO	

SOMMARIO

Minori “a rischio” e delitto di associazione mafiosa: profili sostanziali e riverberi processuali	110
ALDO CIMMINO	
I minori in stato di abbandono	122
CARLO GENTILE	
Il collocamento dei minori in luogo sicuro ex art. 403 c.c.	129
CARLO GENTILE	
I minori stranieri non accompagnati	131
CARLO GENTILE	

I PROVVEDIMENTI

Sentenza di assoluzione in materia di obbligo ad esibire passaporto o altro documento di identificazione, immigrazione clandestina e falsa attestazione	137
PAOLA BRUNESE	
Nota a sentenza: La Corte di Appello di Napoli - Sez. Minorenni statuisce sulla competenza a celebrare il giudizio abbreviato dopo il decreto di rito immediato	144
ALDO CIMMINO	
Sentenza della Corte di Appello di Napoli - Sez. Minorenni di annullamento della sentenza del TpM perché emessa da G.U.P. funzionalmente incompetente a celebrare il giudizio abbreviato	148
ALESSANDRO COCCHIARA	
Cassazione pen. Sez. II, Ord., (ud. 11-12-2013) 18-12-2013, n. 51141 di rimessione alle SS. UU. della questione inerente la competenza a celebrare il giudizio abbreviato dopo il decreto di rito immediato	162
Eccezione di parziale incostituzionalità dell’art. 458 c.p.p. con riferimento alla specializzazione del giudice minorile sollevata dal Procuratore della Repubblica presso il TpM di Bologna	169
UGO PASTORE	
Ordinanza del TpM di Bologna di accoglimento dell’eccezione di parziale incostituzionalità dell’art 458 c.p.p. e rimessione degli atti alla Corte Costituzionale	172
GIUSEPPE SPADARO	

SOMMARIO

Corte Cost., Ord. n. 330/2003 sulla specializzazione del Tribunale per i Minorenni	185
Nota a sentenza: La Cassazione affronta le problematiche inerenti la riabilitazione speciale minorile ALDO CIMMINO	190
Cassazione pen. Sez. I, Sent., (ud. 18-09-2013) 07-11-2013, n. 2851 di annullamento dell'ordinanza del TpM di Napoli con la quale veniva rigettata l'istanza di concessione della riabilitazione speciale prevista per i minorenni	192

APPENDICE

L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati. Intervista al Procuratore della Repubblica presso il TpM di Napoli, Dott. Roberto Gentile ALDO CIMMINO	197
Protocollo d'intesa per l'accertamento dell'età dei minori migranti non accompagnati del Comune di Napoli nell'ambito dei procedimenti civili e penali	201



Nota dell'Editore

Da questo numero assume la direzione della Rivista il dott. Aldo Cimmino, Specialista nella materia, collaboratore della Prof.ssa Clelia Iasevoli, titolare della cattedra di Legislazione Penale Minorile nella Università "Federico II" di Napoli, il dott. Cimmino consentirà alla Rivista di fare un salto di qualità. L'auspicio è sempre quello di intrecciare una rete tra Magistratura minorile, Docenti universitari della materia, Avvocati che operano nel settore, per costruire un processo penale a misura di minore.

*L'Editore
Avv. Mario Covelli*



GLI ARTICOLI

Mediazione - omologata dall'Autorità giurisdizionale - con gli offesi e con gli enti rappresentativi di interessi diffusi

SOMMARIO: 1. La mediazione – omologata – con le persone offese e con gli enti rappresentativi di interessi diffusi; 2. Le possibili tecniche mediative anche in relazione ai reati non bagatellari

1. La mediazione penale è oggi confinata in uno spazio in cui lo Stato rinuncia ad affermare la propria pretesa punitiva per consentire alla sola persona offesa – soprattutto in relazione a reati bagatellari - di dichiararsi o meno soddisfatta.

Ci si chiede, invece, se la mediazione ovvero la giustizia riparativa possa diventare tendenzialmente alternativa a quella “retributiva” nel senso che, al di là della spesso oleografica conciliazione – in particolare per reati bagatellari - con la persona offesa, specie se persona fisica, sia possibile sostituire alla filosofia della “retribuzione” basata su una valutazione obiettiva del disvalore di un fatto, la filosofia della riparazione che come tale non presupponga l'accertamento del fatto, non tenga conto di un parametro rigido e formale di sindacato della violazione di un bene giuridico e di reazione ad essa, ma incentri tutto su un ripristino patteggiato e, come si dirà, eventualmente “creativo” dell'ordine violato. Se così fosse la mediazione o, recte, la giustizia riparativa potrebbe estendersi anche ai reati più gravi.

Sia chiaro che se non si punta sulla sola conciliazione con la persona offesa e si sposta l'attenzione sulla multiforme riparazione, si può coniugare questo cambio di filosofia con altre direzioni che sta imboccando la politica penale e che evidenziano come, in fondo, esistano punti di contatto tra l'eventuale sistema di nuova risposta al crimine ed il tradizionale metodo liberale di reazione al delitto.

Le nuove direzioni della politica penale, che non inficiano l'idea “retributiva”, con le quali si può saldare il *revirement* in materia di risposta al crimine di tipo riparativo sembrano, tra le altre, le seguenti.

Su un primo versante, si assiste ad una maggiore flessibilità dell'idea astratta di legge penale – anche nell'ottica della giurisprudenza della Corti sovranazionali che puntano, in base ad un'interpretazione sempre più teleologica, sulla difesa dei diritti più che sull'attuazione di fattispecie astratte e chiuse – con un conseguente bilanciamento concreto di interessi in relazione ad un'applicazione sempre più casistica della regola penale.¹

1. GAROFOLI, per esempio, in merito sostiene che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si sta assistendo ad una “valorizzazione degli aspetti qualitativi della legalità, non più circoscritti alla determinatezza della norma, ma concernenti anche l'accessibilità e prevedibilità delle fonti legali e della relativa giurisprudenza” (Manuale di diritto penale. Parte generale, Roma, 2013, 33 s.). Sul punto cfr., tra gli altri, anche BERNARDI, Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 252-253.

Su un secondo collegato fronte, va considerata la maggiore flessibilità anche nella scelta della sanzione che non necessariamente si contrappone all'idea "retributiva" della reazione afflittiva ma fonda sull'adeguamento della risposta alle esigenze del caso concreto.

Ne è esempio l'affermarsi di tendenze favorevoli alla sostituzione della sanzione di tipo patrimoniale o di natura interdittiva a quella incentrata sulla privazione della libertà personale, intendendo in particolare quella consistente in un'interdizione non come meno afflittiva ma come più idonea a debellare un certo fenomeno criminoso. In tal modo si coniugano meglio la proporzionalità di tipo "retributivo" e l'esigenza preventiva.²

Inoltre, per i reati meno gravi si tende sempre più a congedarsi dalla pena detentiva perché anche in base all'idea "retributiva" l'accennato tipo di risposta non sembra più proporzionato ovvero corrispondente alle aspettative sociali di sanzione, pure intesa – in un'eventuale ottica neoretribuzionistica – come compensazione etica della lesione prodotta dal delitto.³

Ulteriormente, sul convergente piano processuale, il rapporto tra l'accertamento del fatto e, quindi, della colpevolezza, da un lato, e la "retribuzione" della violazione della legge penale, dall'altro lato, diventa più flessibile perché si applica una filosofia premiale a chi non imponga un particolare sforzo ricostruttivo dell'episodio addebitato allo Stato.

In quest'ottica, si abbandona la logica del parametro oggettivo ed unico dell'accertamento penale e si sostituisce al medesimo il rapporto tra riscontro della colpevolezza e tasso di responsabilità dell'ipotetico reo.

Di conseguenza, si accoglie una concezione più flessibile anche della presunzione di non colpevolezza per superare la quale non sono sempre necessarie le maggiori garanzie.⁴

2. In proposito, si consideri, per esempio, che nel Progetto Grosso si prevedeva come le pene interdittive, oltre ad assumere il carattere di pene accessorie, necessariamente conseguenti alla sentenza di condanna per alcuni reati tassativamente previsti, potessero essere comminate anche autonomamente come pene principali. Sul fallimento del sistema sanzionatorio incentrato sulla pena detentiva e sulla riconsiderazione del ruolo che potrebbero svolgere le pene implicanti restrizioni della capacità giuridica o di poteri e attività cfr., tra gli altri, EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in Riv. it. dir. proc. pen 2002, n.1.

3. Si pensi in particolare al sistema sanzionatorio operante nei procedimenti di competenza del giudice di pace ed al complesso delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi ex L.689/81.

Particolarmente su quest'ultima tematica, cfr., tra gli altri, DOLCINI, *Le <<sanzioni sostitutive>> applicate in sede di condanna. Profili interpretativi sistematici e politico-criminologici del capo III, sezione I della l.n.689 del 1981*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1982, 139 e TRAPANI, *Le sanzioni penale sostitutive*, Padova, 1985, passim.

Sulla nuova filosofia della pena nei procedimenti di competenza del giudice di pace cfr., per tutti, BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, in AA. VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, 401 ss.

4. Sul rapporto tra filosofia premiale nella giustizia negoziata e principi di diritto sostanziale in tema di applicazione della pena cfr., per esempio, in tema di giudizio abbreviato, MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, passim e ZACCHE, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, passim.

Se si tiene conto di ciò, sembra sempre più sostituirsi alla garanzia del limite generale ed astratto della legge ovvero della fattispecie chiusa o del precedente applicato riduzionisticamente la garanzia del rispetto del diritto nel caso concreto con ampie possibilità di adeguamento della regola e di pratico cambiamento della medesima in bonam partem ovvero, nel caso inverso, di applicazione del limite del parametro precostituito in base alla sua prevedibilità più che alla fissazione astratta.⁵

Ora, volendo abbandonare il piano dei reati solo bagatellari in cui l'interlocutore dell'esigenza riparativa sia solo l'offeso, specie se persona fisica, anche sul piano della giustizia non "retributiva" della riparazione per tutti i reati bisogna ipotizzare lo stesso livello di accennata flessibilità sia sul piano del trattamento sostanziale della risposta al crimine, sia sul livello processuale della fissazione – sia pure, come si vedrà, di tipo ipotetico - del presupposto di fatto dell'intervento reattivo, con le uniche rilevanti differenze che la misura del bilanciamento casistico dovrebbe essere non precostituita dallo Stato su un piano oggettivo-sistematico, che ambirebbe, staticamente e su un piano di formale sussunzione di un fatto concreto sotto una chiusa fattispecie astratta, a rimuovere ogni disparità di trattamento (sebbene, come si è visto, in termini solo tendenziali, vista la necessità di ampio adeguamento del canone precostituito), bensì dovrebbe essere operata dinamicamente da un soggetto pure diverso dallo Stato che entificasse l'interesse o gli interessi lesi, sia pure divenendo esponenziale in relazione a determinati reati – i più gravi - di tutta la comunità dei consociati.

In proposito, va sottolineato come soggetto passivo di un reato per comune opinione può essere anche una collettività⁶ e, del resto, rispetto agli interessi penali nell'ordinamento processuale penale è già prevista la figura dell'ente esponenziale di interessi diffusi.

Quanto, poi, all'eventualità che la comunità di riferimento del bene violato fosse tutta la società, la differenza che si realizzerebbe tra l'ipotizzato ente rappresentativo della medesima e lo Stato starebbe nel fatto che il primo, a differenza del secondo, si costituirebbe per difendere uno o più specifici interessi, laddove l'altro, nel crogiuolo della legalità, opererebbe un ampio bilanciamento di tutti gli interessi da tutelare rispetto alle ipotizzabili vicende concrete.

5. Cfr., in proposito, per l'individuazione, tra gli altri, del parametro della "prevedibilità" della regola penale da applicare, la vicenda giurisprudenziale – a livello di Corte europea dei diritti dell'uomo e di Corte di cassazione – relativa al caso Punta Perotti, su cui vedi, per tutti, BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in Cass. pen. 2008, 9, 3504; ed Idem, *La confisca di Punta Perotti: ultimo atto* (nota a CEDU, sentenza 10 maggio 2012, ric., n-75909/01, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia), in *La Rivista Neldiritto* 2012, n.10,1734 ss.

Più in generale, sul principio di legalità convenzionale a cui si ancora la maggiore flessibilità nella determinazione della regola penale da applicare, cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, *Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 301 ss.

6. Vedi, per tutti, sul punto FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 174.

Queste affermazioni presuppongono, per un verso, l'indipendenza della risposta mediativa da quella classica di tipo "retributivo" e preventivo (dal momento che la prima è concettualmente un accordo su una condotta riparatrice e su misure anche "creative" di ripristino dell'ordine violato che concettualmente si distinguono dall'irrogazione della pena), per altro verso, un collegamento della mediazione con la politica criminale⁷, si voglia, poi, incentrare o meno la stessa sulla sola prevenzione – ritenendo la retribuzione come mero baluardo contro l'eccesso e l'arbitrio del potere punitivo pubblico – oppure sulla prevenzione e sulla retribuzione insieme – reputando quest'ultima come risposta da assicurare in aggiunta e nel contemperamento con la prima perché rispondente ad un'esigenza di punizione valida in sé – in una prospettiva neoretribuzionistica⁸ oggi non ritenuta prevalente –, intendendola come compensazione etica rispetto al crimine che corrisponda ad un interesse di tipo primario come quello alla prevenzione.

L'entificazione dell'interesse leso nell'ambito dello Stato, ma su un piano diverso dall'intervento statale, nascerebbe, come si è detto e qui si ribadisce, dall'esigenza di specializzazione nella tutela del bene protetto e di proposta di una reazione più flessibile ed adeguata al crimine in termini di prevenzione speciale e di prevenzione generale, ed eventualmente, in prospettiva neoretribuzionistica, anche dal bisogno di natura etico-retributiva nascente dalla lesione di uno specifico interesse.

La risposta, in sede di mediazione con siffatto ipotetico ente, sarebbe almeno in parte distaccata dal bilanciamento con altri beni degni di protezione, dal momento che, se si passa dal livello della reazione specifica a quello della risposta totalmente bilanciata, bisogna attingere necessariamente alle fattispecie legali chiuse tipiche della legge ordinaria ed entrerebbe, allora, in gioco una ineliminabile dose di astrattezza e di generalità che spunterebbe le armi alla politica flessibile di reazione al crimine in senso ampio.

In proposito, però, le condizioni devono essere due per far in modo che un simile *modus procedendi* non entri in collisione con lo Stato costituzionale e democratico di diritto.

7. Sul problema dell'indipendenza o meno del fenomeno mediativo dalle esigenze di prevenzioni tipicamente riconducibili alla pena ci si interroga in FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 21. Il collegamento – che non significa assimilazione concettuale – della mediazione con l'attuazione delle finalità preventive della pena è messo in evidenza in MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Diritto penale e processo* 2006, 2269 ss.

8. La prospettiva retribuzionistica è rivalutata in Italia, tra gli altri, in: RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1966, passim; MATHIEU, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978, passim; D'AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia* 1982, 236 ss.; MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 48 ss.

L'esigenza retributiva come garanzia – associata o meno alla nozione di retribuzione come afflizione compensativa del crimine commesso -, che è al fondo dell'idea classica del diritto penale di introduzione di un rapporto di proporzione tra delitto e sanzione per evitare l'arbitrio del soggetto dotato di potere pubblico, trova un equipollente, in prospettiva mediativa, nel “consenso all'applicazione della condotta riparatrice”⁹, nel senso che il sospettato, se ritenga eccessivamente afflittiva o ingiusta perché non corrispondente ad una situazione reale di colpevolezza, la proposta riparazione, deve poter negare il suo assenso all'attuazione della condotta riparatrice e chiedere l'intervento della giurisdizione che offrirebbe una risposta totalmente bilanciata – di tipo non solo preventivo, ma anche, in ipotesi, retributivo - in nome di un quadro complesso di interessi di rilievo costituzionale e non.

Poiché, però, la manifestazione di consenso potrebbe essere non consapevole, deve permanere il controllo dello Stato sul rispetto dei diritti fondamentali – compreso quello alla sicurezza - che non sono patteggiabili, almeno quando dal piano dei reati bagatellari in cui la mediazione si possa svolgere con una specifica persona titolare di un diritto di querela o di richiesta che possa disporre – attraverso le suddette condizioni di procedibilità – della repressione del bene violato, si sale al livello dei reati più gravi – e non solo dei delitti commessi da minorenni — rispetto ai quali emerge in misura più preponderante l'interesse generalizzato alla risposta al crimine da parte di un settore della comunità di consociati o di tutta la società.

In relazione a queste ultime situazioni, almeno, sul presupposto che intervenga l'accordo su un'eventuale condotta riparatrice e su misure anche diverse di ripristino dell'ordine violato, sarebbe necessaria – così come avviene, anche se con intensità e modalità diverse, per la mediazione nel settore civile e commerciale in relazione alla tutela dell'ordine pubblico e delle norme imperative – un'omologazione giudiziaria che sancisse la mancata lesione di diritti fondamentali.¹⁰

9. Sul consenso tendente non solo alla riconciliazione pura e semplice, ma anche alla riparazione da cui scaturisca il superamento del conflitto, cfr., tra gli altri: CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA. VV., Scritti in onore di Giandomenico Pisapia, Vol.III, Criminologia, Milano, 2000, passim; MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in AA.VV., Prassi e teoria della mediazione, a cura di Pisapia, Padova, 2000, passim; MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito internazionale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in AA.VV., Verso una giustizia penale conciliativa, a cura di Picotti e Spangher, Milano 2002, passim; GIUFFRIDA, *Verso la giustizia riparativa*, in *Mediares* 2004, 3, 75 ss.; BOUCHARD, MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005, passim;

10. Sull'art. 12 del D.lgs.28/2010 relativo alla mediazione civile e commerciale – ove si prevede l'omologazione dell'accordo che eventualmente tra le parti in sede mediativa – cfr., tra gli altri NICOSIA, SUSANNA, CECCACCI, *Mediazione e conciliazione civile e commerciale*, Gravellona Toce, 2010, 172 ss. e MARINARO, *La mediazione delle liti civili e commerciali. Un percorso nella nuova normativa*, Roma, 2010, 44 ss.

A questo proposito, anzi, va sottolineato che, nello stabilire un proficuo rapporto tra mediazione e controllo giurisdizionale, non si può assicurare in sede di supposta omologa dell'accordo mediativo una piena tutela anche astratta dell'esigenza "retributiva", nel senso di stabilire un ancoraggio pieno del livello di afflittività della condotta riparatrice alla normale risposta sanzionatoria quale sarebbe oggetto di fattispecie legali chiuse e di normale intervento giurisdizionale.¹¹

Un controllo giurisdizionale di questo tipo sarebbe impossibile perché la fissazione rigorosa della presumibile "retribuzione" che coinvolgesse l'ipotetico reo presupporrebbe un compiuto giudizio sul fatto storico addebitato che attraverso la mediazione per definizione si evita.¹²

In altra ottica, allora, per dare anche alla politica preventiva la possibilità di dispiegarsi con maggiore libertà, si potrebbe ancorare il livello di afflittività della ipotetica condotta riparatrice anche se, come si vedrà, nel quadro di un trattamento concordato in sede di conciliazione che "creasse" non solo una penalità, bensì una situazione di vita nuova per il supposto reo - non allo standard normale di risposta sanzionatoria, quale sarebbe quella di natura giurisdizionale classica, bensì alla tutela esclusiva ed elastica dei diritti fondamentali in modo da rendere flessibile in ipotesi anche il tasso di afflittività della condotta riparatrice¹³ - in nome della maggiore adeguatezza della soluzione a fini preventivi del caso specifico - benché solo a patto che sussista il consenso del sospettato.

Corrispondentemente, l'eventuale omologazione giudiziaria dell'ipotetico accordo mediativo dovrebbe tener conto della salvaguardia rispetto alla vicenda concreta dei diritti fondamentali che, come tale, è indipendente dal limite della normale risposta sanzionatoria.

11. Si trae spunto, relativamente alla diversa incidenza operativa dei principi e delle fattispecie chiuse, dalla classica e corrispondente distinzione che si rinviene in DWORKIN, *Taking Rights seriously* (1977) trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 90 ss.)

In proposito, tra gli altri, ZAGREBELSKY, sulla scia di DWORKIN, ricorda come "Le regole valgono nella logica del 0-tutto-o-niente: esse sono cogenti e/o le si rispetta integralmente o le si viola altrettanto integralmente... I principi operano in modo diverso. Essi non indicano conseguenze giuridiche che devono seguire necessariamente quando si diano le condizioni previste, ma, come assiomi dell'ordine giuridico, affermano una ragione che, nei casi che chiamano in causa il principio, deve essere sviluppata nell'azione e nella decisione, senza che in esso sia indicato precisamente il contenuto dell'azione e della decisione." (Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune, Torino, 2009, 95 s.)

12. Perciò, per esempio SCIVOLETTO, da un lato, non nega che "la mediazione vive all'ombra del diritto" (così come l'intersezione tra attività mediativa ed ordinamento giuridico e, quindi, giudizio si sostiene in PUPOLIZIO, *Una comunità all'ombra del diritto*, Milano, 2005, passim ed in TRANKLE, *In the shadow of penal law, Victim-offender mediation in Germany and France, in Punishment and Society* 2007, 9, 395), dall'altro lato, sottolinea come bisogna analizzare la mediazione come strumento "che consente la formulazione di nuovi modi di regolazione giuridica". Quindi, asserisce che "si affaccia ...nel nostro tempo la necessità di un diritto mite e flessibile, capace di rinunciare alla propria esclusività, sia nella strutturazione dei conflitti che nella loro gestione o risoluzione" (Concetti e pratiche di mediazione, in AA.VV., *Mediazione penale minorile*, Milano, 2009, 13-14.

13. Quanto al carattere affittivo della riparazione FIANDACA precisa che "La riparazione conserva verosimilmente il carattere di sanzione, sia pure di significato alternativo rispetto alle pene tradizionali: essa può essere a carattere patrimoniale (come nel caso del risarcimento del danno) o extrapatrimoniale (come nei casi delle prestazioni in favore delle vittime o dei lavori di pubblica utilità)" (Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata, cit., 21).

Si immagina in sede mediativa un ancoraggio della risposta al crimine simile al bilanciamento flessibile di interessi che le Corti dei principi nazionali e sovranazionali operano in nome della tutela dei diritti, rispetto ai casi specifici, con operazioni che secondo alcuni potrebbero essere scopertamente creative dei criteri¹⁴ da applicare e che, viceversa, rispetto alla mediazione dovrebbero in modo più corretto solamente fare a meno del giudizio di fatto, ma senza alterare – sul piano del dover essere - le proporzioni tra i valori da fissare nell’ambito dell’interpretazione o dell’”applicazione” in senso più ampio del diritto; del che si dirà subito in appresso.

Per l’assenza della possibilità di definire mediante un compiuto giudizio il presupposto fattuale del bilanciamento da operare in sede di omologa delle supposte conciliazioni si potrebbero immaginare dei giudizi in ipotesi¹⁵ – quanto ai fatti storici addebitati palesatisi in ambito mediativo – a cui applicare i contemperamenti tra i diversi beni tutelati in sede di principio.

In altra sede si è chiarito come la flessibilità del bilanciamento tra principi possa coniugarsi con la positività dell’applicazione della legge costituzionale o convenzionale sfruttando il rapporto tra l’evidenza del dettato normativo - a cui dovrebbero attenersi i giudici nell’interpretazione, anche in relazione all’omologa qui supposta - e la prova delle prassi valutative che servirebbe per applicare in modo flessibile – ma non creativo - il diritto nelle sue sfaccettature elastiche di principio; e ciò perché passando dal piano dell’interpretazione all’altro della dimostrazione degli usi valutativi per risolvere le questioni giuridiche non definite in maniera evidente dalla legge, specie se di principio, si rimane nella dimensione del fatto (sia pure diverso e solo estrinsecamente collegato con quello “descritto” come episodio storico addebitato) ed in tale ultimo ambito si permane anche quando risulti impossibile la dimostrazione delle prassi di valutazione prevalenti nel tessuto sociale, per cui si debba de iure condendo ricorrere ad un organo ausiliario del giudice di natura politica chiamato a “decidere” con il consenso popolare – eppur tuttavia in modo “consapevole” mediante una rappresentanza di esperti - l’aspettativa sociale a cui dare prevalenza¹⁶ per “applicare” in senso ampio il diritto.

In siffatta prospettiva, sul piano del rispetto positivo della norma scritta di principio il giudice la interpreta e la applica, mediante interpretazione, nella sua dimensione di limite tipico alla sostanza valutativa che, invece, per il carattere aperto della legge in cui è elasticamente incorporata, si deve “applicare” mediante la prova delle prassi valutative che a quel limite si riannodano e da cui non possono prescindere, ma che vanno oltre il medesimo dando flessibilità all’attuazione della regola.

14. Per tutti, vedi, per esempio, in riferimento all’attività giurisprudenziale di “concretizzazione” del diritto che opera la Corte costituzionale in un’ottica di non attuazione della mera *voluntas legis* ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 337 ss.

15. Sui giudizi in ipotesi, relativamente al fatto storico addebitato, in relazione alle cosiddette decisioni sul reato estinto cfr. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Idem*, *Ideologie del processo penale*

16. Su queste tematiche sia consentito rinviare a MENNA, *Giurie elettive di esperti per favorire un dialogo non “creativo” tra le Corti*, in *Diritto penale e processo* 2012, 4 ss.

Non si dica, in proposito, che il sistema dei diritti fondamentali imporrebbe per la risposta al crimine sempre il rispetto del principio di legalità e, quindi, della legge penale con i suoi corollari di tipicità, tassatività e proporzionalità della sanzione nel quadro del classico giudizio di fatto e di diritto, come anche l'osservanza del principio di uguaglianza che esigerebbe di uniformare la risposta al crimine ad un unico standard sanzionatorio.

All'obiezione si può rispondere affermando che il rispetto del principio di legalità nei suoi termini sostanziali potrebbe permanere modificando il criterio legale di riferimento e prevedendo per legge come equipollente rispetto alla tradizionale lezione "retribuzionistica" di tipo giurisdizionale un meccanismo di tutela degli interessi di rilievo costituzionale basato sull'accordo tra i titolari degli interessi lesi – anche in forma associata – ed il potenziale reo.

In questo senso, si può ricordare come a sostegno di una mediazione sganciata dal tradizionale rapporto tra legalità e giurisdizione in risposta al crimine, si sostiene da più parti che "dove opera la riconciliazione non opera il diritto e viceversa: giacché questa è la lunga storia della differenza del diritto".¹⁷

Naturalmente, qui si sostiene che, data la cornice di tutela dei diritti fondamentali da assicurare comunque, a non operare in ambito mediativo, più che il diritto, è il tradizionale rapporto tra legalità e giurisdizione estesa al rigoroso giudizio sul fatto storico addebitato, indipendentemente dalla considerazione delle prassi valutative o dell'interpretazione limitata all'evidenza, correlate all'attuazione dei principi, che potrebbero essere necessarie, invece – come si è detto –, anche a fini conciliativi.

Quanto, poi, alla tematica dell'uguaglianza di trattamento rispetto al crimine, si potrebbe far leva sulle infinite sfaccettature che un caso sempre presenta, per sostenere che già oggi è estremamente difficile – anche se non sempre impossibile – da realizzare l'aspettativa di "retribuire" sempre allo stesso modo l'autore di un determinato tipo di crimine.

Questo significa che, puntando sulla necessaria differenziazione della risposta statutale al delitto, si potrebbe ritenere come proprio per rispettare meglio il principio di uguaglianza sia meglio affidare specialisticamente la tutela contro il crimine ad un ente rappresentativo degli interessi lesi (e come tale più vicino a questi ultimi), quando il termine di riferimento della lesione di un bene non siano una o più particolari persone offese titolari di un diritto di querela o di richiesta; e ciò sia in funzione preventiva che, volendo, in ottica neoretribuzionistica, a scopo etico-compensativo.¹⁸

17. RESTA, "Fiducia" nella "Giustizia", in *Minori Giustizia* 1996, 1, 67.

Sulle ambivalenze nei rapporti col diritto e con l'asse legalità-giurisdizione vedi pure CORSALE, *La mediazione tra società plurale e diritto mite*, in *Minori Giustizia* 1999, 2, 40.

18. Il problema della differenziazione della risposta al crimine in relazione alle mille sfaccettature dei casi concreti si pone, per esempio, per rimanere nell'ambito del tradizionale sistema giurisdizionale, in tema di commisurazione della pena. A questo proposito, nell'ottica della giurisprudenza costituzionale (sent. cost. 50/1980) sul rapporto tra pene fisse e principio di uguaglianza cfr., in dottrina, tra gli altri, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 365 ss., DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1974, 345 ss., FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 756.

L'altra condizione della mediazione estesa pure ai reati non bagatellari per evitare che la stessa entri in collisione con lo Stato costituzionale di diritto sta nella democraticità e nella specializzazione dell'ente che rappresenti l'ipotetico e specifico interesse leso dal crimine, quando non sia sufficiente tentare di conciliarsi con singole persone offese che abbiano il potere di querela o di richiesta.

Questo significa, innanzi tutto, che siffatto ente deve agire tramite rappresentanti che siano stati legittimati con il consenso dei componenti della comunità di titolari dell'interesse leso, anche quando, come si è detto, siffatto interesse venga a coincidere con quello pubblico di tutti i membri della società che esprima l'apparato statale.

Ciò può affermarsi fermo rimanendo che in sede mediativa si reagisce al crimine non attraverso lo Stato, bensì mediante l'ente che tuteli specificamente un determinato interesse, indipendentemente da un contemperamento formale con tutti gli altri beni da difendere operato attraverso fattispecie penali chiuse di legge ordinaria, ed in collegamento solo con un bilanciamento flessibile con altri interessi di rilievo costituzionale o convenzionale, a salvaguardia dei quali dovrebbe ergersi lo Stato unicamente in sede di ipotetica omologa dell'accordo mediativo, in una logica che come si è detto rispetto alla tutela dei diritti fondamentali sarebbe ancorata ad una disciplina di principio e non di fattispecie chiuse.

Peraltro, i rappresentanti degli interessi lesi in seno agli ipotetici enti esponenziali dovrebbero essere degli esperti che in funzione della loro specializzazione nelle scienze di riferimento dei beni violati potrebbero operare una politica soprattutto preventiva meglio di un giudice dotato solo di cognizioni giuridiche ed al contempo anche sul piano etico-compensativo – in prospettiva eventualmente neoretribuzionistica — conoscere meglio dell'organo giudicante il livello di soddisfazione che in concreto i titolari di un interesse leso si aspettassero.

Questo modo di procedere responsabilizza maggiormente in sede mediativa l'ipotetico sospettato - che si troverebbe a dialogare non più su un piano di soggezione, bensì di parità con l'ente rappresentativo dell'interesse leso — e può far sì che in un'ottica, come si dirà, di patteggiamento anche “creativo” di tutela dei contrapposti interessi, il supposto sospettato sia indotto a concordare con l'ente rappresentativo di interessi diffusi non solo un particolare tasso di afflizione, bensì pure ipotetici vantaggi ed utilità di qualsiasi genere per sé e per altri soggetti dell'ambiente in cui viva che rendendo in concreto più allettante un cambiamento di atteggiamento verso il crimine farebbero sì, per un verso, che fossero più supportabili anche condotte riparatrici non meramente simboliche, per altro verso, che l'accordo anche di tipo “creativo” fosse il motore concreto del recupero del presunto reo (a differenza di quel che accade oggi con l'affidamento del processo di rieducazione alla sola esecuzione della pena – sia pure in forme alternative - mediante la quale, al massimo, si favorisce il ritorno ad un tipo di vita libera ma non migliorata e resa più allettante – spesso dal punto di vista economico - rispetto alla dedizione al crimine).

Oggi l'ente rappresentativo di interessi diffusi entra nel processo solo a sostegno dell'azione statutale del pubblico ministero, un domani potrebbe entrare nell'attività mediativa come motore non di un puro accordo su condotte riparatrici, bensì di realizzazione di una politica soprattutto - ma non solo - preventiva fondata su un'incidenza più profonda sugli assetti di vita individuale, familiare e sociale. Per realizzare ciò, in sede mediativa, l'ipotetico ente dovrebbe staccarsi dall'esercizio della pretesa punitiva statutale ed ergersi ad interlocutore privilegiato dell'imputato in un'ottica indipendente da quella generale ed astratta del bilanciamento di un complesso di interessi mediante fattispecie chiuse di legislazione ordinaria; ferme rimanendo le cautele dovute alla tutela dei diritti fondamentali di cui si è detto che servono a non violare le prerogative statuali e personali.

Quindi, con il limite dell'esigenza di tutela teleologicamente orientata delle libertà fondamentali, ma senza il limite più concreto del tipo di afflizione che sarebbe applicabile nell'ambito giudiziario ordinario, è necessaria al titolare dell'interesse leso che intavoli un discorso di tipo riparativo - sia lo stesso un individuo o un ente rappresentativo di interessi diffusi - la stessa flessibilità che si tende a pretendere oggi dall'apparato statale per fissare - ma in sede mediativa senza l'ansia della rigorosa sussunzione del fatto concreto e storicamente addebitato in una fattispecie astratta - in che termini sia stato leso veramente l'interesse rappresentato ed in che termini si debba operare una risposta alla lesione.

Quest'ultima anche in un'ottica riparativa può tener conto dell'ansia di tipo etico-compensativo che oggi taluni continuano ad assegnare alla pena, ma la differenza rispetto all'ottica statalistica tradizionale starebbe nella migliore combinazione della risposta al crimine - quando si trovi l'accordo sulle condotte riparatrici - con una più avvertita politica preventiva portata avanti in modo creativo dal soggetto esponenziale di quanti concretamente si sentano lesi dall'ipotetico reato.

Va precisato, in quest'ottica, che sul piano della fissazione del presupposto di fatto dell'intervento riparativo ben si può e si deve sfruttare il maggior tasso di responsabilità dell'ipotetico reo non necessariamente per indurlo a confessare il fatto, ma semplicemente per esentare l'interlocutore da uno sforzo ricostruttivo necessario e garantito traducendosi in un vero e proprio giudizio - né più né meno come già oggi accade nel procedimento speciale ex artt.444 ss. c.p.p.¹⁹

19. Sulle varie tesi relative alle forme di definizione del fatto - anche nell'ottica del prevenuto - relativamente al procedimento di applicazione di pena su richiesta ex artt.444 ss. c.p.p. cfr., per tutti, VIGONI, L'applicazione della pena su richiesta delle parti, Milano, 2000, 601 ss.

2. Venendo alle tecniche che si possono in concreto utilizzare per favorire l'accordo, sia pure tra un ente rappresentativo di interessi diffusi ed il potenziale reo, sulla scorta di un'analisi di quanto può sostenersi anche a proposito della mediazione civile, *mutatis mutandis*, si può ritenere che potrebbe essere duplice il possibile livello metodologico idoneo a favorire un accordo tra titolare dell'interesse leso e sospettato del crimine.

Fermo rimanendo che a differenza di quanto spesso si è fin qui ritenuto per la mediazione penale – basata essenzialmente, anche se non solo, su tecniche di natura comunicativa e psicologica o condotte riparatrici di natura spesso simbolica²⁰ – il metodo per favorire accordi mediativi dovrebbe ancorarsi anche ad una concreta soddisfazione degli interessi in gioco delle parti²¹ – che solo in qualche occasione può avvenire esclusivamente per via di analisi e terapie di tipo psicologico e/o mediante interazioni comunicative e riparazioni di natura simbolica —, una prima maniera per raggiungere una conciliazione potrebbe sembrare ancorata a ragionamenti di natura transattiva sul solo quantum e sul tipo di afflizione ricollegabile ad una pretesa punitiva di natura statutale astrattamente azionabile.

La transazione che si potrebbe immaginare prima facie, fuoriuscirebbe dal giudizio – a differenza che nei moduli di procedimento penale tipici della giustizia negoziata – perché, come si è detto, si potrebbe sfruttare la maggiore duttilità del rapporto con un ente rappresentativo degli interessi lesi per esaltare le mille sfaccettature non solo di tipo storico, ma anche e soprattutto di valore, del contesto in cui si sia realizzato il crimine e tener conto, quindi, nella risposta al delitto – che non cambierebbe, per tipologia - di quelle particolarità dell'evento lesivo che un giudice non specializzato, a differenza degli ipotetici rappresentanti dell'ente esponenziale, o, in relazione a reati bagatellari, un organo giudicante non vicino al fatto ed al contesto dell'interesse leso come la sola persona fisica offesa o l'ente rappresentativo di interessi diffusi, non riesce a considerare.

Peraltro, al di là dell'analisi del disvalore, per quanto si è detto, il titolare dell'interesse leso sembrerebbe poter calibrare la politica preventiva meglio di un organo che sia vincolato all'applicazione di una regola chiusa di tipo generale ed astratto.

Soprattutto con riferimento all'intervento degli ipotetici enti esponenziali, si potrebbe obiettare all'accennato metodo che i supposti soggetti potrebbero già nel processo giurisdizionale far entrare i loro contributi di ricostruzione e di valutazione per aiutare l'organo giudicante a dosare meglio la risposta sanzionatoria tradizionale.

20. Basti, in proposito, considerare – nell'ottica qui segnalata – contributi come: BOUCHARD, *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*, in *Dei delitti e delle pene* 1992, 2, 191 ss.; CENTOMANI, DIGHERA, *Conflitto, reato e riconciliazione*, in *Esperienza di giustizia minorile* 1996, 2, 46 ss.; SCHNITMAN, *Risoluzione dei conflitti e cultura contemporanea*, in AA.VV., *Il coraggio di mediare*, a cura di Scaparro, Milano, 2001, 79 ss. BISI, *Vittimologia. Dinamiche relazionali tra vittimizzazione e mediazione*, Milano, 2004, passim.

21. Sulla soddisfazione degli interessi di parte – a cui si riannoda pure il superamento del conflitto in termini psicologici e relazionali - si incentra, invece, prevalentemente la mediazione in ambito civile e commerciale.

In merito, cfr. per tutti, DE PALO, D'URSO, GOLANN, *Manuale del mediatore professionista*, Milano, 2010, 225 ss.

Senonché, si potrebbe replicare a siffatta obiezione che l'astrattezza e la generalità di una fattispecie penale chiusa, in molti casi – come per esempio rispetto al minimo della pena – potrebbe essere un limite eccessivo per l'attuazione di una efficace politica preventiva e di retribuzione rispetto al reale disvalore di un fatto.

La stessa non generalizzata applicazione in sede giurisdizionale del criterio del fatto di lieve entità o di un grado di colpa lieve – specie nel cosiddetto diritto penale del rischio – come anche la statalizzazione e con essa la rigidità formale – attraverso il pubblico ministero - del contributo prevalente alla ricostruzione non del solo fatto storico ma anche delle prassi valutative che permettessero di comprendere il presupposto fattuale – che è anche di valore — dell'applicazione della norma generale ed astratta lascerebbero pensare che un preliminare tentativo di mediazione avrebbe la capacità di consentire di operare una migliore politica della compensazione etico-retributiva (se la si ammette) e della prevenzione attraverso la costruzione della risposta al crimine, in punto di consapevolezza del fatto e del criterio assiologico da riferire al medesimo, da parte di soggetti che fossero più vicini del giudice al contesto della supposta lesione – anche assiologicamente intesa; e ciò senza contare che alla ricostruzione dei fatti dal punto di vista descrittivo e valutativo l'ipotetico intervento di natura informale a cui sarebbe chiamato in sede mediativa – se lo volesse — il supposto sospettato potrebbe avere il pregio di consentire un migliore approfondimento dell'episodio addebitato – dovuto alla pariteticità e non all'asimmetria che oggi ancora si riscontra nel processo giurisdizionale, nonché alla connessa assenza della paura di dover subire comunque la repressione finale ad opera dell'interlocutore – come anche di calibrare dal punto di vista valutativo il presupposto fattuale del criterio regolativo da applicare al caso – che nella mediazione dovrebbe comunque prendere spunto dalla norma penale di riferimento.

Rispetto all'ipotizzato tipo di mediazione, allora, potrebbe pensarsi all'applicazione – sia pure esclusivamente in forma attenuata, perché patteggiata solo in *bonam partem* in sede mediativa – di condotte riparatrici simili nella sostanza alle sanzioni di tipo tradizionale a seguito dell'omologa in sede giudiziaria dell'ipotetico accordo mediativo.

Questa tecnica mediativa sarebbe ipotizzabile a patto di collocare i contenuti della risposta afflittiva proveniente da un accordo con un soggetto offeso, e non da un giudice, in una dimensione di “riparazione” che autorevole dottrina riannoda ad una logica sanzionatoria, ma non aggancia se non in termini problematici alla pena, dal momento che le condotte riparatrici non sicuramente assolvono alle stesse finalità della sanzione penale.²²

22. FIANDACA, Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata, cit., 21.

A patto che sia dissociato dal fenomeno della tradizionale irrogazione della pena, l'ipotizzato "patteggiamento" di contenuti simili a quelli oggetto di una normale pretesa punitiva, potrebbe sganciarsi dal solito rapporto tra legalità e giurisdizione estesa al fatto storico addebitato per divenire oggetto di controllo giurisdizionale, come si è detto, solo in funzione di tutela dei diritti fondamentali in sede della supposta omologa.

In questo senso, le condotte riparatrici, pur più strettamente comparabili – per i reati più gravi – con le forme classiche della risposta penale, non dovrebbero avere il limite tipico dello standard sanzionatorio della giurisdizione di tipo retributivo e potrebbero essere ancorate ad una tutela di libertà fondamentali riferibili ad una disciplina solo di principio.

L'accennato metodo mediativo si potrebbe definire di tipo non "creativo" perché incentrabile solo su una transazione di contenuti afflittivi simili a quelli della punizione.

Su un diverso piano, in una prospettiva più sicuramente dissociabile dal fenomeno penale tradizionale, la vera tecnica di mediazione che dovrebbe essere praticata – su un piano non solo emozionale e simbolico — dovrebbe incentrarsi sulla pragmatica soddisfazione degli interessi in gioco — sia pure di tipo personale e relazionale²³ — al di fuori dei canoni fissati con fattispecie chiusa di tipo ordinario e, quindi, non dovrebbe limitarsi ad una sola transazione sul contenuto ipotetico della pretesa punitiva classica.

Questo tipo di mediazione non sembra entrare in conflitto con principi costituzionali ed, in particolare, per ciò che concerne i valori sostanzialistici, con gli artt.13, 25 comma 2 e 27 commi 1 e 3 Cost., perché le eventuali limitazioni di libertà fondamentali che il supposto reo dovesse accettare – comprese talune forme di compressione della libertà personale in sede di riparazione – si iscriverebbero non nella dimensione della afflizione simile alla pena irrogata dallo Stato, bensì in una prospettiva nuova in cui gli eventuali elementi afflittivi e sanzionatori – tipici del momento più squisitamente riparativo - si combinerebbero indissolubilmente con situazioni di vantaggio per il supposto accusato e per di più sarebbero non imposti da una pubblica autorità come lo Stato rispetto alla quale il prevenuto si trovasse in posizione di soggezione, bensì sarebbero negoziati su un piano di parità con un soggetto persona fisica o con un ente non dotato di potere pubblico, sebbene rappresentativo di interessi diffusi.

23. Alla scuola di Harvard si consiglia – in tema di mediazione – un approccio sistematico alla preparazione delle parti che negoziano, cosa che rimane chiaramente valida anche nel caso di una negoziazione facilitata da un terzo, considerando sette aspetti e passaggi da rispettare: 1) interessi, 2) opzioni, 3) alternative, 4) equità, 5) comunicazione, 6) relazione, e 7) impegni. Sul punto cfr. NICOSIA, SUSANNA, CECCACCI, *Mediazione e conciliazione civile e commerciale*, cit., 45

Il metodo della scuola di Harvard potrebbe essere seguito anche in ambito mediativo penale.

Lo Stato, in siffatta ottica, si ergerebbe solamente a garante dell'esecuzione dell'accordo conciliativo a seguito dell'ipotetica omologa così come avviene, *mutatis mutandis*, in ambito civile e commerciale.²⁴

Per quanto concerne i valori costituzionali di tipo processuale, fuoriuscendo l'applicazione delle condotte riparatrici dalla logica del giudizio, non sarebbero violati, tra gli altri, gli artt.24 comma 2, 25 comma 1, 27 comma 2, 101 e 111 Cost.

In riferimento all'art.13 Cost., la riserva di legge per le eventuali compressioni di libertà personale sarebbe rispettata dalla previsione per legge del modulo mediativo di risposta al crimine mediante patteggiamento delle condotte riparatrici e delle connesse misure migliorative per il reo.

La riserva di giurisdizione sarebbe, altresì, osservata attraverso l'ipotetico intervento giurisdizionale in sede di omologa dell'eventuale accordo mediativo o mediante il sindacato di un giudice che si dovesse pronunciare sulle condizioni di procedibilità negli altri casi di mediazione con soggetti dotati di potere di querela o di richiesta, fermo rimanendo che il controllo della giurisdizione nel primo caso avrebbe come termine di riferimento la disciplina dei principi costituzionali e convenzionali e non la regolamentazione di tipo chiuso propria della legislazione ordinaria.

Anche per ciò che attiene all'art.112 Cost., basterebbe agganciare il tentativo di mediazione ad una condizione di procedibilità o di perseguibilità (a seconda del momento in cui calarlo rispetto al procedimento)²⁵ per sostenere che non necessariamente si debba procedere ad indagini e ad eventuale azione penale per giungere ad una punizione conseguente ad un giudizio, oppure che si possa sospendere l'esercizio dell'azione in casi predeterminati legislativamente.

Su questo livello, così come si ritiene avvenga in sede di mediazione civile, per favorire l'accordo mediativo, in definitiva, può operarsi la tecnica nota ai civilisti come "creazione di valore"²⁶ che segue il modulo del "win-win" e non lo schema tipico della giurisdizione del "win-lose".

24. *Mutatis mutandis*, il verbale di conciliazione redatto in sede civile ha efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'art.12 D. Lgs. 28/2010
Sul punto cfr. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., loc. cit., 2269 ss

25. Sul punto cfr. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., loc. cit., 2269 ss

26. In proposito, cfr., per tutti, DE PALO, D'URSO, GOLANN affermano che "Di solito i negoziatori partono dal presupposto che i propri obiettivi sono in conflitto con quelli della controparte e che è inevitabile spartirsi una "torta" di dimensioni predefinite, ove al vantaggio dell'uno corrisponde fatalmente la perdita dell'altro. Quanto più l'immagine di un valore predefinito si scolpisce nelle menti dei partecipanti al negoziato, tanto più è probabile che essi adottino tattiche antagonistiche finendo con il ritrovarsi in un vicolo cieco. Se il mediatore riesce, invece, a incrementare quanto ciascuna delle parti si aspetta di ricavare da una soluzione bonaria della vertenza, l'ipotesi di accordo diventa senza dubbio più attraente. Questo "allargamento della torta" può rivelarsi particolarmente utile quando l'impasse si verifica in prossimità della conclusione del negoziato: a quel punto, una prospettiva di incremento del valore dell'accordo, anche piccola, può condurre a buon fine la trattativa (Manuale del mediatore professionista, cit., 225).

Mutatis mutandis, l'"allargamento della torta" cui ci si riferisce in sede civile va correlato, in penale, alla creazione di soluzioni nuove di contemperamento dell'esigenza di riparazione dell'offeso, da un lato, e degli interessi procedurali, personali, relazionali ed economici del supposto reo, dall'altro lato.

In altri termini, entrambi i soggetti della conciliazione - e non solo il titolare dell'ipotetico interesse leso - dovrebbero attraverso la mediazione ritenersi soddisfatti nei loro interessi.

Per quanto riguarda il supposto reo, in particolare, si tratta di comprendere non solo lo specifico interesse alla libertà che viene in rilievo – come quello contrapposto alla punizione – nell'ambito della vicenda giurisdizionale, bensì anche i bisogni più profondi (non esclusivamente di tipo psicologico) correlati al vissuto del medesimo onde dare soddisfazione agli stessi con misure che non dovrebbero parametrarsi ai soli schemi di risposta giurisdizionale classica pure quando attingano a modalità alternative di espiatione della pena.

Rispetto al macrocosmo delle possibilità mediative, allora, lo stretto ambito della giurisdizione tradizionale rappresenterebbe evidentemente un terreno limitato di risposta al crimine.

Questo non significa che sullo sfondo della mediazione non dovrebbe permanere, ma come *extrema ratio*, la reazione punitiva dello Stato perché non solo quando in sede di preliminare tentativo di conciliazione fallisse l'accordo sulle condotte riparatrici e sulle misure migliorative della condizione del reo, ma anche quando in sede di esecuzione del patto conciliativo non si rispettassero gli obblighi assunti da parte di entrambi i soggetti dell'accordo, solamente l'attivazione della pretesa giurisdizionale classica potrebbe dare soddisfazione ultima agli interessi in gioco.

MARIANO MENNA

Ordinario di Diritto Processuale Penale Avanzato

Dipartimento di Giurisprudenza

Seconda Università degli Studi di Napoli

Tutela della personalità e giusto processo

SOMMARIO: 1. Le domande suggestive; 2. La sanzione dell'inutilizzabilità.; 3. Il trattamento della vulnerabilità della fonte dichiarativa; 4. Il travisamento della prova.

1. Nel processo partecipato l'esame incrociato del testimone si connota per essere un atto dalla struttura complessa, in cui il criterio di orientamento è rappresentato dall'idea normativa di scopo, predeterminata in aderenza alla struttura: l'esame si svolge mediante domande su fatti specifici; esso implica l'assunzione di responsabilità delle parti.

Ed in questa prospettiva, va interpretato il divieto assoluto di proporre domande, che possono nuocere alla sincerità delle risposte¹ (art. 499, comma 2, c.p.p.): la regola esprime la consapevolezza dei rischi connessi alla valorizzazione del ruolo delle parti nel sistema, che può sfociare in forme di abuso dei poteri ad esse conferiti, ogni qual volta si strumentalizza il dato positivo per il conseguimento di un fine che pregiudica irrimediabilmente la funzione normativa.

In dottrina, si avverte il disagio nell'identificare il legame di *causa/effetto* tra quesiti e risposte nei termini che i primi possano pregiudicare le seconde; perché la relazione, talvolta, è connessa al *contenuto* della domanda, talaltra, al *come* essa è formulata², o al *contesto* in cui si inserisce o al *destinatario* cui è rivolta³.

Su questo versante, c'è chi afferma che sono 'nocive' le domande in grado di compromettere la capacità di rievocare o esporre i fatti del testimone, al quale viene in qualche modo impedito di rispondere liberamente⁴.

Vero è che l'organo della giurisdizione controlla la legalità del procedere: vietando in modo assoluto le domande che possano nuocere alla sincerità delle dichiarazioni; in particolare, vietando alla parte, che ha addotto il teste o che ha un interesse comune con lo stesso, di formulare interrogazioni tali da suggerirgli le risposte; assicurando durante l'esame la pertinenza delle domande, la genuinità delle affermazioni, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni.

1. G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, p. 120.

2. P. P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 205.

3. G. FRIGO, Art. 499 c.p.p., in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. V, Torino, 1991, p. 275.

4. E. SELVAGGI, voce *Esame diretto e controesame*, in Dig. d. pen., vol. IV, Torino, 1990, p. 283.

Quanto alle domande suggestive va osservato che l'art. 499 commi 2 e 3 c.p.p. istituisce una differenziazione tra due diverse *species*, valutandone *ex ante* i condizionamenti sulla tecnica dell'esame incrociato e il contributo che esse apportano allo sviluppo dell'attività di escussione del testimone.

Su questo fronte, sono utili i chiarimenti che offre il modello logico *potere-atto-scopo*, in base al quale l'ordinamento predispone lo schema legale di ogni attività processuale, anche di natura probatoria.

Nell'attribuire alle parti il potere di escutere la fonte di prova, come metodo che attua il contraddittorio per la prova dichiarativa (art. 111 comma 4)⁵, il legislatore indica i confini di legittimità che devono essere osservati nell'esercizio concreto del potere, stabilendo *a priori* fin dove le parti possano spingere le tecniche di escussione.

Il limite segna l'area entro cui quelle 'tecniche' (*modalità*) sono fisiologicamente tollerate dal sistema. Oltre gli ambiti prescritti, esse mutano in manifestazioni patologiche, introducendo cause di alterazione dello scopo/risultato, che vanno ad incidere negativamente sulla formazione della prova.

In buona sostanza, anche in questo contesto lo scopo assume i tratti connotativi della funzione (*formazione della prova*), che l'ordinamento attribuisce ad un atto specifico (*esame incrociato*); e si sostanzia nella facoltà (*proporre domande*) che il modello predispone per quell'evenienza.

Ciò vuol dire che l'attività (*escussione del teste*) se conforme al paradigma giuridico realizza l'acquisizione di un risultato probatorio attendibile.

Pertanto, la valutazione dell'adeguatezza delle forme è valutata a monte ed è parte essenziale del modello legale (*regole per l'esame testimoniale*).

Restano, però, evidenti gli ampi margini di discrezionalità che connotano l'operatività del divieto, sia rispetto all'individuazione delle situazioni, sia rispetto ai risvolti sanzionatori.

Il quadro assume connotati ancora più complessi a fronte della relatività del divieto posto per le domande 'suggestive', definite dalla giurisprudenza come quelle «che danno informazioni o per accertato un fatto, che l'esaminando non ha riferito oppure che tendono a suggerire o provocare una risposta secondo l'intento di chi interroga»⁶.

Al riguardo, l'indicazione normativa è nel senso di una preclusione circoscritta all'esame condotto dalla parte, che ha chiesto la citazione del teste o che con essa ha un interesse comune, e non ammessa, invece, nel controesame⁷ (art. 499, comma 3, c.p.p.).

5. P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in Studi sul processo penale. II. *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992.

6. Cass. pen., Sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, in <http://www.plurisonline.it>.

7. P. P. PAULESU, *Giudice e parti*, cit., p. 211. Lo desumono a contrario G. FRIGO, Art. 499 c.p.p., cit., p. 273, e E. SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, cit., p. 284.

R. I. ADORNO, *Assunzione delle prove*, in Trattato di procedura penale, diretto da G. Spangher, vol. IV, II, Torino, 2009, p. 309.

L'ontologia del distinguo va ricercata all'interno dei segmenti che connotano l'esame incrociato; in cui le domande suggestive compromettono la funzione dimostrativa dell'esame diretto, realizzando, invece, l'attitudine confutativa e di verifica dell'attendibilità del controesame⁸.

La previsione si fonda sul rilievo che nell'esame diretto – come nel riesame – chi interroga è già a conoscenza delle informazioni che la fonte può riferire.

Qui si insidia il suo interesse strumentale alla dimostrazione della propria tesi; qui si insidia il rischio che la conduzione dell'esame contenga suggerimenti al teste, compromettendone la spontaneità delle risposte.

Diversamente, la contrapposizione dialettica intrinseca al controesame argina tale rischio, valorizzando – anzi – i contributi maieutici strettamente connessi a tale tipologia di domanda: questi i profili di utilità che si apprezzano al fine di evidenziare errori e difformità nel 'narrato'⁹.

La tecnica di previsione della regola si riferisce alle parti, senza menzionare il giudice, al quale, però, l'ordinamento attribuisce il potere di rivolgere quesiti ai testimoni, al termine dell'espletamento dell'esame e del controesame, *ex art. 506 comma 2 c.p.p.*

Dall'osservazione normativa si origina il dubbio se il giudice possa proporre domande suggestive nell'uso di questo potere integrativo finalizzato a definire i risultati dell'escussione condotta dalle parti. In realtà, la vis dialetticamente chiarificatrice di questo strumento – domanda suggestiva – sarebbe congeniale alla funzione di 'chiusura' affidata al giudice in quella successione teleologica di atti, ma non risponde ai compiti di controllo della legalità del procedere e di tutela della persona (art. 499 comma 4 c.p.p.), che l'ordinamento gli affida.

2. Tuttavia, altra è la questione che si pone quando il presidente conduce l'esame del minore *ex art. 498 comma 4 c.p.p.*

Sul punto la Corte ha assunto un atteggiamento ambivalente, prospettando itinerari esegetici alquanto divergenti. Il primo secondo cui: «il divieto di porre al testimone domande suggestive non opera né per il giudice né per l'ausiliario di cui il giudice si avvalga nella conduzione dell'esame testimoniale del minore»¹⁰.

In altra occasione, invece, la Cassazione ha affermato l'esatto contrario¹¹.

10. Cass. pen., sez. III, 28 gennaio 2009 n. 9157, in CED Cass. pen., 2010, rv 246205; Cas. pen., sez. III, 20 maggio 2008 n. 27068, in CED Cass. pen., 2008, rv 240261; Cass. pen., sez. III, 12 dicembre 2007, n. 4721, Muselli, in CED Cass. pen., rv 238794.

11. Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, in CED Cass. pen., 2011, rv. 250615.

Va ulteriormente precisato che l'efficacia giuridica dell'art. 499 c.p.p. non distingue la qualità del soggetto interrogante, ma il contesto – esame, controesame – in cui entra in gioco siffatta tipologia di interrogazioni.

La rubrica della disposizione si risolve in un valido criterio di orientamento: regole per l'esame del testimone, il cui destinatario, però, è il giudice, indicandogli i parametri di ammissione dei quesiti prospettati dalle parti.

A maggior ragione tali divieti e precauzioni devono essere osservati quando il giudice procede all'esame del minore, dal momento che i bambini presentano modalità relazionali orientate in senso imitativo e adesivo e risultano, perciò, influenzabili dalle subornazioni, che possono essere insite nelle interrogazioni degli adulti, tendendo a dare risposte che ne assecondino le richieste.

L'elaborazione giurisprudenziale fa propria questo rilievo, ma non trae da esso le logiche conseguenze, perché non si discosta dalla tesi secondo cui la violazione delle cautele, specificamente previste, non è sanzionata dal codice di rito e, pertanto, costituisce mera irregolarità.

Le ragioni indicate dalla Corte si ripetono: il divieto di utilizzazione della prova ex art. 191 c.p.p. si riferisce alla prova vietata dalla legge nel suo complesso e non alla regolarità dell'assunzione di quelle consentite, e dal momento che non si traduce nel *ferimento* delle regole previste per l'assunzione, tale violazione non è causa di nullità, stante il principio di tassatività¹².

Senonché l'orientamento, pur discutibile sul piano dei risvolti sanzionatori, postula spiragli di impostazione garantista, ritornando sul rapporto di causa/effetto tra inosservanza e non genuinità della prova e, addirittura, non attendibilità, che aveva già individuato con riferimento all'inottemperanza delle prescrizioni di cui all'art. 498 comma 4 c.p.p.

Al centro della problematicità del contesto si pone l'eterogenea identità della sanzione di inutilizzabilità.

Al fine di facilitare l'opera dell'interprete che si addentra in ambiti così impervi, si ricorda che autorevole dottrina¹³ supera il distinguo tra inutilizzabilità fisiologica e patologica, cioè, scardina la classificazione secondo cui nella prima categoria vanno collocati gli atti di indagine preliminare dei quali è fatto divieto di uso per il giudizio e, nella seconda, i mezzi di prova acquisiti in violazione di legge, ai sensi dell'art. 191 c.p.p.¹⁴, al fine di pervenire ad una maggiore specificazione dei tratti connotativi dell'inutilizzabilità.

12. Cfr. Cass. pen., sez. III, 25 giugno 2008, n. 35910, in CED Cass. pen., 2008, rv 241090; Cass. pen., sez. I, 14 luglio 2005, n. 39996, in CED Cass. pen., 2005, rv 232941; Cass. pen., sez. II, 8 luglio 2002, n. 35445, in CED Cass. pen., 2002, rv 227360.

13. G. RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, cit., p. 238 e ss.

14. Per l'approfondimento di questi ed altri aspetti connessi alla sanzione dell'inutilizzabilità si rinvia alle osservazioni di C. CONTI, voce *Inutilizzabilità* (dir. proc. pen.), in Enc. giur. Treccani, Roma, 2004, p. 1 ss.; Eadem, *Accertamento del fatto ed inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 37 ss.

In altri termini, il vizio metodologico è di ordine sistematico, prima ancora che semantico.

La locuzione 'inutilizzabilità' esprime un tipo di sanzione (art. 606 lett. c.c.p.p.), non una caratterizzazione degli atti. Il vocabolo evoca, cioè, un vizio acquisitivo della prova, il cui ambito è variamente individuato, apparendo 'elastica' la clausola dispositiva relativa ai 'divieti di legge'. Si discute, cioè, se essa debba essere riferita a leggi di natura sostanziale e/o meno, fino al punto che taluni autori insistono nel mantenere in vita la categoria delle 'prove illecite costituzionali' quando la sanzione non copre atti inerenti a diritti costituzionali.

Qui preme sottolineare che l'inutilizzabilità concerne il compimento di un atto a contenuto probatorio; essa, cioè, sanziona un atto probatorio viziato, con particolare riferimento al suo modo acquisitivo. Si può dire, anche sulla scorta della sua genesi (Corte cost. n. 34 del 1973), che la sanzione, allora generata, attiene specificamente alle forme di produzione della prova, che, essendo tipizzata, colloca i divieti di legge nell'alveo delle modalità acquisitive dell'atto¹⁵.

Se si condivide la premessa, non si possono trascurare i suoi condizionamenti, di cui l'equazione tra inutilizzabilità e vizio del modo di produzione dell'atto, è la manifestazione più pregnante, che, se capovolta, dimostra che solo l'atto viziato può essere sanzionato con l'inutilizzabilità. In definitiva, soltanto una patologia può produrre l'inutilizzabilità dell'atto; e questo non è un gioco di parole.

Sul terreno semantico, dunque, risulta evidente che eguale qualificazione non può essere conferita ad atti privi di natura probatoria e di vizio acquisitivo.

L'errore logico della generica estensione della locuzione a situazioni che non si risolvono nell'inosservanza delle forme di acquisizione, si rinviene anche nella nota pronuncia delle Sezioni unite¹⁶, che sottrae alle parti il potere di disporre dell'invalidità assoluta dell'atto ovvero di interferire con il giudizio di disvalore assoluto dell'atto operato ex ante dall'ordinamento.

Non a caso, nella sentenza si afferma che la natura di tipo abdicativa del giudizio abbreviato può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma non incide sul potere-dovere del giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio.

Ne consegue che in esso non rileva né l'inutilizzabilità fisiologica della prova, cioè quella coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 c.p.p., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 c.p.p., in virtù del rilievo che l'atto assume attitudine probatoria per volontà delle parti;

15. G. RICCIO, op. ult. cit., p. 264.

16. Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, in Cass. pen., 2000, p. 3259.

né rilevano ipotesi di inutilizzabilità relativa stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale.

Diversamente è sottratto al potere dispositivo delle parti la categoria sanzionatoria della nullità assoluta e dell'inutilizzabilità patologica, inerente, cioè, agli atti probatori assunti *contra legem* la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito.

Sul terreno sistematico, il *default* concettuale è ancora più grave: si conferisce valore probatorio alle indagini preliminari a cui è concesso di entrare nel giudizio secondo le modalità di aggiramento della 'inutilizzabilità fisiologica'.

Si perde di vista che le indagini preliminari, quali atti serventi all'esercizio dell'azione, sono estranei al giudizio ed acquistano 'attitudine probatoria' solo per volere della parte e nei limiti che essa dispone (es. artt. 438 ss), per accordo tra le parti (es. art. 431) o nelle occasioni di provata irripetibilità a causa della realizzazione dei casi di 'non dispersione' previsti in Costituzione (art. 111.5; artt. 500 e 513 c.p.p.); col pericolo, ricorrente in giurisprudenza, che l'inesistente categoria 'fisiologica' conceda al giudice l'uso di atti secondo spazi autoritativi *ultra petita*.

Privilegiando, invece, la prospettiva dell'inutilizzabilità come trasposizione processuale delle esigenze di inviolabilità dei valori costituzionali nella ricostruzione probatoria del fatto, si perviene all'individuazione della rappresentazione formale ed esplicativa più idonea, che la contrassegna, sotto il profilo assiologico, come giudizio di riprovazione per l'illegalità costituzionale della prova¹⁷.

La Costituzione, attraverso la qualificazione di inviolabilità nelle situazioni di libertà ed, in particolare, dell'inviolabilità della persona (art. 2 Cost.), manifesta l'esigenza di una tutela assoluta, che supera la specificità del contesto e si espande nell'ordinamento considerato nel suo complesso.

3. Nell'ampiezza di questo raggio di azione si colloca la violazione delle regole dell'esame testimoniale del minore.

Essa coinvolge il procedimento acquisitivo della prova, non essendo neutrale il metodo di trattamento della vulnerabilità della fonte e di interrogare la stessa, anzi dal metodo dipende l'attendibilità e l'affidabilità delle dichiarazioni rese.

La deviazione rispetto alle modalità previste non solo compromette la genuinità del risultato, ma ferisce l'inviolabilità della persona minorenni (art. 2 Cost.).

17. G. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, p. 128 e ss.; V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 317; G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 506; G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit.

Ad essere vanificata è la tutela assoluta del diritto, ogni qual volta attività che ledono tale inviolabilità fondano il libero convincimento del giudice.

Sul punto, alquanto interessante è la posizione assunta da una parte della dottrina¹⁸ che riconduce, dal punto di vista metodologico, l'elaborazione della Corte a considerazioni di ordine sostanziale strettamente aderenti al bisogno di tutela dei diritti fondamentali, piuttosto che a specifiche regole di esclusione probatoria desumibili da singole norme costituzionali.

Più chiaramente si osserva che «la ragione del divieto all'impiego processuale delle prove ottenute in violazione di quei diritti va ricercata non tanto nella circostanza che le corrispondenti norme costituzionali dichiarino privi di ogni effetto gli atti che abbiano condotto allo loro illegale acquisizione [...] quanto nella stessa proclamazione costituzionale dei diritti in parola», che sarebbe vanificata laddove i risultati con rilevanza probatoria derivanti da attività poste in essere in violazione di quei diritti «potessero servire alla formazione del convincimento giudiziale *contra reum*»¹⁹.

Ne discende che la fonte del divieto probatorio non si esaurisce necessariamente nella norma processuale ordinaria, potendo essere rappresentata anche da norme costituzionali. Siffatte conclusioni non si radicano nell'assunto che tali norme non possano avere carattere precettivo, bensì esse assumono forza pregnante in base all'osservazione che «l'ammissibilità della prova si giudica secondo la legge comune e la validità della legge comune secondo la Costituzione»²⁰, non in ragione del fatto che questa, in astratto, non «possa contenere norme immediatamente operative di situazioni giuridiche o precettive», quanto perché in concreto non ne contiene.

Per questa via si riconosce la fonte della regola di esclusione delle prove illecite nella proclamazione costituzionale, prima in via generale (art. 2 Cost.), poi, in via specifica, (art. 13, 14, 15, Cost.) – di inviolabilità dei diritti soggettivi, la quale conferisce valore assoluto alla tutela; la regola, dunque, non deriverebbe da un espresso divieto probatorio rinvenibile nelle stesse, poiché essa – la regola – non presuppone che il divieto di utilizzazione sia posto, anche non espressamente, da queste norme costituzionali, ma «affonda le sue radici nella stessa consacrazione costituzionale dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, intesa quale presidio contro le condotte illegali provenienti non solo dai privati, ma soprattutto dagli organi dello Stato»²¹.

18. V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, cit., p. 317;

19. Così, V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, cit., p. 317.

20. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 925.

21. V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, cit., p. 341.

Sicché la fonte della regola di esclusione della prova è da rinvenirsi nella norma costituzionale, che presidia l'inviolabilità del diritto, indipendentemente dalle scelte operate dal legislatore processuale in materia di inutilizzabilità delle prove.

Da un punto di vista più ampio, si riscontra che la politicità delle opzioni ordinamentali non frena l'espansione dei diritti inviolabili.

Allora perché dovrebbe consentirlo nello specifico quando si tratta della tutela dello sviluppo fisio-psichico del minore?

Anzi, è proprio qui, che emergono più forti le ragioni di inderogabilità della tutela, aprendo prospettive di incostituzionalità e, quindi, di inutilizzabilità di quel risultato probatorio, che si è formato attraverso la lesione di quelle ragioni intrinseche allo *status* di minore²².

L'osservazione della *Grundnorm* rivela che le garanzie dei dritti fondamentali dell'individuo non sono rimesse in via esclusiva al legislatore ordinario.

Il che significa che «così esprimendosi (con la sentenza n. 34 / 73) la Corte (costituzionale) ha mostrato di fondare il proprio insegnamento, più che su specifiche regole di esclusione probatoria, desumibili da singole norme costituzionali (cui del resto la sentenza in esame non fa cenno), su considerazioni di ordine sostanziale connesse alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo»²³.

Da qui l'interrogativo se la disposizione dell'art. 191 comma 1 c.p.p., atteso il tenore letterale, descriva l'ambito di attività della sanzione di inutilizzabilità con riferimento alle sole prove acquisite in violazione delle norme processuali, concernenti l'*an* od il *quomodo* (prove illegittime), o anche alle prove conseguenti ad attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti della persona, tutelati in via non mediata dalla Costituzione (prove incostituzionali) e a quelle derivanti da condotte vietate da norme di diritto sostanziale penale (prove illecite).

La locuzione normativa «divieti stabiliti dalla legge» non agevola la soluzione. In un contesto di pluralismo delle fonti, si accentuano le difficoltà dell'opera ermeneutica volta a cogliere il significato del termine 'legge'.

22. Sulla prova incostituzionale, soprattutto con riferimento al problema delle captazioni audiovisive di immagini, cfr. C. MANNA, *La prova "incostituzionale" nella giurisprudenza delle due Corti*, in *Quaderni di Scienze penalistiche*, Napoli, 2008, p. 523.

23. V. GREVI, op. ult. cit., p. 341.

Un valido criterio metodologico è rinvenibile nella Relazione al Progetto preliminare del codice, in cui si riscontra sia il riferimento al regime normativo che esclude in via generale l'utilizzabilità delle prove acquisite in violazione di uno specifico divieto probatorio, sia alla sentenza del '73 della Corte costituzionale, «che ha tratto dall'intero sistema garantistico della Costituzione un divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni telefoniche non consentite dalla legge»²⁴.

In merito, le Sezioni unite hanno affermato che «la categoria delle prove incostituzionali si è combinata con quella della inutilizzabilità, essendosi ritenuto, come del resto è stato prospettato anche in dottrina, che i divieti ai quali fa riferimento l'art. 191 comma 1 c.p.p. siano non solo quelli stabiliti dalle norme processuali ma anche quelli rinvenibili in altri settori dell'ordinamento, e in primo luogo nella carta costituzionale»²⁵; pur rilevando la Corte l'esistenza dell'opposto indirizzo interpretativo, secondo cui «l'art. 191, nel prevedere l'inutilizzabilità delle c.d. prove vietate, presuppone l'esistenza di divieti che, attenendo ad atti del procedimento, non possono che derivare da norme processuali».

Nell'ambito di questo ampio dibattito si colloca il tema specifico di cui trattiamo: il presidente che pone domande suggestive al minore, ferisce l'inviolabilità della tutela sancita nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 della Costituzione, venendo meno al suo dovere di tutelare la serenità della fonte di prova, aggravando il suo *status* di vulnerabilità.

Recentemente, la legge n. 119 del 2013 ha modificato l'art. 498 c.p.p., estendendo al delitto di maltrattamenti l'ambito di operatività delle modalità protette di audizione del minore di cui al comma 4 *ter* (rappresentate dall'uso del vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico); e, «se la persona offesa è maggiorenne il giudice assicura che l'esame venga condotto anche tenendo conto della particolare vulnerabilità della stessa persona offesa, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede, e ove ritenuto opportuno, dispone, a richiesta della persona offesa o del suo difensore, l'adozione di modalità protette».

L'interpolazione normativa si sostanzia nel riconoscimento giuridico del concetto di vulnerabilità e della sua rilevanza processuale.

24. Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale, in Gazz. uff., 24-10-1988, Supplemento ordinario n. 2, Serie generale – n. 250, p. 61. Rispetto alla ricostruzione del concetto giurisprudenziale di prova incostituzionale assumono forse maggiore rilevanza altre pronunce del giudice di legittimità, nelle quali non si attua soltanto un'applicazione di esso, come avviene nelle sentenze sinora considerate, ma si provvede ad un'indiretta definizione.

In una pronuncia a sezioni unite del 1998 la Suprema corte, confermando l'indirizzo ermeneutico, adottato con una precedente sentenza, ha affermato che rientrano «nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le prove oggettivamente vietate, ma le prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla legge, ed, a maggior ragione, quindi, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione. Ipotesi quest'ultima sussumibile nella previsione dell'art. 191 c.p.p., proprio perché l'antigiuridicità di prove così formate od acquisite attiene alla lesione di diritti fondamentali, riconosciuti cioè come intangibili dalla Costituzione. Cfr. Cass. pen., sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, in Cass. pen., 1996, p. 1811. Cass. pen., sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, in Cass. pen., 1999, p. 465.

25. Cass. pen., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, in <http://www.plurisonline.it>.

In buona sostanza, la politica della sicurezza, inseguendo le contingenze, ha cercato di adattare il diritto interno sia alla Convenzione di Istanbul, sia alla Direttiva 2012/29/UE, nell'osservanza dei vincoli comunitari di emanazione di «norme minime» a tutela della vittima all'interno del procedimento penale.

4. Dunque, nella dinamica dell'accertamento probatorio la proiezione finalistica della locuzione di inutilizzabilità è la tutela dei diritti inviolabili, pertanto, a fronte della domanda suggestiva del presidente, il difensore dovrà muovere opposizione chiedendo che quella domanda venga messa a verbale.

Viceversa, ritenere che le dichiarazioni testimoniali, assunte con modalità diverse da quelle prescritte, in mancanza di un'espressa previsione della sanzione, siano valide e pienamente utilizzabili ai fini della decisione²⁶, significa disattivare i filtri di controllo sulla 'legalità' degli atti nella progressione processuale, costituiti dai rimedi sanzionatori, nonché attivare il 'corto circuito' che conduce al parossismo della funzione giurisdizionale, attribuendo contenuti 'sanzionatori' alla valutazione.

Si ricorda che anche quando la giurisprudenza nega al giudice il potere di formulare domande suggestive durante l'esame del minore afferma, contestualmente e senza remore, che l'individuazione dell'eventuale sanzione non sia il fulcro per risolvere la questione che ricade, invece, sulla valutazione²⁷.

Qui si annidano patologie che moltiplicano l'assedio alla Corte di cassazione, proprio in un momento in cui l'attenzione è rivolta ai bisogni di una ragionevole deflazione dei giudizi di legittimità.

Ma l'affermazione va chiarita ulteriormente.

Il motivo di ricorso contenuto nella riformata lettera e) dell'art. 606 c.p.p. è stato pacificamente ricondotto a patologie nella 'ricostruzione probatoria', fondate sulla 'contraddittorietà' della motivazione.

26. Cfr. Cass. pen., sez. I, 14 luglio 2005, n. 39996, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. V, 19 giugno 2007, n. 36061, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. II, 5 febbraio 2008, n. 7922, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. III, 25 giugno 2008, n. 35910, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851, <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. V, 17 luglio 2008, n. 38271, in <http://www.plurisonline.it>.

27. Cfr. Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, in <http://www.plurisonline.it>.

Nonostante la formulazione non proprio felice della norma, si è individuato l'elemento comune della contraddittorietà e del travisamento nel peculiare riferimento ad elementi esterni al provvedimento decisorio (e dunque agli 'altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame')²⁸; evidenziandosi, sotto un diverso angolo visuale, che con l'interpolazione normativa il legislatore abbia voluto definire le incerte posizioni, non solo giurisprudenziali, ampliando la sfera della 'legittimità' agli errori nella valutazione e nell'interpretazione delle risultanze processuali, per cui l'innovazione – 'nella sua reale funzione di garanzia' – attiene non all'accertamento, né alla struttura della sentenza, ma al ragionamento probatorio del giudice ed agli elementi che egli considera²⁹.

In giurisprudenza si è, ad esempio, sottolineato che la nuova formulazione dell'art. 606 lett. e) c.p.p. – autorizzando il ricorso agli «altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame», quindi, evidentemente anche ad atti di contenuto probatorio 'alterati' nella lettura del giudice di merito – avesse introdotto due nuovi vizi definibili come "travisamento della prova", accomunati dalla necessità che il dato probatorio, alterato od omesso, dovesse appartenere all'ambito dell'apparato motivazionale sottoposto a critica³⁰, purché le omissioni o le aggiunte fossero dotate di autonoma forza esplicativa o dimostrativa tale da disarticolare l'intero ragionamento della sentenza e da determinare al suo interno radicali incompatibilità; chiarendosi comunque che la novella non avesse mutato la natura del sindacato della Corte di cassazione³¹, essendole concesso di verificare l'eventuale esistenza o la palese e incontrovertibile difformità tra i risultati obiettivamente derivanti dall'assunzione della prova e quelli che il giudice di merito avesse inopinatamente

28. Sul significato della riforma della lett. e) dell'art. 606, comma 1, c.p.p., in dottrina v., fra gli altri, G. CANZIO, *Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, 1, 135; A. FAMIGLIETTI, *Decisività della prova travisata e ricorso per cassazione: le innovazioni apportate dalla "legge Pecorella"*, in Giur. it., 2007, p. 437; P. FERRUA, *Riforma disorganica: era meglio rinviare. Ma non avremo il terzo giudizio di merito*, in Dir. e giust., 2006, p. 80; Id., *Quei ricorsi "autosufficienti"*, in Dir. e giust., 2006, p. 52; Id.,

Atti processuali, addio divieto d'accesso. La Pecorella dà più spazio agli ermellini, in Dir. e giust., 2006, p. 44;

F. M. IACOVIELLO, *Regole più chiare sui vizi di motivazione*, in Guida al diritto, 2006, p. 91; Id., *Giudizio di cassazione*, in Trattato di procedura penale, a cura di G. SPANGHER, vol. V, Torino, 2009, p. 694 ss.;

G. LATTANZI, *Cassazione o Terza istanza*, in Cass. pen., 2007, p. 1369; A. MORGIGNI, *La Pecorella e il ruolo della Cassazione. Ecco come cambiano i casi di ricorso*, in Dir. e giust., 2006, p. 13; A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, cit., p. 214 ss.; Id., *La riforma dell'art. 606 c.p.p. ed il sindacato di legittimità sulla motivazione incompleta*, in Cass. pen., 2006, p. 2375; C. VALENTINI, *La riforma del ricorso per cassazione*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di A. SCALFATI, Milano, 2006, p. 218.

Più recenti, G. RICCIO, *"Travisamento della prova" e giudizio di legittimità*, in Giust. pen., 2011, III, p. 513, e anche per una per una riflessione de iure condendo, M. MENNA, *Il controllo logico-formale del vizio di motivazione in sede di legittimità*, in Dir. pen. e proc., 2012, p. 797.

29. In tal senso, G. RICCIO, *"Travisamento della prova" e giudizio di legittimità*, cit., p. 519.

30. Cass. pen., sez. I, 23 marzo 2006, n. 13994, in <http://www.plurisonline.it>.

31. Cass. pen., sez. I, 14 luglio 2006, n. 25117, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. II, 24 maggio 2006, n. 19848, in CED Cass. pen., rv 234163; Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2006, n. 20245, ivi, rv. 234099; Cass. pen., sez. VI, 24 marzo 2006, n. 14054, ivi, rv 233454; si cfr. pure Cass. pen., sez. I, 7 novembre 2006, n. 261, in Cass. pen. 2007, p. 4662.

tratto dalla decisiva circostanza trascurata, non gli elementi privi di significato univoco della capacità dimostrativa della prova³², estranei al sindacato della Corte³³.

Nell'ottica di ridurre il rischio che il vizio in parola possa risolversi in un sindacato di merito di 'terza istanza'³⁴, si è rimarcato che la nuova forma di 'travisamento della prova' si identifichi nella deduzione dei vizi della motivazione con riferimento ad atti del processo a contenuto probatorio³⁵.

In una diversa prospettiva, si è insistito sul vizio della motivazione – dedotto anche da 'altri atti del processo' – quale diretta conseguenza di violazione circa l'esistenza di un atto probatorio³⁶, qualificandosi in termini di legittimità l'informazione decisiva inesistente agli atti del processo o la mancata valutazione di un atto a contenuto probatorio³⁷.

Nelle decisioni più recenti, il vizio logico-giuridico sanzionato dall'art. 606 c.p.p. comma 1 lett. e) viene individuato nell'interna incoerenza della motivazione, quale effetto della radicale "incompatibilità" dell'impianto argomentativo del provvedimento impugnato con le risultanze processuali³⁸.

Si riconosce che la verifica sul "travisamento della prova" attiene alla correttezza e alla completezza della motivazione non come dato strutturale della sentenza, ma come conseguenza di erronea valutazione delle risultanze acquisite³⁹: ciò che dà luogo al sindacato di legittimità che deve spingersi alla verifica dell'incontrovertibile diversità oggettiva dell'effettivo risultato della prova ottenibile in assenza di travisamento.

32. Cass. pen., sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, in CED Cass. pen., 2006, rv 234605.

33. Egual indirizzo si rinviene in Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, in Cass. pen., 2007, p. 4662.

34. In dottrina sono state espresse perplessità rispetto alla prevalente esegesi del testo riformato della lett. e) dell'art. 606, comma 1, c.p.p. che ascrive alla locuzione «altri atti del processo» il significato che conclude gli atti probatori, giacché l'accertamento del vizio di travisamento, precipuamente nella specie del travisamento delle risultanze probatorie, postula necessariamente un'operazione valutativa che non può essere circoscritta al singolo elemento di prova censurato con il ricorso: "non è possibile accertare attendibilmente il significato di una prova senza una valutazione complessiva dell'insieme degli elementi probatori acquisiti".

Pertanto, il controllo di legittimità è incompatibile con un controllo sull'estensione della motivazione, sulla relazione tra la motivazione e i dati probatori.

Piuttosto la locuzione normativa involge quegli atti che producono un obbligo di pronuncia che si assume violato. Così A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, cit., p. 228 ss. Il ragionamento tende ad espungere la c.d. contraddittorietà processuale (tra la sentenza ed il processo) dagli ammissibili significati della terminologia «contraddittorietà» oggetto della interpolazione operata dalla legge n. 46/2006; si esaurisce la portata della riforma nella previsione della contraddittorietà logica. In questo senso anche G. LATTANZI, *Cassazione o Terza istanza*, cit., p. 1369. Contra, fra gli altri, F. M. IACOVIELLO, *Regole più chiare sui vizi di motivazione*, in Guida al diritto, 2006, p. 91.

35. Cfr. Cass. pen., sez. II, 9 giugno 2006, n. 22565, in CED Cass. pen., 2006, rv 234344; in senso difforme, Cass. pen., sez. II, 24 maggio 2006, n. 19848, ivi, rv 234162 e Cass. pen., sez. V, 12 aprile 2006, n. 16955, in Cass. pen., 2006, p. 3534.

36. Cfr. Cass. pen., sez. V, 10 ottobre 2006 n. 3677, in <http://www.plurionline.it>, ma anche Cass. pen., sez. I, 7 novembre 2006, n. 261, ivi.

37. Cass. pen., sez. II, 5 ottobre 2006, n. 35195, in Cass. pen., 2007, p. 294.

38. Cass. pen., sez. VI, 2 dicembre 2010, n. 45036, in <http://www.plurionline.it>, nonché, tra le altre, Cass. pen., sez. II, 24 aprile 2008, n. 21524, in CED Cass. pen., 2008, rv 240411; Cass. pen., sez. II, 24 gennaio 2007, n. 5223, in Cass. pen., 2008, p. 3372. Tale costante indirizzo è stato, in particolare, seguito sin dall'inizio dalla seconda Sezione (cfr. le sentenze: 21 dicembre 2006, n. 318, in CED Cass. pen., rv 235690).

39. Cass. pen., sez. I, 9 maggio 2006, n. 20038, in CED Cass. pen., rv 233783; Cass. pen., sez. II, 5 maggio 2006, n. 19584, ivi, rv 233775; Cass. pen., sez. V, 23 marzo 2006, n. 17905, ivi, rv 234109; Cass. pen., sez. V, 22 marzo 2006, n. 12634, ivi, rv 233780; Cass. pen., sez. V, 22 marzo 2006, n. 19855, ivi, rv 234095.

Volendosi differenziare il vizio in esame dagli altri difetti della motivazione, quanto all'effetto, il "travisamento" incide sul ragionamento probatorio, mentre, quanto alla causa, esso è determinato da una grave violazione della legge processuale per essere la prova diversa da quella acquisita.

In giurisprudenza, peraltro, emerge quasi da subito la tendenza ad individuare nel "travisamento della prova" ex art. 606, lett. e), c.p.p. un 'nuovo' vizio che riconduce la mancanza, la illogicità o la contraddittorietà della motivazione non solo al testo del provvedimento, ma agli «atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame»⁴⁰ fa capolino in giurisprudenza, quasi immediatamente, chiarendosi che l'espressione impiegata ("altri atti del processo") debba essere interpretata, non nel senso limitato di atti a contenuto valutativo (come gli atti di impugnazione e le memorie difensive), ma quale esplicito riferimento agli atti a contenuto probatorio (ad esempio, al contenuto dei verbali).

Ciò che rende palese la convinzione secondo cui il giudizio sulla esistenza del vizio non può più prescindere dalla comparazione tra elementi di prova e convincimento, perché gli "altri atti del processo" dimostrano la presenza della patologia.

Al giudice di legittimità non è più richiesto di rilevare il difetto di rappresentazione del convincimento del giudice di merito, ma di controllare la coerenza della ricostruzione dell'evento probatorio rispetto agli elementi esistenti nel processo o forniti dalle parti col ricorso e, quindi, di verificare su oggetto e modi di quel convincimento.

Il problema, dunque, verte in ordine al rapporto tra acquisizione probatoria e sua elaborazione e/o intima rappresentazione, indipendentemente dal distinguo tra le "figure dogmatiche" che in esse si rinvengono.

Ed il rapporto investe il giudizio di legittimità, essendo di natura patologica l'uso delle "regole logiche" su cui fonda il libero convincimento.

Come è stato puntualmente rilevato, il giudizio di merito ricostruisce il rapporto fra fatto e fattispecie come risultato della ricostruzione degli elementi storici che accertano l'avvenimento naturale, pur tenendo ben distinte le sfere materiali e giuridiche;

40. Cass. pen., sez. II, 23 marzo 2006, n. 13994, in <http://www.plurionline.it>.

quello di legittimità si interessa della conformazione del comportamento – giuridicamente rilevante sul piano sostanziale e/o sul terreno processuale – alla fattispecie che lo regola⁴¹.

Seguendo tale impostazione, pertanto, il nuovo vizio sanziona il cattivo uso degli elementi di prova quale effetto di evidenti alterazioni percettive e di non corretta applicazione delle regole di valutazione della prova, determinante un anomalo sviluppo argomentativo, frutto di errata percezione degli elementi di prova.

Esso determina la *sentenza ingiusta*⁴².

Da qui l'esigenza di una rivalutazione del significato funzionale delle forme di acquisizione delle dichiarazioni delle vittime vulnerabili, in particolare del minore, considerato il rapporto di causa/effetto tra irritualità delle cautele e travisamento della prova.

CLELIA IASEVOLI

Docente di Legislazione Penale Minorile
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

41. In tal senso, ancora, G. RICCIO, "Travisamento della prova" e giudizio di legittimità, cit., p. 520.

42. Un'impostazione siffatta è stata autorevolmente sostenuta da quella dottrina che, in epoca anteriore alla novella legislativa, riconosceva che il sindacato di legittimità non andasse limitato alla struttura logica della motivazione, né solo alla coerenza fra premesse logiche e conclusioni, essendo consentito al giudice di legittimità di verificare anche la razionale corrispondenza tra elementi a disposizione del giudice e consequenziale plausibilità delle argomentazioni, soprattutto se di natura induttiva, su cui poggia il libero convincimento, per evitare che conclusioni "farneticanti" o "invulnerabili" rimangano prive di controllo. Così F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1998, p. 1032.

La competenza a decidere il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, e il debutto in Cassazione del diritto all'educazione del minore.

SOMMARIO: 1. Il vizio di incompetenza funzionale; 2. La minore età come regola di attribuzione; 3. Le implicazioni processuali della non desocializzazione e la composizione collegiale del giudice dell'udienza preliminare minorile.

1. E' stata rimessa alle Sezioni unite la questione inerente alla competenza funzionale del giudice dell'udienza preliminare minorile – organo collegiale formato da due giudici onorari e un magistrato togato – a celebrare il giudizio abbreviato, richiesto a seguito di decreto che dispone il giudizio immediato¹.

Su questo fronte si rinvengono indirizzi giurisprudenziali contrastanti, dal momento che non mancano orientamenti² secondo cui la competenza spetterebbe al giudice per le indagini preliminari in composizione monocratica.

In particolare, la peculiarità del caso di specie è da rinvenirsi nel dato che la Corte di appello ha rilevato d'ufficio la nullità della sentenza ex art. 604 c.p.p., per incompetenza funzionale del giudice dell'udienza preliminare, riconducendola all'inosservanza delle «condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario», cioè, alla nullità assoluta di cui agli artt. 178 lett. a) e 179 c.p.p.

Ma le cose non sembrano stare in questi termini.

Se nell'accezione positiva la competenza funzionale assume il significato di criterio di attribuzione dei compiti d'ufficio ad un determinato organo e/o giudice, nell'accezione negativa essa si risolve nel limite all'ulteriore svolgimento dell'attività di *ius dicere*, in virtù di quanto già precedentemente compiuto nella stessa fase e/o in altro grado.

Per questa ragione la categoria si iscrive nel percorso normativo posto a tutela della naturalità/imparzialità dell'organo giurisdizionale, diversamente dalla competenza per materia e per territorio, che appartengono all'ambito della tutela della precostituzione.

1. Cass. pen., sez. II, ord., 18 dicembre 2013, n. 51141, <http://www.plurisonline.it>

2. Sull'orientamento che ad essere competente sia il giudice per le indagini preliminari, organo monocratico, e non il giudice dell'udienza preliminare, in composizione collegiale, cfr.: Cass. pen., sez. IV, sent., 16 settembre 2008, n. 38481, Rv. 241552; Cass. pen., sez. VI, sent., 5 febbraio 2009, n. 14389, Rv. 243254; Cass. pen., sez. II, 12 luglio 2013, n. 44621, <http://www.plurisonline.it>

Ciò nonostante la dottrina tradizionale riconduce entrambe le situazioni in difetto dei contenuti normativi alla nullità assoluta di cui all'art. 178 lett. a) c.p.p., sulla base di un non corretto rapporto di identificazione.

Si assimila, cioè, l'incompetenza funzionale all'incompetenza per materia; per questa via si sanziona la prima con la nullità assoluta; si disperde l'autonomia dei valori sottesi; si confonde l'itinerario correttivo per la precostituzione del giudice con la disciplina delle attribuzioni dei poteri ed entrambi con il vizio della capacità generica di *ius dicere* (art. 178 lett. a) c.p.p.)

Le diverse competenze si collocano all'interno di ambiti di tutela autonomi, pur se si sostanziano – nell'accezione negativa – in due forme di incapacità specifica di esercizio della funzione.

In particolare, la violazione delle regole di competenza funzionale rileva sul piano dell'incompatibilità (art. 34 c.p.p.) e delle situazioni di astensione (art. 36 c.p.p.), rientrando nell'area di applicabilità del rimedio di ricusazione (artt. 37 e ss. c.p.p.).

L'ordinamento non ha predisposto la nullità per la rimozione dei vizi di queste ipotesi, privilegiando il principio di conservazione degli atti e ricorrendo, come *extrema ratio*, all'inefficacia degli stessi (artt. 27 e 42 comma 2 c.p.p.).

L'incompetenza funzionale costituisce il limite all'ulteriore esercizio dell'attività giurisdizionale: se il giudice supera lo sbarramento versa in difetto di potere³.

Ciò non solo evidenzia l'estraneità strutturale della competenza funzionale rispetto al difetto di capacità generica, sanzionato con l'art. 178 lett. a) c.p.p., ma la sottrae definitivamente dai criteri di competenza in senso tecnico.

Ne consegue che il vizio di incompetenza funzionale è azionabile dall'interessato sotto forma di abnormità-ricusazione⁴.

Si tratta di un meccanismo procedurale a tempo, la cui omessa attivazione si traduce in un atteggiamento di acquiescenza, che non può essere indifferente.

Pertanto, l'inerzia dell'interessato e l'azionabilità del diritto in forme e modi non previsti provocano la decadenza o l'inammissibilità dello strumento, determinando il consolidamento degli effetti della pronuncia del giudice, capace sul piano astratto e generale, competente per materia e per territorio.

Il punto di intersecazione tra le due entità concettuali è circoscritto al rapporto di presupposizione, oltre il quale si espande l'autonomia delle attribuzioni e degli strumenti di tutela dell'imparzialità.

Sono anche queste le ragioni della non rilevabilità *ex officio* del vizio.

3. In tema di competenza funzionale si segnala il contributo di G. RICCIO, voce Competenza funzionale, (dir. proc.pen.), in Enc. giur. Treccani, agg., Roma, 2003, p. 7.

4. Per questo aspetto ci si rimette alle osservazioni e alle fonti giurisprudenziali rinvenibili nella nostra voce Abnormità, (dir. proc. pen.), in Enc. giur. Treccani, agg., I, Roma, 2005, p. 3.

2. Ebbene, nel processo ordinario il giudice per le indagini preliminari e il giudice dell'udienza preliminare sono sempre organi monocratici appartenenti al medesimo ufficio, che si distinguono tra loro soltanto per la diversità della attività svolte.

Non a caso, l'art. 34 comma 2-bis c.p.p. prevede che «il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche fuori dai casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio».

La norma si pone come corollario di una premessa avente ad oggetto la disomogeneità delle fasi, che nel modello processuale si traduce nella netta ripartizione di attribuzioni, proiettate alcune sull'esercizio dell'azione e altre sulla valutazione attinente alla responsabilità, imponendo una più ampia specificazione delle situazioni in cui il precedentemente conosciuto preclude l'esercizio di ulteriori attività.

Sul versante del minore autore di reato, l'art. 50 bis r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 conferisce l'investitura al giudice per le indagini preliminari, statuendo che «in ogni tribunale per i minorenni uno o più [soggetti] sono incaricati, come giudici singoli, dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari» e che «nell'udienza preliminare, il tribunale per i minorenni giudica composto da un magistrato e da due giudici onorari, un uomo e una donna, dello stesso tribunale»⁵.

Il diritto ad un organo giurisdizionale specializzato, formato da magistrati ed esperti è manifestazione peculiare del valore condizionante del diritto all'educazione, costituzionalmente sancito, rafforzato dagli strumenti internazionali posti a tutela delle peculiarità della condizione minorile⁶.

Da quanto sin qui delineato deriva che, l'art. 3 d.P.R. n. 448 del 1988, secondo cui «il tribunale per i minorenni è competente per i reati commessi dai minori degli anni diciotto», si pone nel percorso posto a presidio della naturalità del giudice⁷, in quanto regola di attribuzione funzionale, che non deroga ai criteri generali di competenza, ma li presuppone.

5. Cfr. S. CUTRONA, Art. 2, in AA.VV., *Il Processo penale minorile. Commento al D.P.R. n. 448 del 1988*, a cura di G. GIOSTRA, Milano, 2009, p. 22 e ss.

6. Sul contenuto, le funzioni e i condizionamenti strutturali del diritto all'educazione, sia consentito il rinvio al nostro *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012.

7. Da un punto di vista più ampio G. RICCIO, *Naturalità e precostituzione del giudice*, in G. RICCIO, A. DE CARO, S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, p. 71; F. CAPRIOLI, *Precostituzione e imparzialità del giudice nella disciplina della rimessione dei processi*, in Cass. pen., 2002, p. 2599; G. Di Chiara, *Il giudice: fisionomia istituzionale e garanzie di sistema*, in G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Un'introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 230; F. R. Dinacci, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, p. 16.

Ciò posto, va verificata la classificazione giurisprudenziale della sua inosservanza come causa di nullità assoluta ex art. 178, lett. a) c.p.p., rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento⁸.

Applicandosi nel procedimento a carico di minorenni le norme del codice di procedura penale per tutto quanto non sia espressamente previsto dal d.P.R. n. 488 del 1988, anche in questo contesto opera la disposizione di cui all'art. 21 c.p.p., che si limita a prescrivere i tempi di eccepibilità, di deducibilità e di rilevabilità del vizio; essa, cioè, si traduce nella regola di azionabilità del diritto al giudice precostituito, con riguardo prevalente agli interessi delle parti.

Contestualmente, deve annotarsi che, nell'intento di ripristinare tempestivamente la legalità del processo, la legge affida al giudice di appello il potere di annullamento e di trasmissione degli atti del giudice di primo grado competente (art. 24 comma 1 c.p.p.), quando riconosce che il giudice di primo grado è incompetente ai sensi dell'art. 21 comma 1 c.p.p.

Ebbene, il potere di annullamento non è indice della presenza di un'ipotesi di nullità; piuttosto esso manifesta la volontà di recuperare il presupposto di legittimazione del processo, non potendosi risalire a cause di invalidità nel significato di difformità dell'atto dal modello legale di riferimento.

Non è un caso che sul versante effettuale non si rinvenga la statuizione della nullità degli atti, bensì l'indicazione dell'efficacia delle prove già acquisite (art. 26 comma 1 c.p.p.) e il condizionamento dell'inefficacia della misura cautelare all'inattività del giudice competente, decorsi i venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti (art. 27 c.p.p.).

Si tratta di scelte concernenti gli atti più importanti del processo; esse, però, assumono un generale significato in direzione della validità delle attività espletate e della loro conservazione, dal momento che il difetto di competenza riguarda *stricto sensu* il giudice e non si riverbera necessariamente sulla conformità degli atti allo schema legale; pertanto è possibile che essi siano validi e conservino efficacia.

Il rilievo è sufficiente a giustificare l'omessa previsione della nullità⁹.

8. Cass. pen., Sez. I, 19 gennaio 2011, n. 1403, in <http://www.plurisonline.it>

9. L'indice differenziale tra le due categorie è attestato anche dalle norme di composizione dei conflitti, là dove nell'art. 28 comma 2 c.p.p., il legislatore estende la disciplina ai casi analoghi, ma sottrae al suo ambito operativo il contrasto tra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento, stabilendo la prevalenza della decisione di quest'ultimo. La *ratio* della previsione di una regola ad hoc per questa evenienza si fonda sulla natura funzionale del conflitto.

Eppure, le riflessioni inducono a negare la riconducibilità dell'incompetenza per materia alla nullità assoluta e smentiscono il rapporto di identificazione tra incompetenza funzionale e incompetenza per materia¹⁰.

Tuttavia, quando si tratta dell'inosservanza della regola di attribuzione funzionale di cui all'art. 3 d.P.R. n. 448 del 1988 siamo di fronte ad una causa di incapacità generica del giudice all'esercizio della funzione, rilevante proprio ai sensi dell'art. 178 lett. a) c.p.p., in quanto la relazione non è con la singola vicenda¹¹.

Se le cose stanno così, il punto di intersecazione tra le due entità concettuali è circoscritto al rapporto di presupposizione, oltre il quale si espande l'autonomia della competenza funzionale.

La categoria è sottratta ai criteri di competenza in senso tecnico, ma – questa volta – non all'ambito operativo di cui all'art. 178 lett. a) c.p.p.

In altri termini, l'art. 3 d.P.R. n. 448 del 1988 assegna compiti d'ufficio ad un determinato organo e/o giudice in via esclusiva, ponendo così, implicitamente, il divieto per il giudice ordinario di trattare le vicende che attengono al minore degli anni diciotto; divieto che esplica efficacia con riguardo a tutte le situazioni della minore età.

Di conseguenza, il giudice 'comune' è incapace ad esercitare la funzione di ius dicere, quando si tratta di soggetti minori sul piano generale ed astratto; si esula, dunque, da un difetto di capacità specifica in relazione ad una singola vicenda; e ciò configura la causa di invalidità da cui scaturisce la nullità assoluta degli atti eventualmente compiuti.

A fronte di queste conseguenze sanzionatorie, se insorgono dubbi in ordine all'età dell'imputato al *tempus commissi delicti*, l'autorità giudiziaria deve innescare il meccanismo di salvaguardia di cui agli artt. 8 d.P.R. n. 448 del 1988 e 67 c.p.p., deve adottare, cioè, il provvedimento di trasmissione degli atti al procuratore presso il tribunale per i minorenni¹², regola comportamentale e contestuale rimedio preventivo del compimento di atti nulli.

10. Sui vizi attinenti alla capacità del giudice sia consentito il rinvio al nostro *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, p. 306 e ss.

11. Sebbene in dottrina si pervenga all'opposta conclusione, acutamente si prospetta una duplice via. «La prima è quella di interpretare l'art. 33 comma 2 c.p.p., secondo il principio di adeguatezza alle esigenze educative del minore di cui all'art. 1 d.p.r. n. 448 del 1988, vale a dire d'interpretare la disposizione sulla formazione dei collegi come "profilo amministrativo" distinto dalla "composizione dell'organo", che, invece, si riferisce ai requisiti di legge occorrenti per svolgere quella funzione di giudicare di cui la capacità del giudice costituisce il presupposto indefettibile e la cui mancanza, pertanto, provoca la nullità assoluta a norma degli artt. 178 e 179 c.p.p. La via maestra è, però, quella che, facendo leva sul requisito della "naturalità" del giudice, come sua idoneità alla decisione, s'invochi l'intervento della Corte costituzionale per restituire al giudice minorile, nella composizione prevista, come organo specializzato, la sua configurazione di unico giudice naturalmente capace di esercitare la particolare funzione giurisdizionale nel processo minorile». Così, E. ZAPPALÀ, *La specializzazione nelle funzioni giudiziarie minorili*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, cit., p. 50.

12. Cass. pen., sez. III, 26 ottobre 2011, n. 2690, in <http://www.plurisonline.it>.

In sintesi: dall'età dell'imputato dipende la competenza dell'autorità giudiziaria minorile; e, qualora essa sia incerta, il giudice minorile deve disporre perizia al fine di accertare l'età effettiva; se l'incertezza permane, si presumono la minore età e, quindi, la competenza del Tribunale per i minorenni (art. 8, commi 1 e 2 D.P.R. n. 448 del 1988).

La *ratio* è da rinvenirsi nelle esigenze di ridurre al minimo ogni sollecitazione inutilmente negativa e, al contempo, di valorizzare gli stimoli positivi che provengono da un corretto confronto con la società civile e con le sue regole, in modo che il minore possa prendere coscienza del significato delle attività processuali e delle ragioni socio-giuridiche delle decisioni.

In questa prospettiva, la Corte edu¹³ ha affermato espressamente che «è essenziale trattare un bambino accusato di reato con modalità che tengano pienamente in considerazione la sua età, la sua maturità e la sua capacità sul piano intellettuale ed emotivo, adottando misure atte a favorire la sua comprensione e partecipazione al processo».

Si cerca di contenere gli effetti deleteri sulla formazione della personalità del minore, causati dall'impatto con il processo ordinario in ipotesi di incertezza sull'età; ed in quest'ottica l'art. 8 comma 2 d.P.R. n. 448 del 1988 dispone che «qualora, anche dopo la perizia, permangono dubbi sulla minore età, questa è presunta ad ogni effetto».

In buona sostanza, la minore età è regola astratta di attribuzione funzionale, attraverso cui il legislatore assegna la cognizione dei reati commessi dai minori di anni diciotto al giudice naturale – il tribunale per i minorenni – (art. 3 comma 1 d.P.R. n. 448 del 1988), già individuato secondo i criteri di ripartizione per materia e territorio, con competenza funzionale per i compiti finalisticamente orientati allo sviluppo del processo minorile, ai singoli atti, alla funzione, alla fase e al grado.

Le implicazioni di questa relazione normativa non sono con l'oggetto della vicenda, né con il merito della lite, che costituiscono il presupposto e la componente identificativa della competenza per materia; il legame è con la minore età del soggetto, che permette l'individuazione del giudice funzionalmente competente

Queste interferenze determinano i condizionamenti sulle strutture¹⁴; e prendono l'avvio dall'età del soggetto. Risalire ad essa significa assicurare al minore il diritto al giudice naturale, oltreché le garanzie trattamentali endofasiche, che consentono di tener conto dello stato di evoluzione psico-fisica; quindi, l'incertezza circa l'età equivale ad incertezza sul presupposto del procedere, che implica una sequenza necessitata di attività accertative, da instaurarsi sia all'interno delle indagini preliminari, sia dopo l'esercizio dell'azione penale.

13. Cfr. Corte edu, 16 dicembre 1999, V. c. Regno Unito, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-IX.

14. S. GIAMBRUNO, *Il processo penale minorile*, Padova, 2002, p. 49.

3. Altra, e diversa, è la questione inerente alla competenza del giudice per le indagini preliminari a celebrare il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato anche per l'imputato minorenni, dal momento che l'art. 458 c.p.p. così dispone e il d.P.R. n. 448 del 1988 ad esso non deroga.

Vero è che il d.P.R. n. 488 del 1988 è legge "speciale" rispetto al codice di procedura penale; il relativo rito risulta atteggiarsi come procedimento penale 'differenziato', in quanto non vi è una piena corrispondenza con i moduli del processo ordinario. L'opzione di politica del diritto sottesa a siffatta 'specialità' e la dinamica intercorrente tra modello ordinario e modello minorile si rinvergono proprio nell'art. 1 d.P.R. n. 488 del 1988, secondo cui le disposizioni del codice di procedura penale sono applicate in modo adeguato alla personalità ed alle esigenze educative, per tutto ciò che non è previsto dal d.P.R.

La clausola si apre a complessi interrogativi per il tramite del rinvio ad altre norme, con il limite dell'applicabilità in concreto; soprattutto, perché in alcuni casi è difficile giustificare forti deviazioni rispetto al paradigma generale.

Da qui l'immanenza del codice di rito lungo la via interpretativa del rapporto di specialità, al fine di verificare l'operatività in concreto delle norme ordinarie che, talvolta, appaiono cedevoli soltanto *prima facie* alla semplificazione del rito speciale.

In ogni caso, è possibile affermare che nel profilo generale la specialità ordinamentale ha fondamento in situazioni di natura oggettiva e/o soggettiva, che spingono il legislatore – costituzionale e ordinario – a prevedere protocolli normativi particolari¹⁵.

Siffatto principio di adeguatezza applicativa permea sia la disciplina processuale speciale, sia quella generale sussidiaria.

Sono queste le riflessioni che consentono di evidenziare antinomie sistemiche di non poco conto, ed in particolare, quanto alla ricerca del momento della contestazione del fatto e delle correlative garanzie.

A fronte di tali antinomie siamo convinti che le esigenze legate al corretto sviluppo psico-fisico del minore impongono l'estensione di quelle forme di "specialità" predeterminate nell'intento di privilegiare la non desocializzazione all'interno della sequenza degli atti che accertano il fatto ed il cui epilogo può essere la sentenza di condanna.

Parimenti per il giudizio abbreviato, luogo di definizione del processo, che perciò richiede la composizione del collegio, contraddistinta dalla presenza di esperti.

15. Di recente sulla specialità e complementarità della legge, cfr. G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, p. 65.

L'indirizzo di metodo si rinviene nell'art. 3 l. n. 81 del 1987, in cui è espressa la necessità che la disciplina del processo minorile si conformi ai principi generali del processo ordinario, ma con le modificazioni ed integrazioni imposte dalle condizioni psicologiche del minore, dalla sua maturità e dalle esigenze della sua educazione, nonché, in particolare, dall'attuazione dei criteri che lo stesso art. 3 enuncia; questi criteri, secondo la precisa volontà del legislatore delegante, assumono il significato di deroga ai "principi generali" del processo, non della giurisdizione, per far fronte alle peculiari esigenze connesse allo status di minore.

La disposizione, opportunamente prevista, ha una significatività estrema da un punto di vista assiologico-normativo, di guisa che qualsiasi lettura di detti principi, rivolta a realizzare le corrispondenti discipline attuative, non potrà collocarsi disarmonicamente rispetto al quadro di riferimento da essa delineato.

D'altra parte, il connubio tra diritti del minore e loro tutela nel processo¹⁶ è stato acutamente evidenziato nella originaria, ed originale, giurisprudenza della Corte costituzionale, quando ancora la dottrina muoveva i primi passi in quest'ambito sotto la spinta delle fonti internazionali, che dettavano specifiche regole per la tutela dello status di persona minorene¹⁷.

Tale elaborazione esegetica si basa sulle complessive attribuzioni del tribunale per i minorenni, penali, civili ed amministrative, che lo identificano come una delle istituzioni di cui la Repubblica favorisce lo sviluppo ed il funzionamento per proteggere la gioventù (art. 31 Cost.)¹⁸.

Sono questi gli assunti che trovano corrispondenza nella struttura del collegio giudicante, ma anche nella fisionomia degli altri organi che con esso cooperino¹⁹; nonché nelle peculiari garanzie, che assistono l'imputato minorene nell'*iter* processuale²⁰; tutto in vista dell'essenziale finalità del recupero del minore deviato e del suo reinserimento sociale²¹.

Pertanto, la composizione mista dell'organo giudiziario minorile è essenziale per assicurare un'effettiva specializzazione del giudice, chiamato a mediare tra norma e realtà sociale²², tenendo conto di tutti gli interessi in gioco – dei minori, della famiglia, della società – soprattutto nella fase di definizione del processo.

16. Cfr. R. RICCIOTTI, *Rapporto tra processo penale e processo minorile*, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1989, 27, p. 766.

17. G. PANEBIANCO, *Il minore reo*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di A. PENNISI, 2004, p. 100 e ss.

18. Corte cost., sent. 20 aprile 1978, n. 46, in Giur. cost., 1978, p. 537. Corte cost., sent. 23 marzo 1964, n. 25, in Giur. cost., 1964, p. 223. Corte cost., sentt. nn. 16 e 17 del 10 febbraio 1981, in Giur. cost., 1981, pp. 83 e 87.

19. F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, p. 72.

20. R. RICCIOTTI, *La giustizia penale minorile*, Padova, 2007, p. 40.

21. Cfr. S. TOMASSETTI, *La giurisdizione rieducativa: modelli procedurali*, in AA. VV., *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorene nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, cit., p. 119.

22. S. GIAMBRUNO, *Il processo penale minorile*, Padova, 2003, p. 35.

Ciò implica che nella trattazione di ogni caso sia indispensabile una valutazione interdisciplinare che non può essere assicurata da un solo individuo: in quest'ottica si giustifica la presenza in sede decisionale, ed in molti casi anche in sede istruttoria, di diverse professionalità – e, dunque, diverse sensibilità – che si integrano tra loro²³.

Secondo la Corte²⁴, la competenza del giudice specializzato minorile è imposta anche nella materia dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere (compresa la procedura di estradizione passiva) dall'art. 58 ord. giud., che demanda alla sezione per i minorenni della Corte di appello tutte le funzioni previste dal codice di procedura penale a carico di imputati minorenni.

In realtà, l'attenzione alla condizione minorile non è più una prerogativa della sola giurisdizione specializzata, ma rientra nel patrimonio diffuso della giustizia: in questo senso uno statuto europeo dell'accusato minorenni, proiettato verso il futuro dovrebbe mantenere fermo il principio della specializzazione²⁵.

Quanto ai riti alternativi, l'opzione di politica criminale sottesa ad una giustizia minorile che non interrompesse l'evoluzione della fase educativa ed incentivasse la non desocializzazione del minore, ha determinato l'esclusione dell'applicazione della pena su richiesta delle parti e del decreto penale di condanna perché entrambi sono riferibili ad un profilo eccentrico rispetto alle ormai 'canoniche' finalità di integrazione sociale del minore e di tutela della personalità²⁶.

Il dipanarsi della linea costituzionale del diritto all'educazione (artt. 2, 3, 29, 30, 31, 32, 34 Cost.) all'interno delle strutture del procedere evidenzia l'inderogabilità dei bisogni di tutela anche, e soprattutto, a fronte del giudizio di responsabilità del minore²⁷.

«Che si tratti di fondamentale principio della giustizia minorile è stato anche recentemente confermato dal legislatore, che ha introdotto (con la l. 24 luglio 2008, n. 125, di conversione del decreto - l. 23 maggio 2008, n. 92 - art. 12 *quater*) l'art. 25 c.p.p.m., comma 2 ter, esonerando il pubblico ministero dall'attivare giudizio direttissimo e giudizio immediato nel caso in cui ciò possa pregiudicare gravemente le esigenze educative del minore imputato.

23. L. DE CATALDO NEUBURGER, *Processo penale minorile: aggiornare il sistema*, Padova, 2005, p.63.

24. Corte cost., sent. 30 luglio 2008, n. 310, cit.

25. M. BOUCHARD, *Il diritto ad una giurisdizione differenziata: punti fermi e orizzonti di una nuova specializzazione*, in AA.VV., *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenni*, cit., p. 57.

26. Sulla pena come integrazione sociale: S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, p. 101 e ss.

27. Cfr. *Il nostro Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., p. 91 e ss.

Dunque, il richiamo di tale indiscusso principio deve, necessariamente, condurre a valutare attentamente se l'affermata competenza del G.I.P. a decidere il giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato non mortifichi il diritto costituzionale all'educazione del minore»²⁸.

Sul punto, si configurano approfondimenti di singolare rilievo, dovendosi collegare gli strumenti di tutela della persona in ragione dell'età con la funzione della pena e con cadenze, tempi e garanzie del processo ordinario.

Invero, se la tutela del diritto all'educazione richiede moduli tipici strutturati sulle specificità connesse allo *status* di minore e la conseguente esclusione di modalità non compatibili con quelle specificità, tuttavia, essa non può ridurre l'accertamento in posizione secondaria.

Resta, perciò, primario l'interesse a salvaguardare una rapida fuoriuscita del soggetto dal circuito penale, non rinunciando alla specializzazione della giurisdizione nella composizione collegiale soprattutto in sede di accertamento della responsabilità.

Per queste ragioni condividiamo la posizione felicemente assunta dalla Seconda sezione della Cassazione²⁹ in base alla quale l'attribuzione di competenza al giudice per le indagini preliminari, sebbene magistrato togato "specializzato" in ragione della particolare professionalità – acquisita attraverso corsi di formazione e di aggiornamento – non sia sufficiente a garantire il diritto costituzionale all'educazione del minore in sede di definizione del processo.

CLELIA IASEVOLI

Docente di Legislazione Penale Minorile
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

28. Cass. pen., sez. II, ord., 18 dicembre 2013, n. 51141, <http://www.plurisonline.it>

29. Cass. pen., sez. II, ord., 18 dicembre 2013, n. 51141, <http://www.plurisonline.it>

La responsabilità penale dei minori nella giurisdizione minorile spagnola

SOMMARIO: 1. Introduzione: minori e diritto penale; 2. La parte nel nuovo processo; 3. Le misure applicabili ai minorenni; 4. L'individualizzazione giudiziale della misura applicabile; 5. La mediazione penale; 6. Conclusioni

1. Il trattamento giuridico del minore autore di reato si è notevolmente evoluto a partire dalla fine del XVIII secolo. La Legge sui Tribunali tutelari dei minori del 1948¹ si fonda sulla considerazione del minore come un soggetto indifeso e bisognoso di protezione; considerazione che ha determinato la creazione di un sistema giuridico complesso per il trattamento congiunto sia dei comportamenti criminali di cui sono autori sia delle loro situazioni di disagio.

In tale modello di tutela, il giudice interveniva più come “un padre” che come un giudice.

Da qui l'ampio potere discrezionale del giudice che gli permetteva di decidere sulle sorti del giovane “delinquente” senza alcun tipo di controllo.

Inoltre, la procedura aveva un carattere segreto ed inquisitorio, mancava il principio di oralità e il contraddittorio, il minore non aveva diritto all'assistenza legale, le misure imposte avevano a volte una durata indeterminata.²

La Costituzione spagnola del 1978 segnò un'inversione di tendenza, ma il punto di svolta si ebbe con la sentenza 36/1991 della Corte Costituzionale³, che dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 15 della Legge sui Tribunali tutelari per i minori prima citata. In seguito, è stata introdotta la Legge organica 4/1992⁴, regolatrice della responsabilità penale minorile, che ha completamente ristrutturato l'impianto giuridico - trattamentale del minore autore di reato.

1. *Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM)*, Decreto de 11 de junio de 1948 [BOE 19.07.1948]. Sul lavoro di questi “tribunales”, da un punto di vista storico, vid. ROCA, T.: *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Madrid, 1968. Sulla situazione prima questa legge, vid. CUELLO CALÓN, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, Bosch, Barcelona, 1934;

2. Sul diritto penale dei minorenni fino gli anni ottanta, vid. MOVILLA ÁLVAREZ, C.: “Jurisdicción de menores y constitución”, in *Menores*, n° 1, 1984; DE LEO, G./GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, Editorial Teide, S.A., 1985; CANTARERO BANDRÉS, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*, Montecorvo, 1988; CEA D'ANCONA, M^a.A.: *La justicia de menores en España*, CIS, Madrid, 1992; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: “La justicia de menores: presente y futuro”, in AA.VV.: *Delinqüència juvenil: perspectiva d'actuació a les comarques gironines*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1984; CALVO CABELLO, J.L.: “Principios del derecho de menores: reforma de la legislación sobre menores. La mayoría de edad penal”, in *Menores*, n° 1, 1984; FERNÁNDEZ ESPINAR, G.: “La reforma procesal de la jurisdicción de menores en el marco del respeto a los principios y garantías constitucionales”, in *Revista de Derecho Procesal*, n° 2, 1993; FUNES ARTIAGA, J.: *La nueva delincuencia infantil y juvenil*, Paidós, Barcelona, 1991 (3^a Ed.); RÍOS MARTÍN, J.C.: *El menor infractor ante la ley penal*, Ed. Comares, Granada, 1993.

3. STC 36/1991, 14 febbraio 1991 (BOE núm. 66, 18 Marzo 1991), disponibile su <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/UltimasSentencias.aspx>.

4. *Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores* [BOE n. 140, 11 Luglio 1992, pp. 19794 a 19796].

*Professore Associato di Diritto Penale presso Istituto de Derecho penal europeo e internacional — Università de Castilla — La Mancha

Ovviamente gli standard internazionali e gli strumenti di soft law⁵, come la Convenzione sui diritti dell'infanzia delle Nazioni Unite, del 1989, le regole di Pechino o le Regole di Tokyo hanno anche influito sull'evoluzione della disciplina dei minori e della famiglia.

Le cosiddette quattro "D" (cioè depenalizzazione, degiuridicizzazione, diversificazione e deistituzionalizzazione), la creazione di un sistema progressivo di giustizia minorile, la reintegrazione e il rispetto dei diritti fondamentali sono diventati progressivamente gli assi centrali del diritto penale minorile.

Tuttavia per il recepimento di tali direttive si è dovuto tuttavia attendere⁶ fino alla legge organica 5/2000, regolatrice della responsabilità penale dei minori⁷ e alla sua regolamentazione attuativa (1774/2004)⁸, che ha disciplinato i profili organizzativi (polizia giudiziaria e team tecnico), nonché l'esecuzione delle misure detentive oltreché il regime disciplinare dei centri d'internamento dei minori.

La riforma non ha introdotto una disciplina generale sostanziale e processuale, ma ha regolato autonomamente solo taluni aspetti.

Dunque, il diritto penale minorile, per un verso, è accessorio al diritto penale comune e, per altro verso, ha una disciplina autonoma.⁹

La nuova legge prevede il rispetto di tutte le garanzie processuali riconosciute nella Costituzione e introduce alcuni principi caratteristici del processo penale minorile:¹⁰ il principio dell'interesse superiore del fanciullo che comporta il rispetto della personalità del minore e delle sue fasi di sviluppo.¹¹

Il disegno processuale previsto dalla legge dovrebbe rispondere a finalità pedagogiche oltre che a quelle punitive. In questo senso la legge prevede, ad esempio, la sospensione del processo e la riparazione extragiudiziale del danno quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudichi le esigenze educative del minore.¹²

5. Sull'influenza dei testi internazionali, vid. FERNÁNDEZ MOLINA, E.: *Entre la educación y el castigo, Tirant lo blanc*, 2008, p. 79-94 e GARCÍA PÉREZ, O.: "La evolución del sistema de justicia juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales", in *Actualidad Penal*, XXXII, 2000.

6. Può sembrare paradossale ma nel 2000 per i minorenni non era ancora previsto un codice penale democratico. In questo senso, GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.: "La justicia juvenil en España: un modelo diferente", in Martín López, M.T. (coord.): *La responsabilidad penal de los menores*, Cuenca, Ed. UCLM, p. 31.

7. BOE núm. 11, 13 Gennaio 2000.

8. Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores [BOE nº 209, 30 Agosto 2004].

9. O come indicano altri autori, il diritto penale dei minorenni è un diritto speciale che fa parte del diritto penale. Vid. HIGUERA GUIMERA, J.F.: *Derecho penal juvenil*, 2003, Barcelona: Bosh, p. 31; CANO PAÑOS, M.A.: *El futuro del derecho penal europeo*, Barcelona: Atelier, 2006, p. 186.

10. VID. BLANCO BAREA, J.A.: "Responsabilidad Penal del Menor: Principios y Medidas judiciales aplicables en el Derecho penal español", in *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 8, Segunda época, 2008, Madrid, p. 24 e ss.; DE LA ROSA CORTINA, J.M.: "Los principios del Derecho procesal penal de menores", in *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, nº 11, 2003, pp. 21-45; GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.: "Principios orientadores de la responsabilidad penal de los menores", in AA.VV.: *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Ararteko, Vitoria/Gasteiz. 2001.

11. BUENO ARÚS, F.: "La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores", in LÁZARO GONZÁLEZ, I.E./MAYORAL NARROS, I.V. (coords.): *Jornadas sobre derecho de los menores*, 2003, Universidad Pontificia Comillas, p. 319.

12. Vid. CANO PAÑOS, M.A.: "Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley penal del menor", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 13, 2011, p. 15.

Il principio di minimo intervento, che viene applicato non solo durante il processo ma soprattutto come tecnica di depenalizzazione di comportamenti devianti. Questo principio dà la possibilità al pubblico ministero di non perseguire determinati reati se accompagnati da determinate circostanze, come ad esempio la lieve gravità dei fatti. In questo caso, il Tribunale per i minorenni può archiviare il caso oppure decidere a favore della sospensione della esecuzione della sentenza per un determinato periodo di tempo.

Il principio di opportunità operante nelle fasi preliminari del processo allo scopo di evitare al minore gli effetti stigmatizzanti e afflittivi dello stesso. A tal fine il pubblico ministero può, nei casi prestabiliti dalla legge, rinunciare all'esercizio dell'azione penale. Di solito il pubblico ministero rinuncia all'azione penale nei casi in cui il minore ha commesso un'infrazione occasionale, non grave, e in quelli in cui il minore non si né psicologicamente né socialmente in grado di affrontare un processo penale. Il principio di pubblicità quasi mai operante nell'ambito del processo penale minore in ossequio al superiore interesse del fanciullo.

Purtroppo, l'approccio pedagogico basato sulla rieducazione è stato modificato¹³ dalle Leggi 7/2000; 9/2000¹⁴; 15/2003¹⁵ e 8/2006¹⁶. Ad oggi esistono due modelli di responsabilità penale dei minori.¹⁷

13. In questo senso, indica Terradillos Basoco che le successive modifiche alla legge mettono in discussione la coerenza della legge e la forza dei suoi principali "mura" ("pone en entredicho la coherencia del texto legal y la solidez de sus paredes maestras"). Vid. Terradillos Basoco, J.M.: "Responsabilidad penal de los menores", in Ruiz Rodríguez, L.R./Navarro Guzmán, J.I. (eds.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, 2004, Valencia: Tirant lo blanch, p. 60.

14. Sulle modifiche del 2000, vid. Cano Paños, M.A.: "Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en...", op., cit., pp. 22-27; Nieto García, L.C.: "La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores. Valoración de sus reformas y del actual Anteproyecto", in Pantoja García, F. (dir.): *La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: situación actual*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXV, 2005, Madrid, p. 32.

15. Su questa legge, vid. Cano Paños, M.A.: "Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en...", op., cit., pp. 28-29; Nieto García, L.C.: "La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores...", op., cit.

16. Sulla modifica alla legge del 2006, vid. Polaino-Orts, M.: "Las reformas de la Ley del Menor (LO 8/2006): el menor como enemigo", in *Cuadernos de Política Criminal*, n° 95, 2008; García Pérez, O.: "La reforma de 2006 de la Ley de Responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana", in Jorge Barreiro, A./Feijoo Sánchez, B.J. (eds.): *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, 2007, Atelier; Boldova Pasamar, M.A.: "El sistema de aplicación de las sanciones en el derecho penal de los menores tras la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre", in Barreiro, A.J./Feijoo Sánchez, B.J. (coords.): *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuente?*, 2007, pp. 93-116; Cano Paños, M.A.: "Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en...", op., cit., pp. 29-32; Puente Alba, L.M.: "Nuevas reformas en el Derecho penal de menores: las medidas de internamiento y la protección de los perjudicados", in *Anuario de justicia de menores*, n° 6, 2006, pp. 77-128; Ferré Olivé, J.C.: "Otro experimento legislativo en materia de Derecho penal de menores: La Ley Orgánica 8/2006", in Muñoz Conde, F. (coord.): *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, pp. 661-682; Pérez Ferrer, F.: "La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad penal de los menores", in *Diario La Ley*, Año XXX, n° 7216, 13 julio, 2009, p. 9 e ss.

17. Feijoo Sánchez, B.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Thomson Civitas, 2008, p. 53.

Il Un modello nel quale i principi di risocializzazione e rieducazione prevalgono nei casi di reati colposi, contravvenzionali e per taluni reati dolosi meno gravi. Un modello successivo a quello del 2006 relativo ai reati di maggior allarme sociale. Vero è che la legge in commento muove da premesse fondamentali quali “la rieducazione” e “l’interesse superiore del fanciullo”.

Ma le abbandona sistematicamente allorché sottolinea che l’interesse del minore è “perfettamente compatibile con l’esigenza di pretendere una maggiore rispondenza tra la risposta punitiva e la gravità del reato commesso”.

Ed è proprio il ricorso alla categoria concettuale della “proporzionalità” che ha determinato l’accentuarsi degli aspetti repressivi del sistema penale minorile, come del resto emerge dalle ipotesi che seguono:

- a. L’estensione delle ipotesi in cui la misura d’internamento a regime chiuso può essere imposta
- b. L’estensione del limite massimo di durata delle misure. Così, ad esempio, l’internamento può avere una durata di 10 anni nei casi più gravi;
- c. L’introduzione di misure più severe per i reati commessi da bande giovanili;
- d. L’introduzione del divieto di avvicinamento o di comunicazione con la vittima, la sua famiglia o altri con cui è in rapporto;
- e. La possibilità di imporre la misura di internamento a regime chiuso in un centro penitenziario per adulti quando il minore supera l’età di 18 e non soddisfa gli obiettivi proposti nella sentenza o quando l’autore ha già compiuto 21 anni;
- f. L’estensione delle possibilità e durata delle misure di precauzione, ecc.
- g. Perdita di flessibilità nella scelta delle misure;
- h. La possibilità che le vittime hanno di costituirsi parti nel processo;
- i. L’istituzione dei tribunali centrali dei minori all’interno dell’Audiencia Nacional.

L’impostazione maggiormente repressiva è stata giustificata sulla base di un presunto aumento della criminalità e del tasso di recidività minorile che si è rivelato falso.¹⁸

In fatti, la sesta disposizione aggiuntiva della legge ha dichiarato che “valutata l’attuazione di questa legge organica (...), il governo dovrà promuovere delle misure ai fine di punire più severamente ed efficacemente i reati commessi dai minorenni che sono di una speciale gravità” (per esempio, omicidio, violenza sessuale, etc.).

18. In modo generale le statistiche riflettono una riduzione della criminalità dei minorenni. Vid. Fernández, E./Bartolomé, R./Rechea, C./Megías, A.: “Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España, in *Revista Española de Investigación Criminológica*, n° 7, pp. 18-19. Lo stesso preambolo della legge di modifica del 2006 indicava che “per fortuna, la criminalità violenta non è crescita, anche se i fatti hanno avuto a volte un forte impatto sociale”.

Tuttavia, nessuno studio è riuscito a dimostrare che le sanzioni più gravi (internamento) sono più efficaci rispetto a quelle alternative (p.e. trattamento in ambulatorio).

2. Fino al 2000 l'azione penale veniva esercitata dal giudice istruttore.

La legge del 2000 invece attribuisce al pubblico ministero¹⁹ l'esercizio dell'azione penale.

La legge infatti chiarisce che l'azione penale è esercitata dal pubblico ministero che assume la direzione delle indagini così da preservare l'imparzialità dell'organo giudicante.

Con la riforma di 2006 la azione penale può anche essere esercitata dalla vittima del reato. In questo caso si parla di accusa privata.

Quando la persona offesa dal reato è un minore o incapace, l'accusa particolare sarà esercitata dai suoi genitori, eredi o rappresentanti legali.

Questa novità introdotta dal legislatore del 2006 è stata molto criticata in quanto tale disposizione di fatto frustra il principio dell'interesse superiore del fanciullo.²⁰

D'altra parte, la persona lesa o danneggiata può esercitare l'azione civile sia davanti al giudice penale sia attraverso un procedimento civile parallelo.

Finalmente, gioca un ruolo significativo il cosiddetto gruppo o equipe tecnico.²²

Questo organo, che è composto da psicologi, assistenti sociali e educatori che appartengono organicamente al Ministero della Giustizia ha il compito di fornire consulenza al giudice e al pubblico ministero, attraverso la redazione obbligatoria di una relazione inerente la situazione psicologica, familiare e sociale del minore.

Il rapporto viene utilizzato per calibrare opportunamente le misure di intervento.

Per quanto concerne la competenza, conosce dei reati commessi dai minori degli anni diciotto il Giudice per i Minorenni che in genere a competenza territoriale a livello provinciale.

Solo per alcuni reati, particolarmente gravi, sono competenti i tribunali centrali di minori che fanno parte dell'*Audiencia Nacional*.

19. Vid, *latu sensu*, López-López, A.M.: La instrucción del ministerio fiscal en el procedimiento de menores, Comares, 2002.

20. Era lo stesso preambolo della legge quello indicava prima della riforma del 2003 che la mancanza di accusa privata nella procedura minorile era giustificata dal fatto che "en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor".

21. L'azione civile nella procedure minorile è stata modificata nel 2006. Prima della modifica, vid. De la Rosa Cortina, M.: "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores", in *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, I-2001; Font Serra, E./Garnica Martín, J.F.: *Responsabilidad civil del menor en la Ley de responsabilidad penal del menor*, Barcelona: Atelier, 2003. Dopo la modifica, vid. Martín Ríos, M.P.: *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: Una aproximación victimológica*, La Ley, 2007, pp. 137-154; Feijoo Sánchez, B.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la...*, op., cit., pp. 547-564.

22. Vid. Franco Yagüe, J.F.: "Los equipos técnicos en el procedimiento. La valoración del interés del menor", in *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, VI-2000; Olavarría Iglesia, M.T.: "La responsabilidad civil en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, L.O. 5/2000", in *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, VI-2000; *ibidem* "El procedimiento de Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero", in *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, VI-2000.

3. Le misure penali per i minori hanno sia natura punitiva che educativa.²³ Esse si dividono in: misure privative della libertà, misure privative d'altre diritti con finalità educativa e misure a carattere complementare.²⁴

Sono misure privative e limitative della libertà²⁵ le seguenti:

1) La misura dell'internamento in centri minorili.²⁶

La legge prevede tre tipi di internamento: in centro a regime aperto, semiaperto e chiuso.

Nei centri a regime semiaperto, al contrario, il minore potrà uscire solo se autorizzato dall'educatore ovvero dal direttore del centro.

2) La misura del collocamento presso un centro terapeutico (in regime aperto, semiaperto e chiuso) è strettamente legata allo stato psichico del minore, indipendentemente dal reato commesso.

Si applica di solito nei casi di tossicodipendenza e di minori con bisogni terapeutici; purtroppo va rilevato che non vi sono in Spagna centri specifici di questo tipo.

3) La misura del trattamento in ambulatorio legata allo stato psichico del minore si applica soprattutto nei casi di tossicodipendenza.

4) L'internamento di fine settimana obbliga il minore a rimanere in una struttura determinata dal giudice per un periodo massimo di 36 ore tra il venerdì e la domenica.

Le misure non privative della libertà con finalità educativa sono:

1) La libertà vigilata²⁷ che ha lo scopo principale di sottoporre a controllo giudiziale la condotta del minore attraverso la figura del delegato.

Questa misura può essere applicata da sola o congiuntamente a una misura d'internamento.

Nel primo caso essa risulta efficace soltanto se accompagnata da un piano educativo dettagliato che provveda al totale reinserimento sociale del minore.

Si tratta di una misura molto efficace e molto usata dai tribunali per i minorenni.

23. Landrove Díaz, G.: *Introducción al Derecho penal de menores*, 2003, Valencia: Tirant lo blanch, p. 60; Cano Paños, M.A.: *El futuro del Derecho penal juvenil europeo*, op., cit., p. 186.

24. Questo è il criterio usato dalla legge anche non esplicitamente. Vid. Feijoo Sánchez, B.: *Comentarios a la Ley Reguladora...*, op., cit., p. 136.

25. Vid. Mapelli Caffarena, B.: "Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad", in Navarro Guzmán, J.I./Ruíz Rodríguez, L.R. (coords.): *Menores, responsabilidad penal y atención psicosocial*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 201.

26. Su questa misura, dettagliatamente, vid. Cruz Márquez, B.: *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 25-112.

27. Bernuz Benítez, M.J./Fernández Molina, E./Pérez Jiménez, F.: "La Libertad Vigilada como medida individualizadora en la Justicia de Menores", in *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 6, Número 7, 2009; Cruz Márquez, B.: *La medida de internamiento y...*, op., cit., p. 115-139.

2) La prestazione di opera a beneficio della comunità²⁸ ha contenuto eminentemente educativo e si applica soprattutto nei casi di atti vandalici e di teppismo. L'applicazione di tale misura prevede il previo consenso del minore.

3) La misura del collocamento presso un centro diurno. Il minore frequenta un centro, individuato dal giudice, dove svolge le attività di istruzione e formazione.

Si applica considerando il suo orario scolastico o lavorativo.

I centri diurni sono quelli ricompresi nella rete dei servizi sociali delle comunità autonome.

4) La prestazione di attività socio-educative è una misura volta ai minori in stato di internamento o libertà vigilata per agevolare il loro reinserimento sociale.²⁹

5) L'ammonizione consiste in un rimprovero da parte del giudice ad osservare un comportamento adeguato alle norme morali e legali.

6) L'affidamento a persona o nucleo familiare si applica nei casi in cui sia necessario allontanare il minore dalla sua famiglia, dal suo quartiere e dal suo ambiente abituale.

Infine, sono misure non privative della libertà personale ma che possono essere applicate congiuntamente ad esse:

1) I provvedimenti che impongono il divieto di guidare ciclomotori o altri veicoli a motore che può comportare la perdita della patente ovvero pregiudicare il diritto ad ottenerla in futuro. Si applica quando l'infrazione sia stata commessa con un veicolo.

2) La misura del divieto di avvicinamento alla vittima o ai parenti della stessa.

4. In ossequio al principio dell'interesse superiore del fanciullo la legge stabilisce una serie di misure tali da consentire al giudice di operare una scelta ispirata a criteri di gradualità e proporzionalità della risposta sanzionatoria.

In ogni caso, il giudice applica la misura tenendo conto non soltanto del fatto commesso dal minore ma anche della personalità ed i bisogni che concretamente esprime.

Per tale motivo il pubblico ministero chiede al gruppo tecnico di redigere una relazione sulla situazione psicologica, educativa, familiare oltretutto del contesto sociale del minore, tutti elementi che possono aver contribuito alla commissione del fatto.

Quanto alla fase esecutiva delle misure, il controllo sull'esecuzione delle stesse spetta ai Tribunali per i minorenni.

28. Cruz Márquez, B.: *La medida de internamiento y...*, op., cit., p. 156-170.

29. *Ibidem*, pp. 140-155.

5. La legge prevede, inoltre, meccanismi di mediazione e riparazione.³⁰

La mediazione offre la “soddisfazione morale”, mentre la riparazione si riferisce alla realizzazione di attività in favore della vittima del reato ovvero, ove possibile, in favore della comunità.³¹

Il diritto minorile, infatti, consente la pronuncia di un provvedimento archivia-tivo, quando ci sia una riconciliazione tra il minore e la vittima, o il minore mostra l’impegno di riparare il danno causato o di adempire le attività educative specifiche proposte dal’equipe tecnico.

La legge attribuisce rilevanza ad un eventuale accordo transattivo, tra l’autore e la vittima del reato.

La legge, inoltre, prevede due diverse modalità mediative a seconda della fase del procedimento nella quale interviene l’accordo tra il minore e la vittima: nella fase delle indagini preliminari che si concluderà con l’archiviazione; nella fase esecutiva ed in tal caso l’accordo implica la sospensione o la sostituzione della misura imposta.

6. Se dovessimo valutare, nel complesso, la legislazione spagnola sulla respon-sabilità penale dei minori, potremmo affermare che, anche se l’intento del legislatore del 2000, era stato quello di introdurre una normativa con finalità rieducative, nel corso del tempo, per effetto di una serie di interventi “chirurgici”, dettati dall’emergenza, il sistema minorile ha assunto sempre più connotati di un sistema estremamente repressivo che avvicina il regime della responsabilità penale dei mino-renni a quello degli adulti.³²

Le recenti riforme hanno stimolato l’uso dell’internamento, peraltro ponendosi in contrasto con le linee guida internazionali³³, sulla base di dati non corretti.

Il legislatore spagnolo si è infatti orientato verso un sistema penale minorile maggiormente repressivo per dare risposte a fatti gravissimi ed attuali, ma comunque singoli e limitati, che non sono espressivi di un trend generale.

30. Vid., lato sensu, Cruz Márquez, B.: La medida de internamiento y sus alternativas..., op., cit., p. 171-204 e dalla stessa autora “La mediación en la Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, in Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, 7-14, 2005.

31. Torres Fernández, M^a.E.: “Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor”, in Actualidad Penal, n° 25, 2002; Sáez Valcárcel, R.: “La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización”, in Boletín de Información, Ministerio de Justicia e Interior, 2008, n° 2062, pp. 1757-1770; Noguerras, A.: “De la mediación y la reparación a la víctima la prevención”, in Revista de Educación Social, n° 15, 2012.

32. Vaello Esquedo, E.: “La incesante aproximación del Derecho penal de menores al derecho penal de adultos”, in Revista General de Derecho penal, n° 11, 2009; Polaino-Orts, M.: “Las reformas de la Ley del Menor (LO 8/2006)...”, op., cit.

33. Fernández Molina, E.: “El internamiento de menores...”, op., cit., p. 7 e 15; Cano Paños, M.A.: “Supresión, mantenimiento o reformulación del...”, op., cit., p. 5.

Senza dubbio, il problema principale della legge è l'attuazione delle misure in centri gestiti dalle Comunità Autonome e la possibilità di lasciare la loro gestione ad enti privati "non profit".

Il principale problema della delegazione è in molti casi l'assenza di dotazioni economiche necessarie.

Un esempio è la mancanza di infrastrutture adatte per l'attuazione di misure di internamento di fine settimana che, in molti casi, è soddisfatta nei centri per le misure di internamento a lungo termine e a regime chiuso.³⁴

E quel che è peggio è che le Comunità Autonome tendono ad investire le loro risorse principalmente sulla fornitura di centri di internamento e a dedicare sempre meno fondi per l'attuazione delle misure in centri a regime aperto,

In conclusione, è possibile affermare, senza neppure troppo esagerare, che, alla luce della vigente legislazione spagnola, il minore rischia da "accusato" di diventare un'ulteriore "vittima" del sistema.

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO
Associato di Diritto Penale
Instituto de Derecho penal europeo e internacional
Università de Castilla-La Mancha

34. Tuttavia, in generale, l'attuazione di misure dell'internamento a regime chiuso sembra giocare un ruolo minore in contrasto con l'attuazione delle misure dell'internamento a regime semi-aperto. In questo senso vid. Fernández Molina, E.: "El internamiento de menores...", op., cit., p. 10.

Difensori d'ufficio nei procedimenti civili minorili davanti al Tribunale per i minorenni

Come è noto la legge 149 del 2001, riconoscendo la natura contenziosa dei procedimenti civili minorili bilaterali¹ funzionali alla tutela giurisdizionale del diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia, aveva previsto che il procedimento di adottabilità deve svolgersi sin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti che, in mancanza di questi ultimi, abbiano rapporti significativi con lo stesso minore (artt. 8 comma 4 e 37 comma 3 l. cit.).

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 7281 del 2010 illustrò questa notevolissima novità soprattutto con riguardo alla posizione processuale del minore nel procedimento di adottabilità.

Il legislatore infatti non considerava più il minore come *oggetto della potestà dei genitori e/o del potere officioso del giudice di individuarne e tutelarne gli interessi preminenti, ma quale soggetto di diritto, perciò titolare di un ruolo sostanziale nonché di uno spazio processuale autonomo.*

Di qui la radicale trasformazione della sua posizione di semplice destinatario di una decisione presa nel suo interesse da altri, ed il riconoscimento del suo ruolo di parte necessaria - al pari dei genitori o dei parenti - in quanto titolare del rapporto sostanziale oggetto del processo, e protagonista insieme agli adulti della vicenda processuale in funzione del suo risultato definitivo e degli effetti diretti ed indiretti che ne derivano.

Quando si parla di diritti si parla necessariamente di difesa. La nostra Costituzione - come del resto tutte le leggi fondamentali dei paesi democratici dell'Occidente - non concepisce la tutela giurisdizionale dei diritti della persona o patrimoniali che siano, senza che sia assicurata la difesa, diritto inviolabile in ogni stato e grado del processo.

Di qui la specifica disciplina processuale dell'art. 8 integrata da quella di cui all'art. 10 comma 2 che prevede persino la nomina di un difensore di ufficio per i genitori e parenti che non l'abbiano nominato, previsione eccezionale quest'ultima evidentemente giustificata dalla portata delle decisioni che il giudice può adottare, che con la successiva adozione producono la cessazione dei rapporti del bambino adottato con la famiglia d'origine (art. 27 ultimo comma l. 184/1983).

1. Cfr. Corte cost. n. 1/2002

Per quanto riguarda la difesa dei diritti relazionali del minore va ricordato che, secondo le regole generali poste dall'art. 78 c.p.c., il bambino o l'adolescente, in quanto soggetto privo di capacità processuale, è rappresentato o assistito dai genitori o dal tutore.

Solo in mancanza di questi o in presenza di un conflitto d'interessi con il rappresentante si procede alla nomina di un curatore speciale.

Anche la Convenzione di Strasburgo *sull'esercizio dei diritti dei fanciulli* (ratificata con legge n. 77 del 2003) espressamente stabilisce agli articoli 4 e 9, che la nomina di un rappresentante del minore nel procedimento che lo riguarda possa essere chiesta ed effettuata, *quando la legge nazionale priva i detentori delle responsabilità di genitori della facoltà di rappresentarlo a causa di un conflitto d'interesse.*

Tale rappresentante *nei casi che lo richiedano* può essere un avvocato (art. 5 comma 1 lett. b) ed art. 9 comma 2).

Perciò l'eventuale coincidenza del rappresentante del minore con il suo difensore - nei casi opportuni - è considerata positivamente, anche se è certamente possibile che il rappresentante del minore non dotato della qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore, possa nominarne uno.

Comunque sia l'art. 86 c.p.c. prevede espressamente che la parte, o la persona che la rappresenta o assiste, se qualificata per svolgere il ruolo di difensore, *può stare in giudizio senza il ministero di altro difensore.*

Sono queste le ragioni per le quali non è prevista dalla legge la nomina di ufficio di un difensore del minore.

Infatti anche nel procedimento di adottabilità, in presenza di una specifica disposizione che stabilisce che *questo deve svolgersi sin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori*, sarà il rappresentante del minore prontamente nominato dal Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 10 comma 3 l. 149/2001 a provvedervi.

Nella prassi giudiziaria, che corrisponde alle ricordate previsioni della Convenzione di Strasburgo, di regola è nominato tutore provvisorio del minore un avvocato, che perciò è nelle condizioni di svolgere anche la difesa tecnica del suo assistito.

Solo così è assicurata la rappresentanza autonoma del minore nel processo e dunque il pieno rispetto del principio del contraddittorio (Cass. sent. n. 10228 del 2009).

Va infine ricordata la posizione del minore nei procedimenti *de potestate*. La legge 149/2001 all'art. 37 è meno drastica e si limita ad introdurre nell'art. 336 c.c. il quinto comma che stabilisce che *i genitori ed il minore sono assistiti dal difensore.*

Quando il minore sarà assistito? Forse sempre?

Va al riguardo ricordata la decisione con la quale le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno stabilito che il mancato ascolto del minore coinvolto in un procedimento civile riguardante anche i suoi diritti relazionali con i genitori - non sorretto

da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che può giustificare l'omissione - costituisce violazione del principio del contraddittorio (Cass. SS. UU. n. 22238 del 2009).

Dunque il diritto all'ascolto, riconosciuto al fanciullo ed all'adolescente dalla Convenzione di New York *sui diritti del fanciullo*, dalla ricordata Convenzione di Strasburgo e dalle nuove disposizioni di diritto interno, quali l'art. 155 *sexies* c.c. (attualmente 337 *octies*) e da quelle introdotte ultimamente dalla legge 219 del 2012, quali gli artt. 315**bis** e 336 comma 2 c.c., conduce al riconoscimento in via generale della posizione del minore nei processi che lo riguardano come parte.

Parte non necessaria perché solo il conflitto d'interesse con i genitori rende obbligatoria la sua autonoma rappresentanza in giudizio attraverso un curatore speciale (come previsto dall'art. 78 c.p.c.).

Comunque parte in senso sostanziale che ha diritto di essere ascoltata, perché portatore d'interessi distinti da quelli dei genitori.

Dai sintetici rilievi che precedono, emerge l'importanza dell'iniziativa assunta già da alcuni anni dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli.

L'elenco dei "*Difensori d'ufficio nei procedimenti civili minorili davanti al Tribunale per i minorenni*" innanzi tutto è il risultato di un corso di specializzazione in diritto di famiglia e delle persone, caratterizzato da obbligo di frequenza e da un elevato standard formativo.

Il successo del corso si è manifestato anche attraverso l'arricchimento della cultura del processo.

La giustizia minorile se n'è avvantaggiata, posto che solo la disponibilità di difensori effettivamente specializzati ad assumere anche difese di ufficio in procedimenti così delicati ed importanti per la gravità dei provvedimenti previsti dalla legge, consente di garantire l'inviolabilità dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, innanzi tutto del minore.

Quest'ultimo peraltro potrà esercitare i suoi distinti diritti processuali solo se sostenuto, assistito e rappresentato dal tutore provvisorio - difensore nominato dal Tribunale in caso di conflitto d'interesse con i genitori.

S'intende bene, dunque la particolarissima specializzazione richiesta in questi casi, la necessità di esperienza e preparazione, di effettiva disponibilità umana consolidata sul campo.

Ultimamente l'Ordine napoletano in virtù delle sue competenze distrettuali ha esteso l'accesso all'albo anche agli avvocati appartenenti agli altri Ordini distrettuali.

Si è trattato di una delicata iniziativa, sollecitata anche da questo Tribunale, per assicurare a tutti i cittadini, anche residenti nelle provincie più distanti dalla sede giudiziaria, il diritto all'accesso alla giustizia.

Questo evidentemente si realizza anche attraverso la facilitazione del diritto di difesa, posto che l'art. 6 della CEDU riconosce che *ogni persona ... ha diritto ... di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa.*

Sono sicuro che la cultura processuale della giustizia minorile sarà ulteriormente arricchita dall'apporto di nuovi difensori iscritti nell'albo.

GUSTAVO SERGIO
Presidente del Tribunale per i Minorenni
di Napoli

Il nuovo metodo di abbinamento coppia-bambino, nell'adozione nazionale presso il Tribunale per i Minorenni di Trieste

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il nuovo metodo; 3. Il modello di informativa

1. Come è noto la legge (art. 22, co. 6, l. n. 184/1983, come sost. da art. 19 l.n. 149/2001) attribuisce al TM il compito di scegliere tra le coppie che hanno presentato domanda di adozione nazionale, quella maggiormente in grado di rispondere alle esigenze del minore abbandonato. E' la cosiddetta fase di abbinamento.

La legge non specifica con quale procedura decisionale il Tribunale debba pervenire a tale scelta. La norma impone soltanto che si segua il metodo comparativo (scegliere la coppia maggiormente in grado ecc...), sicché nei vari TM italiani si sono sviluppate prassi più o meno diverse.

Presso questo Tribunale sono sempre mediamente pendenti dalle cinquecento alle ottocento domande (dichiarazioni di disponibilità) di adozione nazionale, a fronte di un numero ridotto di minori (circa una ventina all'anno) che si vengono a trovare in condizioni di adottabilità.

Nei decenni anteriori al 2011, presso il Tribunale per i minorenni di Trieste era invalsa la prassi di procedere alla scelta della coppia cui destinare un certo minore in stato di abbandono, nel contesto di riunioni mensili, dette interoperative, perché si svolgevano tra il personale dei vari consultori familiari della Regione FVG deputato a curare le pratiche adottive (in primis le indagini e le relazioni sulle famiglie aspiranti) e il Presidente del TM o un Giudice da lui delegato. Costui, una volta che la coppia prescelta era stata debitamente informata di tutto a cura del personale dei consultori, riferiva al Collegio in camera di consiglio, per la disamina e la decisione formale sulla scelta così compiuta in sede di riunione interoperativa (sostanzialmente una ratifica).

Il suddetto metodo, peraltro molto datato, presentava però tre evidenti inadeguatezze:

- da un lato non garantiva la necessaria completezza di comparazione tra tutte le 650 domande di adozione mediamente pendenti e valide (cioè non decadute per ultra triennialità ex art. 22 cit. co. I);
- dall'altro non consentiva di fornire alcuna utile risposta alle coppie aspiranti che si avvalevano del loro diritto ad ottenere medio tempore dalla cancelleria "notizie sullo stato del procedimento" (art. 22, cit, co. II);

- infine faceva sì che nessuna relazione informativa sugli aspiranti adottanti venisse letta in tempo reale (cioè all'atto del suo arrivo). Infatti, in mancanza di una esigenza di comparazione che sarebbe sorta soltanto successivamente, cioè allorché si fosse presentato un bambino in stato di abbandono da destinare all'adozione, si sarebbe trattato di lettura improduttiva di effetti. Inoltre, una volta al cospetto di un minore adottabile, la lettura comparativa di tutte le relazioni si sarebbe rivelata impresa titanica e incompatibile con i tempi del minore, ormai pronto per essere inserito al più presto nella sua nuova famiglia.

Pertanto, il Tribunale per i minorenni di Trieste ha radicalmente modificato il proprio metodo di lavoro, in modo tale da cercare di risolvere tutte e tre le sopra evidenziate impasse.

E' stato congegnato il seguente sistema che, essendo ormai operativo da quasi due anni, possiamo dire aver dato ottima prova di sé, al punto da spingerci alla presente divulgazione, a scopo di confronto e di ulteriore affinamento.

2. L'omogeneizzazione delle relazioni sugli elementi conoscitivi.

E' essenziale che le relazioni conclusive delle indagini di cui al cit. art. 22, co 3 e 4, siano compiute e stilate dai professionisti dei consultori (spesso diversi tra loro per scuola, formazione e prassi operative) secondo omogeneità di contenuti tematici. Solo tale omogeneità potrà garantire l'identità degli argomenti di valutazione (detti campi di valutazione) tra tutte le coppie aspiranti.

Inoltre, porterà gli operatori consultoriali ad affinare la giusta sintesi evitando di produrre al Tribunale relazioni ridondanti (cioè su argomenti non rilevanti al fine del decidere), o insufficienti (cioè prive di menzioni su argomenti indispensabili allo stesso fine), o ripetitive, o disordinate.

Il sistema a sette punti.

Per ottenere tale omogeneizzazione è stato ideato uno schema a sette punti (o sette campi di valutazione), comprendenti sia le tematiche di legge (art. 22, co. 4, cit.) che le ulteriori specifiche che l'esperienza decisoria e la nostra specializzazione ci ha portato ad individuare quali argomenti qualificanti e fondanti i discrimini decisorii di una futura delicatissima valutazione comparativa, nel primario interesse del minore da abbinare.

Ecco il sistema a sette punti:

CATEGORIE DI RATING (campi di valutazione) PER L'ABBINAMENTO NELL'ADOZIONE NAZIONALE:

1) elementi della storia individuale e di coppia purché rilevanti nella prospettiva adottiva;

RATING MASSIMO: 10

2) situazione degli ascendenti, degli aspiranti e dei loro collaterali (fratelli e sorelle) purché rilevanti nella prospettiva adottiva (ad es. disponibilità o meno della famiglia allargata a prestare utile supporto);

RATING MASSIMO: 6

3) capacità di ciascun componente della coppia di rappresentazione spontanea delle possibili criticità in relazione alla prospettiva adottiva;

RATING MASSIMO: 10

4) recettività delle criticità rappresentate dagli operatori come tipiche e ricorrenti nell'adozione di un minore con probabili vissuti di deprivazione abbandonica e istituzionalizzazione ed eventualmente di disabilità o handicap, nell'intera prospettiva del tempo della sua crescita (prima e seconda infanzia, adolescenza);

RATING MASSIMO: 6

5) modalità preconizzate di svolgimento del ruolo genitoriale che ciascuno degli aspiranti genitori intende svolgere (divisione o meno di compiti; collaborazione o meno al ruolo genitoriale dell'altro; modalità immaginate o programmate di un tanto);

RATING MASSIMO: 10

6) profilo psicologico e sociale, individuale e di coppia, con particolare riguardo alle capacità di approccio e/o riparative della coppia rispetto ai vissuti abbandonici del minore;

RATING MASSIMO: 20

7) evidenziazione di ogni particolarità o singolarità rilevante nella prospettiva adottiva (es. disponibilità all'affidamento a rischio giuridico; preclusioni o meno all'handicap; preclusioni o meno verso fratricide, ecc.)

RATING MASSIMO: 10

Come si vede il range valutativo di ogni area differisce a seconda del peso specifico che il Tribunale gli ha assegnato.

Tale schema è stato diffuso a tutti i servizi consultoriali del territorio.

I termini di invio della relazione

Ove i termini di legge di invio della relazione di cui all'art. 22, co. 4, cit. non dovessero venir rispettati, il Tribunale, per giustificati motivi, potrà provvedere a prorogarli, informando la coppia richiedente.

Ove la relazione non contenga la trattazione di uno o più dei campi di valutazione il servizio mittente viene sollecitato all'integrazione, sempre con informazione alla coppia richiedente.

Il rating

Una volta avuta la relazione conforme allo schema, ciascuna coppia viene quotata per campi di valutazione, dal giudice onorario o dalla commissione plenaria (giudici onorari e togati), secondo le regole di cui al punto che segue.

Ovviamente tale quotazione è esclusivo compito dei giudici del Tribunale e mai dei servizi consultoriali.

Il metodo oggettivante

Per escludere la soggettività del valutatore (anche i giudici onorari hanno professionalità, scuola e formazione spesso diverse), si è proceduto ad applicare il seguente metodo auto-correttivo: il primo centinaio delle relazioni "giacenti" (quelle pervenute in passato), sono state esaminate in una serie di riunioni plenarie tra giudici onorari e togati e quotate con discussione di ciascun campo di valutazione e delle quotazioni "fuori gamma" (cioè lontane dalla media espressa dagli altri giudici).

In questo modo ciascun giudice ha potuto ricevere e trasmettere ogni elemento utile a formare un criterio valutativo comune per ogni campo di valutazione.

Raggiunto il risultato dell'omogeneità di giudizio valutativo tra tutti i singoli giudici, il resto delle relazioni "giacenti" è stato equamente diviso tra tutti i 21 giudici onorari, per procedere speditamente, in modo individuale, al rating di ciascuna coppia.

Con salvezza del metodo collegiale auto-correttivo per la valutazione dei casi che il singolo abbia considerato dubbi su uno o più campi di valutazione, attraverso la remissione alla plenaria, che si tiene a cadenza mensile.

Esaurito ormai da tempo l'arretrato delle relazioni "giacenti", le nuove relazioni sulle nuove domande (o su quelle rinnovate dopo i tre anni di validità), vengono distribuite tabellarmente tra i giudici onorari, che le quotano individualmente, o collegialmente, secondo l'alternativa sopra descritta.

Il data-base

Ogni quotazione viene riportata su apposito data-base come da esempio:

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O	P	Q	R	S	T	U	V
n. proc.	data domanda	data rinnovo più recente	luogo di residenza della coppia	lui	nato il	età a oggi	lei	nata il	età a oggi	1) max 10 pt	2) max 5 pt	3) max 10 pt	4) max 6 pt	5) max 10 pt	6) max 20 pt	7) max 10 pt	rating totale	notizie	chi	prov	reg
KY/2010	08/07/2010	26/06/2013	Trieste	Rossi Mario	25/12/65	47	Verdi Maria	25/11/66	46	8,0	5,0	7,0	4,0	8,0	17,0	7,0	56,0		gm	UD	FVC

Modalità preconizzate di svolgimento del ruolo genitoriale che ciascuno degli aspiranti genitori intende svolgere (divisione compiti, collaborazione al ruolo genitoriale dell'altro; modalità immaginate o programmate)

Giudice onorario 1: 2012: selezionati per possibile abbinamento, confermano in udienza la disponibilità; il Collegio sceglie un'altra coppia della rosa presentata. Rimangono disponibili anche per minori fino a 10 anni.
Giudice onorario 2: 2013: selezionati per possibile abbinamento bambino 7 anni alto rischio giuridico confermano disponibilità; il Collegio sceglie la coppia per l'abbinamento con v/13 MA.

Come si vede vi è sempre lo spazio per articolare qualche notazione scritta esplicativa o evidenziante, ulteriore rispetto al mero punteggio numerico.

Il sistema è aperto ad integrazioni successive e stratificate, se sopravvengono.

Le coppie fuori sede sono incluse nel data-base, seppur evidenziabili.

L'informativa alle coppie.

Ogni coppia riceve informazione del deposito della sua relazione direttamente dal consultorio redigente e può ottenerne copia.

Ogni coppia viene informata dei tempi entro i quali verrà quotata dal tribunale, in base alla relazione pervenuta (normalmente una trentina di giorni).

A richiesta ogni coppia viene informata per iscritto della sua posizione generale nel novero dei richiedenti, con l'avvertenza che non si tratta di una "graduatoria", ma di un dato indicativo suscettibile delle oscillazioni che, nell'informativa scritta sono chiaramente indicate.

Un tanto, oltre che costituire un preciso dovere del tribunale di attuazione della norma di cui all'art. 22, co. 2 cit, ove ad esso si voglia dare un qualche significato sostanziale, consente alla coppia di acquisire un dato orientativo essenziale per le sue scelte esistenziali fondamentali: perseverare nel suo obiettivo adottivo nazionale, piuttosto che orientarsi verso un'adozione internazionale, o verso l'intrapresa (o la ripresa) di cure mediche per la fertilità, o di pratiche mediche per l'impianto di embrione, o per concedere la disponibilità ad accogliere minori in affidamento familiare o, infine, per rinunciare tout court ad ogni loro programma adottivo, o di filiazione naturale, o di affidamento (com'è pur sempre legittimo fare).

Insomma, considerato un rapporto di 500/800 (coppie) a 20 (bambini, circa) all'anno, se una coppia saprà di aver ottenuto un rating che la posiziona poniamo 35esima tra le coppie valutate, probabilmente avrà un elemento altrettanto orientativo di quella che saprà di aver ottenuto un rating che la posiziona poniamo 752esima.

Nemmeno trascurabile sarà anche l'effetto deflattivo sulle centinaia di domande di rinnovo che, altrimenti, come accadeva nel deserto informativo precedente, venivano indefettibilmente ripresentate ogni tre anni, con enorme (quanto vano) aggravio del lavoro (ri) valutativo e di relazione dei servizi consultoriali.

Ecco il modello di informativa:



TRIBUNALE PER I MINORENNI DI TRIESTE

Cancelleria Civile-Ufficio Adozione

Via Coroneo 20, 34100 Trieste

tel... fax...mail...

Dando seguito alla Loro richiesta di informazioni, si comunica, ai sensi dell'art. 22, co.2 , legge n. 184/1983, come sostituito dall'art 19, legge n. 149/2001, che la Loro dichiarazione di disponibilità per l'adozione nazionale (iscritta al numero _____R.Gg. ADN), è stata quotata dal Tribunale.

Si trova attualmente posizionata al numero _____ di graduatoria, su di un totale di numero _____ domande, attualmente pendenti presso questo tribunale.

Si informa che detto risultato è fin d'ora suscettibile di eventuale automatico riposizionamento man mano che chi si trovi in posizione più avanzata consegua l'obiettivo dell'adozione (anche presso altri Tribunali), oppure venga a revocare la sua domanda, oppure che domande sopravvenienti trovino una quotazione di idoneità superiore.

Ulteriori, anche sensibili, riposizionamenti possono normalmente verificarsi in dipendenza dalla dislocazione territoriale della coppia in relazione alle necessità e alle caratteristiche del minore da abbinare.

Si informa, infine, che la quantità media di minori abbandonati e dichiarati tali da questo Tribunale per i minorenni, ammonta a circa una ventina all'anno.

Distinti saluti.

Trieste, _

l'addetto di cancelleria, sig.

-firma-

La formazione della rosa.

Il data-base consente ora, ogniqualvolta un bambino si renda disponibile all'adozione, di formare immediatamente una rosa ristretta di "papabili", cominciando dalle coppie dotate di valutazioni più alte.

Lo studio approfondito delle relazioni sugli inclusi nella rosa.

Le relazioni consultoriali sulle coppie incluse nella rosa vengono allora riesaminate comparativamente tra loro alla luce delle caratteristiche individuali del minore da abbinare. Ove nessuna di loro risultasse compatibile, si passerà alla formazione di un'altra rosa ristretta e così via.

I colloqui conoscitivi e informativi.

Selezionate due o tre coppie, un giudice verrà delegato a contattarle e a incontrarne una alla volta, per informarsi ed informare circa la possibilità di abbinamento.

L'abbinamento finale

L'esito, verbalizzato, di tali incontri verrà portato e relazionato alla camera di consiglio per l'effettiva scelta di abbinamento da parte del Tribunale.

PAOLO SCEUSA

Presidente del Tribunale per i Minorenni di Trieste

Le misure cautelari per i minorenni

SOMMARIO: 1. La tassatività delle misure cautelari; 2. Condizioni per l'applicabilità; 3. Finalità educativa ovvero processuale delle misure cautelari; 4. Le misure cautelari previste per i maggiorenni che non trovano applicazione nel diritto minorile; 5. Criteri di scelta nella irrogazione delle misure cautelari; 6. L'intervento dei Servizi Minorili; le attività di sostegno e di controllo; 7. Determinazione della pena agli effetti della applicazione delle misure; 8. Il procedimento: l'adozione della misura, la sua esecuzione e le vicende modificative ed estintive; 9. Trasgressione delle prescrizioni e delle regole imposte con la emissione di provvedimenti cautelari; 10. Art. 20: La misura cautelare delle Prescrizioni; 11. Art. 21: Permanenza in casa; 12. Art. 22 – Il Collocamento in Comunità; 13. Art. 23 – La Custodia Cautelare in I.P.M.

1. Le misure cautelari applicabili ai minori sono tassativamente individuate dal legislatore nelle prescrizioni, nella permanenza in casa, nel collocamento in Comunità ed, infine, nella custodia cautelare presso un Istituto Penale Minorile.

La previsione di misure cautelari così differenziate rispetto a quelle per i maggiorenni, non esclude però l'operatività, anche per i minorenni, del complesso sistema di garanzie predisposto per la tutela dell'indagato adulto, in quanto la posizione del minore non può in alcun modo essere differenziata in peius o resa deteriore nel procedimento rispetto a quella corrispondente dell'adulto.¹

A tal proposito va quindi chiarito che le indubbie ed incisive particolarità delle misure cautelari minorili, non integrano un sistema chiuso, ma, piuttosto, un insieme di deroghe alla disciplina del processo ordinario² poiché, per quanto non espressamente previsto, trovano applicazione le norme del codice di procedura penale in base al principio di sussidiarietà.

Le misure cautelari minorili possono distinguersi in due gruppi; misure a carattere obbligatorio (prescrizioni, permanenza in casa e collocamento in Comunità) e misure coercitive (custodia in carcere).³

Con le prime, ossia con le misure a carattere obbligatorio (prescrizioni, permanenza in casa e collocamento in Comunità) il legislatore si fa preminentemente carico di prescrivere il contenuto di ogni singola misura consistente in un obbligo di collaborazione per il minore destinatario della misura e che dovrà realizzarsi attraverso attività di studio o di lavoro o di altre attività utili per la sua educazione (vedi oltre art. 20, I° comma, art. 21, II° comma e art. 22, I° comma).

1. G. FUMU IN G. FUMU, 1991, 68 ed anche G. LA GRECA, Doc. Giust. 88, 165.

2. Cassazione, Sezioni Unite, del 25.10.1995, De Tommasi, in A. n. proc. pen. 95, 992

3. LINA SARACENI, in GIOSTRA, op. cit., pag. 189;

Quindi possiamo subito dire che, fatta eccezione per la più grave ed afflittiva misura della custodia in I.P.M., diversamente da quanto avviene per le misure cautelari previste per i maggiorenni e che richiedono sempre comportamenti negativi o passivi (divieto di espatrio, obbligo di dimora, obbligo di presentazione alla polizia Giudiziaria), nell'ambito minorile, la tutela delle esigenze cautelari e la prevenzione di eventuali ulteriori comportamenti criminali, possono anche essere assicurate, secondo il prudente apprezzamento del Giudice, attraverso la sollecitazione del minore indagato ed in *vinculis ad* adempiere alle obbligazioni derivanti dalle prescrizioni o dalle regole imposte con la permanenza in casa ovvero, ancora, dai progetti e dai percorsi educativi stilati dalla Comunità.

Obbligazioni dalle quali, nell'intenzione del legislatore, dovrebbero sorgere, nel minore, nel tempo, adesioni e stimoli verso nuovi impegni personali e sociali supportate, ovviamente, da idonee attività di sostegno, anche psicologico, da parte di operatori specializzati.⁴

Tutto questo non nasce dal caso; la legislazione italiana, nell'adeguarsi alle c.d. Regole di Pechino ed alla Convenzione di New York, ha accettato il principio secondo il quale la privazione della libertà di un minore deve costituire un provvedimento di ultima risorsa ed avere la durata più breve possibile mentre deve essere accordata preferenza, compatibilmente con il caso concreto, a quelle misure che favoriscono l'inserimento sociale sia a livello di formazione scolastica e professionale, sia nella proficua utilizzazione del tempo libero.

2. Il presupposto per l'applicazione delle misure cautelari ai minori è la sussistenza delle condizioni previste dalla intera disciplina del diritto minorile e, più in particolare, dall'art. 19 DPR 448/88 e cioè la ricorrenza, in sintonia con l'art. 273 c.p.p., delle seguenti condizioni:

1. sussistenza della imputabilità di cui all'art. 98 c.p.; deriva dall'intero impianto del diritto minorile l'ovvia circostanza per la quale non è possibile applicare una misura cautelare nei confronti di minore non imputabile (perché infraquattordicenne o immaturo o affetto da deficit mentali) poiché, in caso contrario, oltre a violare la legge, si verificherebbe una ingiustificata disparità di trattamento con il minore imputabile ed al quale non viene applicata una misura cautelare solo in quanto si prevede che la sua posizione possa definirsi con un perdono giudiziale.

4. P. DUSI, Quad. CSM 89, f. 28, 503.

2. Sussistenza di gravi indizi di colpevolezza; come si nota subito, la qualificazione degli indizi è completamente diversa da quella prevista dalla legge per pronunciare una sentenza di condanna poiché, in questo ultimo caso, si richiede che gli indizi siano “gravi, precisi e concordanti” (art. 192, II° comma c.p.p.)

Ciò significa che, per la fase cautelare dove il PM non ha ancora definito le indagini e non può ancora, il suo impianto accusatorio, contenere prove definitive o indizi precisi e concordanti, sono sufficienti degli indizi gravi di colpevolezza.

In ciò non vi è nessuna differenza con la disciplina prevista dalla legge per i maggiorenni.

3. Sussistenza di almeno uno dei due elementi di cui all’art. 274 lettere a) e c) c.p.p. ossia il pericolo di inquinamento delle prove ovvero il pericolo della reiterazione della condotta criminosa.

Difatti la Corte Costituzionale, con sentenza nr. 359 del 26.07.2000 ha eliminato il pericolo di fuga (art. 274 lett. B) dal novero delle esigenze cautelari poste a base della custodia cautelare in carcere per il minorenni, dichiarando l’ illegittimità costituzionale dell’ art. 23, lett. b, D.P.R. 448/88 per eccesso di delega.

D’altra parte la possibilità di una vera fuga (con conseguente lunga latitanza) è, per il minore, sicuramente limitata, “ in primo luogo perché lo stesso non dispone dei larghi mezzi economici necessari per sostenere uno stato di latitanza, sia perché, psicologicamente, più fragile, soffrendo maggiormente il distacco dai genitori, dagli affetti familiari e dalla cerchia degli amici”.⁵

4. Assenza di cause di giustificazione o di condizioni di non punibilità o di estinzione del reato o della pena.

3. L’art. 19, II° comma, DPR 448/88 afferma che il giudice, nel disporre delle misure cautelari, deve tener conto non solo dei criteri fissati dalla legge (art. 274-275 c.p.p.) per i maggiorenni ma, anche, dell’esigenza di non interrompere i processi educativi in atto.

Del resto lo stesso art. 1, I° comma, secondo periodo, del citato DPR lega la applicabilità al minore delle norme del codice di procedura penale alla compatibilità di queste ultime con le esigenze educative del minorenni.

L’art. 20, I° comma, del citato DPR (vedi oltre) prevede che il giudice può impartire al minore specifiche prescrizioni inerenti alle attività di studio ovvero ad altre attività utili per la sua educazione.

5. M.COVELLI, *Manuale di legislazione penale minorile*, Napoli, 2006.

L'art. 21 , II° comma, del DPR (vedi oltre) prevede che il giudice può consentire al minorenne di allontanarsi dall'abitazione in relazione alle esigenze inerenti alle attività di studio ovvero ad altre attività utili per la sua educazione.

La medesima disposizione è prevista anche per la misura cautelare del collocamento in comunità di cui all'art. 22 del citato DPR.

Questa messa di disposizioni, tutte volte a salvaguardare le finalità educative del minore pur sottoposto a misure cautelari ha spinto una autorevole parte della dottrina⁶ a ritenere che il giudice minorile, nell'adozione delle misure cautelari, deve ritenersi teleologicamente vincolato non soltanto dalle esigenze processuali ma anche, e soprattutto, dalle esigenze educative del minore; forzando un po' questo concetto, parte della giurisprudenza di merito, ha ritenuto pienamente legittima la misura cautelare disposta anche solo per esigenze educative e, quindi, anche in assenza delle esigenze processuali previste dall'art. 274 cpp.

Questo orientamento è stato rigettato dalla Corte Costituzionale la quale, con sentenza nr. 4 del 1992 ebbe ad affermare che l'art. 19 del DPR 448/88, pur stabilendo che l'applicazione delle misure cautelari non può interrompere il processo educativo in atto (attività di studio o di lavoro), non attribuisce affatto funzione educativa alle misure cautelari.

In particolare la Corte Costituzionale evidenziò che “le misure cautelari, pur se peculiari quanto a caratteristiche e modalità attuative, mantengono inalterata la loro esclusiva funzione cautelare, restando, quindi, del tutto estranea al tema la possibilità di un loro impiego con finalità di sostegno per i minorenni, che l'ordinamento ha espressamente riservato all'intervento di specifici organi amministrativi.

Paradossalmente il “vantaggio” di far assumere alle misure cautelari una funzione educativa o, meglio, rieducativa finirebbe per porsi in palese contrasto con la Costituzione, risultando, per questa via, vulnerato il principio di presunzione di non colpevolezza, che, certo, non ammette graduazioni di sorta in funzione della maggiore o minore età degli imputati”.

In ogni caso la finalità educativa della misura cautelare deve ritenersi priva di ogni fondamento anche perché la fissazione di termini massimi di durata delle singole misure (art. 20, II° comma; art. 21, IV° comma; art. 22 III° comma DPR 448/88) sarebbe del tutto inutile se i provvedimenti cautelari avessero finalità educativa.⁷

Infine va ricordato che il mancato rispetto degli obblighi derivanti dalla misura cautelare applicata determina (seppur, come vedremo, non in maniera del tutto automatica) il passaggio alla misura cautelare più affittiva, secondo un meccanismo a scalare incompatibile in un sistema educativo.⁸

6. CUTRONA, “La custodia in carcere e le misure cautelari nel DPR 448/88” in Esperienze di giustizia minorile, pag. 112, nr 3, 1988

7. MORO, op. cit., pag. 451; DUSI, Le misure cautelari in Quaderni del C.S.M. nr. 28/89 pag. 500.

8. COVELLI, op. cit., pag. 142.

4. Non sono applicabili ai minori le misure interdittive previste per i maggiorenni dagli art. 281 (divieto di espatrio), 282 (obbligo di presentazione alla Polizia Giudiziaria) e 283 c.p.p. (obbligo di divieto o di dimora).

In particolare la Corte di Cassazione ha stabilito che la misura dell'obbligo di presentazione periodica ad un Ufficio di polizia giudiziaria, prevista dall'art. 282 cpp, non è applicabile agli imputati minorenni, data la tassatività delle misure che possono essere adottate nei confronti di questi ultimi.⁹

Tuttavia è, a questo punto, necessario ricordare che l'obbligo di presentazione per la firma davanti alla polizia giudiziaria ad orari prestabiliti, benché escluso dal novero delle misure cautelari applicabili ai minorenni per quanto sino ad ora detto, viene, viceversa, ammesso per i minori come misura di prevenzione contro la violenza nelle manifestazioni sportive.

La Corte di Cassazione ha, infatti, così argomentato: “Poiché la prescrizione di presentarsi all' Ufficio o Comando di Polizia in corrispondenza delle manifestazioni sportive, prevista dall'art. 6 della legge nr. 401 del 1989, non è assimilabile ad una misura cautelare bensì ad una misura di prevenzione atipica, essa non soffre, nei confronti dei minorenni, le eccezioni alla generale applicazione delle misure cautelari previste dall'art. 19 DPR 448/88.”¹⁰

Infine, dobbiamo ricordare che nei confronti degli indagati maggiorenni sono applicabili non solo le misure cautelari personali ma anche quelle reali come il sequestro conservativo e quello preventivo.

Secondo parte della dottrina¹¹ ed una larga parte della giurisprudenza le misure cautelari reali non sono applicabili ai minorenni anche perché gli stessi, proprio per l'età minore, non possono definirsi proprietari di alcunché e sono solo possessori o detentori di beni a loro forniti dai genitori che ne rimangono proprietari.

Tuttavia si deve segnalare che una autorevole parte della dottrina¹² ritiene che con le misure cautelari reali si è fuori dal principio di stretta tassatività delle misure cautelari per i minori sancito dall'art. 19 DPR 448/88 e torna ad operare il rinvio alle disposizioni del codice di procedura penale contenuto nell'art. 1, comma I° del medesimo DPR.

Per tali autori, quindi, nulla, in effetti, sembrerebbe impedire la possibilità di adottare nei procedimenti a carico dei minorenni il sequestro conservativo o quello preventivo, sia pur da applicare nel rispetto delle peculiarità psicologiche, evolutive ed educative del minore.

9. Cass. Pen. Sez. II°, 17 aprile 1990

10. Cass. Pen, Sez. I°, 15 giugno 1999 nr. 3216.

11. S. DI NUOVO - G. GRASSO, 2005, 419 s.

12. DOSI in P. PAZÈ, 1989, 135; S. GIAMBRUNO, 2003, 76 ; A. PRESUTTI in E. PALERMO FABRIS, 2002, 391;

5. Il II° comma dell'art. 19 DPR 448/88 fissa i criteri che debbono orientare il giudice al momento di decidere quale misura adottare.

La norma richiama espressamente l'art. 275 c.p.p. fatta eccezione per il terzo comma, secondo periodo (con tale esclusione si ribadisce con forza la facoltatività della applicazione di misure cautelari nei confronti dei minori come principio cardine nel diritto minorile con conseguente inapplicabilità ai minori del principio di obbligatorietà della custodia in carcere per le ipotesi di reati di criminalità organizzata) ma aggiunge, come abbiamo visto prima, un criterio ulteriore: nel disporre la misura il giudice deve tener conto anche della esigenza di non interrompere i processi educativi in atto.¹³

Si è già visto che questo non significa affatto trasformare le misure cautelari da misure processuali a misure rieducative; ora dobbiamo vedere in cosa consiste, nella pratica, l'applicazione di questo criterio ulteriore.

Innanzitutto va precisato che, affinché assumano rilevanza in un processo penale, i processi educativi (che, in ipotesi non andrebbero interrotti da una misura cautelare). debbono consistere in situazioni evolutive consolidate¹⁴ e non occasionali che contribuiscano a formare la personalità del minore, a costruire l'autostima, favorendo l'integrazione sociale, rafforzando il senso dei valori.¹⁵

In buona sostanza non si terrà di certo conto di una attività lavorativa saltuaria, più volte interrotta e per nulla formativa né di una frequenza scolastica con numerose assenze e basso profitto mentre assumeranno valore quelle esperienze culturali, scolastiche, lavorative, di apprendistato ed anche sportive condotte con costanza e profitto e dove, quindi, sia innegabile che ci si trovi alla presenza di un prezioso strumento pedagogico la cui dispersione deve essere possibilmente evitata.¹⁶

Queste disposizioni sembrerebbero mettere il giudice in grave imbarazzo ogni qual volta debba, con una sorta di bilancino, soppesare la plusvalenza ovvero la minusvalenza del valore della difesa sociale dalla criminalità rispetto al valore della difesa dei percorsi educativi in atto di chi ha infranto la legge; nella prassi, tuttavia, è difficile, in realtà, ipotizzare situazioni nelle quali nessuna misura cautelare consenta di salvaguardare, ad un tempo, sia le esigenze prettamente processuali sia i processi educativi in atto e ciò grazie alla variegata tipologia di cautele cui il giudice può attingere con le prescrizioni o con il collocamento in comunità, caratterizzate da un contenuto coercitivo certamente diverso ma, in entrambi i casi, da una ampia potenzialità educativa.

13. cfr. sul punto M. BOUCHARD 1995, 146; L. CARACENI 2000, 1.027; G. LOZZI, 2006, 858 ; L. PEPINO in M. CHIAVARIO, 1994, 219 ss; in giurisprudenza vedi Cassazione penale, I° sez. , 17/03/95, Caporuscio, n. Proc. Pen. 95, 1068

14. L. SARACENI, in GIOSTRA, op. cit. pag. 195

15. F. PALOMBA, 2002, 298 s.

16. S. DI NUOVO – G. GRASSO , op. cit. , 2005, 438

Gli altri criteri sono quelli già previsti per le misure cautelari nei confronti dei maggiorenni; il rinvio all'art. 275 c.p.p. determina, infatti, l'operatività dei principi di adeguatezza (alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto), di proporzionalità (rispetto alla gravità del fatto ed alla pena che si ritiene possa essere irrogata) e di gradualità (alla custodia in carcere, *rectius*, in I.P.M. , si può ricorrere solo quando ogni altra misura meno restrittiva appaia inadeguata).

6. Disposta la misura cautelare il giudice affida l'imputato ai Servizi Minorili dell'amministrazione della giustizia, individuati nei Servizi Sociali facenti parte dei centri per la giustizia minorile di cui all'art. 8 comma I°, lett. a disp. attuaz. affinché gli stessi svolgano, in collaborazione con i servizi di assistenza istituiti dagli Enti Locali, attività di sostegno e controllo.¹⁷

La scelta di una presenza costante degli operatori sociali accanto al minore in *vinculis* ha sicuramente maggiore rilevanza per le misure a carattere obbligatorio (da art. 20 a 22 DPR 448/88) dovendosi considerare la custodia in I.P.M. una misura tradizionale, marginale e residuale.

Il concetto di affidamento, che qualifica il coinvolgimento dei Servizi Sociali, va inteso nella sua duplice accezione rieducativa e penitenziaria, quale intervento continuativo volto a vigilare sulla condotta del minore e ad aiutarlo a superare le difficoltà di reinserimento sociale.

Il "sostegno" si sostanzia sia nell'aiuto psicologico da offrire al minore che, sottoposto ad una misura restrittiva della propria libertà personale, certamente vive questo periodo con disagio, paura ed insofferenza, sia nell'attenzione riservata alla elaborazione dei programmi che possono essere attuati e seguiti dal minore che, comunque, deve essere aiutato ad ottemperarvi.

Il "controllo" consiste invece nella verifica costante dell'adeguatezza dei programmi come sopra citati alla reale possibilità di attuazione degli stessi da parte del minore.

Tutte queste attività vengono svolte dai Servizi Sociali Ministeriali in collaborazione, però, con i Servizi Sociali territoriali i quali intervengono apportando le proprie eventuali conoscenze pregresse del nucleo familiare del minore nonché le proprie competenze in ambito civile ed amministrativo.

17. Si è sostenuto che il termine "Servizi Minorili" contenuto nel III° comma dell'art. 19 in esame, data la sua genericità, designerebbe, quali affidatari, non soltanto i Servizi Sociali, ma, altresì, tutti gli istituti afferenti ai Centri di giustizia minorile, quali gli Istituti Penali per i minorenni, i Centri di Prima Accoglienza e le Comunità.

Osta, però, ad una interpretazione del genere il disposto dell'art. 22, comma II°, che, nel disciplinare le modalità di esecuzione della misura del collocamento in comunità, impone al responsabile di questa una "collaborazione con i Servizi Sociali previsti dall'art. 19 comma III°, avendo voluto, il legislatore, in tal modo distinguere detti Servizi Sociali dalle altre strutture della giustizia minorile, come le Comunità.

Questa presenza dei Servizi Sociali territoriali già nella fase del trattamento processuale del minore trova la sua ovvia giustificazione nella circostanza per la quale sia il processo sia la misura cautelare non possono che essere il preludio alla futura presa in carico del minore da parte dei Servizi del paese o del quartiere di residenza al fine di un intervento assistenziale e riabilitativo che, ove necessario, dovrà continuare anche dopo la cessazione della misura cautelare.

Con il provvedimento di affidamento il giudice può anche dare indicazioni specifiche sugli interventi richiesti, ma, a ciò, non è obbligato per cui, ove non lo faccia, sarà il Servizio Sociale preposto ad individuare gli interventi più utili ed opportuni.¹⁸

Il provvedimento di affidamento ai Servizi ovviamente non toglie che il giudice conservi sempre e comunque un potere di controllo sulla esecuzione della misura; proprio in tal senso notiamo che l'art. 21, comma III°, nel disciplinare gli obblighi dei genitori del minore sottoposto alla misura cautelare della permanenza in casa "impone loro di consentire gli eventuali ulteriori controlli disposti dal giudice rispetto a quelli già effettuati dai Servizi Sociali.

7. Con riferimento ai limiti di pena previsti per l'adozione di un provvedimento coercitivo occorre evidenziare che la normativa minorile, rispetto a quanto previsto per i maggiorenni dall'art. 280 c.p.p., tende a restringere gli spazi per la emissione di misure cautelari attraverso l'innalzamento della soglia minima di pena, individuando tetti edittali differenziati per le diverse misure.

Si è costruito in tal modo un sistema a scalare costruito su tre fasce di delitti:

A. La prima fascia di delitti è quella punita con pena che, nel massimo, non superi i cinque anni di reclusione; per tali reati non è mai possibile emettere misure cautelari ed i processi verranno quindi celebrati a piede libero.

B. La seconda fascia di delitti è quella punita con la pena della reclusione, non inferiore, nel massimo a cinque anni; per tali reati, per i quali si badi bene non è consentito l'arresto in flagranza, è possibile applicare le misure cautelari obbligatorie, ossia le prescrizioni, la permanenza in casa ed il collocamento in Comunità ma non già la custodia in carcere, *rectius*, in I.P.M.

C. Soltanto per i reati più gravi, puniti con la reclusione non inferiore, nel massimo a nove anni, e, per i quali è consentito, è opportuno ricordarlo, sia l'arresto che il fermo, è anche possibile applicare la misura della custodia in carcere.

18. L'art. 19, III° comma, in esame sembra distinguere in effetti tra un provvedimento formale di affidamento, rientrante nella sfera di potere dell'organo giurisdizionale (il minore viene dato in carico ai Servizi Sociali) e l'attuazione pratica di attività precipue e proprie di un organo amministrativo riguardanti lo studio, il lavoro ed i processi educativi. Come ha affermato una illuminata dottrina (R. OCCULTO, in M.P. CUOMO-G. LA GRECA-L. VIGGIANI, 1990 nr. 233) "l'atto del giudice è giudiziario nella forma ma amministrativo nella sostanza, nel senso che appartiene alla natura propria dei Servizi Sociali riempire di contenuti programmatici, educativi e socializzanti, provvedimenti che sono volti anche ad orientare i processi educativi ed evolutivi del minore".

8. Le modalità attraverso le quali si giunge all'adozione del provvedimento cautelare nei confronti del minore sono sostanzialmente quelle previste dal codice per gli adulti.

Innanzitutto vale la regola per la quale la richiesta di irrogazione di una misura cautelare è di esclusiva competenza del Pubblico Ministero, senza possibilità, quindi per il giudice di poter emettere d'ufficio un provvedimento limitativo della libertà personale.

Il vincolo prosegue parzialmente anche all'udienza di convalida dell'arresto con contestuale richiesta di misura cautelare ovvero in sede di interrogatorio di garanzia dopo l'applicazione di una misura cautelare ad indagato precedentemente libero.

Il giudice infatti non ha il potere di applicare una misura cautelare più affittiva di quella richiesta dal P.M. mentre ha la facoltà di applicare una misura meno affittiva, così, come è ovvio, ha il potere di non irrogare alcuna misura, così rigettando la richiesta cautelare della Procura.

La domanda cautelare deve essere rivolta al giudice competente ossia al Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale per i Minorenni se si è ella fase delle indagini preliminari.

Le modalità attraverso le quali si giunge all'adozione del provvedimento cautelare nei confronti del minore sono sostanzialmente quelle previste dal codice per gli adulti.

Innanzitutto vale la regola per la quale la richiesta di irrogazione di una misura cautelare è di esclusiva competenza del Pubblico Ministero, senza possibilità, quindi per il giudice di poter emettere d'ufficio un provvedimento limitativo della libertà personale.

Il vincolo prosegue parzialmente anche all'udienza di convalida dell'arresto con contestuale richiesta di misura cautelare ovvero in sede di interrogatorio di garanzia dopo l'applicazione di una misura cautelare ad indagato precedentemente libero.

Il giudice infatti non ha il potere di applicare una misura cautelare più affittiva di quella richiesta dal P.M. mentre ha la facoltà di applicare una misura meno affittiva, così, come è ovvio, ha il potere di non irrogare alcuna misura, così rigettando la richiesta cautelare della Procura.

La domanda cautelare deve essere rivolta al giudice competente ossia al Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale per i Minorenni se si è ella fase delle indagini preliminari.

Nel corso dell' Udiienza Preliminare, giudice competente è il Tribunale nella composizione prevista dal II° comma dell'art. 50 bis ord. Giud..

Nelle fasi successive per "giudice competente" si deve intendere l'organo che in quel momento ha la disponibilità degli atti.

Nel caso in cui la richiesta venga presentata a giudice incompetente, valgono le regole generali del processo a carico dei maggiorenni e, quindi, tale giudice, nel pronunciare la propria incompetenza, ha il potere di emettere il provvedimento cautelare (in presenza delle condizioni di applicabilità e nei casi di urgenza e gravità) ma la misura disposta perde efficacia se, entro venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti, il giudice competente non provvede con nuova ordinanza ex art. 27 c.p.p.

Per l'esecuzione delle misure cautelari nei confronti di soggetti che, nel frattempo, abbiano compiuto gli anni 18 ma non ancora il ventunesimo anno di età, l'art. 24 delle disp. attuaz. ossia del D.L.vo 28 luglio 1989 nr. 272 prevede che le modalità di attuazione siano comunque quelle previste per gli imputati minorenni per cui l'esecuzione rimarrà affidata ai Servizi Sociali dell'Amministrazione della Giustizia.

Dunque, in buona sostanza, è con il compimento del ventunesimo anno di età che cessa la eseguibilità delle misure cautelari secondo le norme e con le modalità previste per i minorenni e cessa, contemporaneamente, la competenza dei Servizi Sociali.

Quanto alla disciplina della modifica e della estinzione delle misure cautelari minorili, in via generale, essa è la stessa prevista per gli adulti; da ricordare una sola peculiarità; nel procedimento minorile vi è una ipotesi speciale di revoca della misura cautelare che trova applicazione quando il giudice sospende il processo ex art. 28 DPR 448/88 a seguito di provvedimento di ammissione del minore al c.d. programma di messa alla prova.

Qui possiamo limitarci a dire che il giudice, su istanza del minore e del suo difensore, può ordinare la sospensione del processo con messa alla prova qualora ritenga di dover valutare la personalità del minore all'esito di un periodo di osservazione, trattamento e sostegno idoneo a favorire la rieducazione ed il reinserimento sociale con l'ulteriore conseguenza che se il minore, in tale periodo esegue ogni prescrizione dei servizi Sociali, va esente da pena per il reato commesso che viene dichiarato estinto.

Se questa è la finalità dell'istituto si comprende agevolmente come esso sia incompatibile con la contemporanea applicazione di una misura cautelare che in ogni caso limiterebbe le possibilità di spostamento del minore il quale, al contrario, se messo alla prova, avrà molteplici impegni da mantenere.

9. Per l'ipotesi in cui il minore contravvenga agli obblighi collegati alla misura cautelare a lui applicata, è stata introdotta una particolare disciplina in deroga alla regola generale di cui all'art. 276 c.p.p.

Si prevede infatti che solo le violazioni gravi e ripetute di tali obblighi vengano sanzionate attraverso l'adozione della misura più affittiva, ossia con quella che si pone al livello immediatamente più elevato rispetto a quella in esecuzione.

Proprio questo obbligo di dover adottare, in caso di varie violazioni, solo la misura progressivamente più affittiva, non ammettendosi scelte per saltum, porta a differenziare la disciplina minorile da quella prevista dall'art. 276 c.p.p.

La scelta della misura è quindi "a scalare" e quando arriva alla misura più affittiva della custodia in carcere, essa è ammessa, sotto forma di aggravamento, per un periodo non superiore ai trenta giorni; in ogni caso non vi sono automatismi nè vi è obbligo di sorta per il giudice al quale, anzi, è comunque lasciato il potere di valutare l'opportunità di applicare o meno la misura cautelare più grave.

Infine per quanto riguarda il regime delle impugnazioni, non deve dirsi altro che si applicano le norme del codice di procedura penale per gli imputati maggiorenni.

10. Natura giuridica delle Prescrizioni : cautelare ovvero mista.

Il nostro ordinamento giuridico già prevedeva l'applicazione di prescrizioni, ad esempio in tema di affidamento in prova al Servizio Sociale (art. 47 lg. 354/75), in tema di esecuzione di sanzioni sostitutive previste dalla legge 689/81 ed, ancora, in relazione alla libertà vigilata disciplinata dall'art. 228 del codice penale ed, infine, in tema di libertà assistita nei procedimenti amministrativi a carico dei minorenni ai sensi dell'art. 27 Real Decreto Legge nr. 1404 del 1934, mai abrogato.

Quindi la vera novità introdotta dall'art. 20 DPR 448/88 è stata quella di impiegare le prescrizioni con finalità cautelari, creando cioè, con esse, una vera e propria misura cautelare, sia pur la meno affittiva di tutte.¹⁹

Le Prescrizioni consistono in obblighi di fare (come nel caso di continuare la frequenza a scuola o l'attività lavorativa) o di non fare (come ad es. obbligo di non accompagnarsi a pregiudicati o di non guidare ciclomotori) o, ma solo indirettamente, di stare.

Le prescrizioni di per sé, infatti, non possono direttamente obbligare un minore a "stare" in un certo posto poiché questo è il compito delle misure cautelari più affittive; tuttavia è legittima la prescrizione di non uscire dalla propria abitazione prima di un'ora determinata e/o di farvi rientro ad una determinata ora, con conseguente obbligo indiretto di stare.

19. P. GIANNINO, 1997, 131 ; M. Covelli, op. cit., pag. 142;

Di conseguenza le prescrizioni si risolvono nella imposizione di alcune regole di condotta con contemporaneo affidamento del minore al controllo ed alla assistenza dei Servizi Sociali minorili dell' amministrazione della giustizia.

La natura cautelare della misura in parola emerge chiaramente:

- dal II° comma dell'art. 20 che prevede che la misura perda efficacia dopo il termine massimo di mesi due a meno che non venga rinnovata, per una volta sola, in presenza di motivate esigenze cautelari.
- dal III° comma dell'art. 20 che prevede la possibilità di aggravamento in caso di ripetute violazioni delle regole di condotta imposte con le prescrizioni con la trasformazione di queste ultime nella misura cautelare più affittiva della permanenza in casa.

Tuttavia la natura mista (cautelare, educativa e contenitiva) di questa misura emerge prepotentemente, ed a dispetto di qualsivoglia tentativo di diversa interpretazione, dall'art. 24 DPR 448/88 che prevede una ipotesi di applicazione della misura in parola in una situazione che sarebbe davvero paradossale (*rectius*, illegittima) ove impiegata, per pura ipotesi, all'indagato maggiorenne; in pratica ai sensi del citato art. 24 all'imputato minorenni che, dal carcere, viene rimesso in libertà per decorrenza dei termini massimi di custodia cautelare, può essere imposta la misura delle prescrizioni, nonostante la natura cautelare di queste ultime e nonostante la decorrenza dei termini massimi di applicabilità di misure cautelari.

In realtà la pur lodevole scelta legislativa di creare una misura cautelare la meno affittiva possibile per i reati meno gravi e per i minori non ancora inseriti a pieno titolo nel circuito penale, ha determinato, su di un piano squisitamente giuridico, la creazione di una figura piuttosto ambigua, che tenta, non senza inconvenienti, di far convivere, al suo interno, da un lato, un contenuto coercitivo ridotto al minimo ma comunque idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari di cui all'art. 274 cpp; dall'altro una forte accentuazione dei connotati correzionali ed educativi.

Un'ottima ed un po' irridente dottrina²⁰ non ha mancato di far notare "che svolgere una attività di studio o di lavoro può essere funzionale ad un itinerario di recupero, ma non ha alcuna seria valenza al fine di escludere inquinamenti probatori o la possibilità di reiterazione della condotta criminosa, come, del resto, e ragionando *ex adverso*, nessuna misura può ripromettersi serie finalità educative se poi la stessa perde efficacia automaticamente dopo due mesi", a nulla rilevando se, allo scoccare del 60° giorno, il processo educativo-riabilitativo sia iniziato, stia andando bene o male o sia, per avventura, completato.

20. A. C. MORO, 2002, 498

Ricordiamo infatti che la misura può essere reiterata per una sola volta, per altri due mesi, ma non certo per proseguire nell'attività rieducativa bensì solo se sussistono motivate esigenze cautelari.

Pur concordando con una certa ambiguità della misura, riteniamo che si possa aderire alla miglior dottrina²¹ secondo la quale, per il principio di minima offensività che governa la materia cautelare, “è proprio la misura cautelare delle prescrizioni che va privilegiata poiché meglio delle altre può garantire, attesa la sua flessibilità, la sua rispondenza *ad personam* e la continuità dei processi educativi”.

Invero l'intento perseguito attraverso le prescrizioni sembra quello di tutelare le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. in maniera indiretta.

Allo stesso modo in cui, ad esempio, il contenuto della misura più affittiva della permanenza in casa si risolve in un obbligo da adempiere ma, di per sé sola, non è certo una misura idonea ad impedire la fuga dall'abitazione, o l'inquinamento delle prove né la reiterazione della condotta criminosa, così, allo stesso modo, si è ritenuto che l'imposizione di prescrizioni, ossia di regole di condotta tendenti all'educazione in positivo, in rapporto all'attività di controllo e di sostegno dei Servizi, possa essere sufficiente, laddove il giudice lo ritenga, ad escludere il verificarsi delle ipotesi previste dall'art. 274 c.p.p., a contenere, quindi, le esigenze cautelari ed, infine, a creare un corretto rapporto di socializzazione.

B) Il Contenuto delle Prescrizioni

Il I° comma dell'art. 20 individua il contenuto della misura in attività di studio, di lavoro o utili per l'educazione.

Come può ben vedersi, a differenza di quanto accade per gli indagati adulti, nel sistema minorile il legislatore ha scelto di non predisporre alcuna elencazione e lasciare al giudice, caso per caso, l'individuazione dei contenuti più rispondenti alla reale situazione del minore.²²

Tra le attività inerenti espressamente allo studio ed al lavoro vanno ricomprese anche attività complementari o, ad esse, funzionali quali la “formazione professionale, l'integrazione tra scuola ed extra-scuola, l'apprendistato, la partecipazione ad attività di formazione ed informazione”.²³

Per quanto poi attiene alle attività utili per l'educazione, il giudice può spaziare in tutto il campo del volontariato sociale, dall'assistenza ai disabili, alla protezione dei beni ambientali e della natura, alle attività sportive ma può anche soffermarsi sulla riparazione morale diretta del danno procurato alla parte offesa, prescrivendo un tentativo di mediazione.

21. G. ASSANTE – P. GIANNINO – F. MAZZIOTTI, 2000, 287;

22. P. GIANNINO, op. cit., 1997, 132

23. L. PEPINO, IN M. CHIAVARIO, op. cit., 1994, 231

La dizione prescrizioni inerenti alle attività è comprensiva sia di obblighi di azione che di obblighi di omissione per cui le prescrizioni possono anche risolversi, come si è già anticipato, nel non stare fuori casa la sera oltre una certa ora, nel non frequentare determinati luoghi o determinate persone, nel non partecipare a taluni spettacoli o eventi sportivi.

Del resto, secondo la miglior dottrina è proprio la possibilità di imporre divieti attraverso le prescrizioni che rende chiara la natura cautelare delle stesse poiché, in caso contrario, ci sarebbe poca differenza fra una misura cautelare e le regole di condotta dettate, in via civile ed amministrativa, dagli Assistenti Sociali.²⁴

C) L'intervento dell'esercente la potestà genitoriale.

Il I° comma dell'art. 20 stabilisce che il giudice, prima di disporre la misura delle prescrizioni, senta l'esercente la potestà genitoriale sul minore indagato.

Tale audizione, nell'alveo cautelare, ha certamente una duplice funzione:

A) da un lato, permette al giudice di trarre utili indicazioni sia sulla capacità educativa e di tutela del nucleo familiare cui appartiene il minore sia sul minore stesso, acquisendo una messe di informazioni sulla personalità del minore da chi, come i genitori, hanno necessariamente la massima conoscenza dell'indagato oltre ad avere la memoria storica della sua evoluzione negli anni e degli eventi che possano averlo condotto verso la commissione di un reato.

B) da un altro punto di vista la predetta audizione si connota anche come un intervento in chiave di integrazione del diritto all'autodifesa²⁵ risolvendosi nella instaurazione di una sorta di contraddittorio anticipato sull'adozione di una misura che ha una incidenza diretta sui percorsi educativi del minore, rispetto ai quali il contributo del genitore è funzionale, oltre che indispensabile, alla individuazione del contenuto più appropriato *ad personam* delle prescrizioni.

24. G. ASSANTE – P. GIANNINO – F. MAZZIOTTI, op. cit., 2000, 287; in senso analogo A.C. MORO, op. cit., 2002, 498; S. DI NUOVO - G. GRASSO, op. cit., 2005, 442; A. VACCAIO, in P. PAZÈ, op. cit., 1989, 141; contra il solo F. PALOMBA, op. cit., 2002, 320 il quale ritiene che le prescrizioni possano avere solo un obbligo di *facere* in quanto il riferimento ai concetti di attività ed utilità, nonché la menzione dello studio e del lavoro, alludono a condotte esclusivamente commissive e mai omissive in quanto volte a colmare carenze e l'omissione non può mai colmare una carenza.

La posizione del Palomba rimane affascinante ma si deve segnalare che la giurisprudenza, costante e compatta, sostiene la tesi della dottrina maggioritaria come sopra indicata.

25. L. PEPINO, in M. CHIAVARIO, op. cit., 1994, 232;

D) Durata della misura e sua rinnovazione.

Abbiamo già avuto modo di vedere come il II° comma dell'art. 20 fissa la durata massima delle prescrizioni nel termine di due mesi, rinnovabile per una sola volta e per un tempo mai superiore ad ulteriori due mesi.²⁶

Il termine decorre dalla notifica dell'ordinanza che dispone la misura; con l'ordinanza applicativa della misura il giudice fissa il termine di durata ma, ove non lo faccia, questo deve intendersi di due mesi.

Alla scadenza del termine di durata, la misura perde immediatamente efficacia senza la necessità della pur auspicabile emanazione di un provvedimento del giudice; secondo tale impostazione, supportata da costante ed uniforme giurisprudenza, l'intervento del giudice si prospetta come meramente ricognitivo del venir meno del titolo cautelare.

Parte della dottrina²⁷ tuttavia si discosta da tale impostazione ricordando l'art. 306, II° comma, cpp secondo il quale, spirato il termine massimo, "il giudice adotta con ordinanza i provvedimenti necessari per la immediata cessazione" delle misure cautelari.

Quanto alla rinnovazione delle Prescrizioni pure si è già detto che essa è ammessa per una sola volta solo se sussistono motivate esigenze cautelari come potrebbero essere quelle di impedire contatti fra coimputati.

L'inosservanza reiterata delle prescrizioni può determinare, ex art. 20, III° comma, la possibilità di applicare la misura più affittiva della permanenza in casa.

Nel passaggio da una misura all'altra si deve escludere la computabilità del termine delle prescrizioni nel periodo di durata della permanenza in casa.

Infatti la natura delle prescrizioni, che non impongono al minore di dover rimanere chiuso in un ambiente (abitazione, comunità, carcere), rende impossibile il computo del periodo trascorso in regime di prescrizioni come periodo di custodia cautelare da scomputare, come pre-sofferto, nel calcolo della pena finale da eseguire in sede di esecuzione.

Al contrario, come stiamo per vedere, per la permanenza in casa e per il collocamento in Comunità la legge prevede espressamente l'assimilazione del periodo alla custodia cautelare ai fini dei termini di durata massima ed ai fini dello scomputo del presofferto.

26. Un problema in dottrina si pone nell'ipotesi in cui la misura cautelare delle prescrizioni venga applicata non per il pericolo di reiterazione della condotta criminosa (art. 274 lett. C c.p.p.) bensì per il pericolo di inquinamento probatorio (art. 274 lett. A c.p.p.); in questo ultimo caso, secondo parte della dottrina (G. BATTISTACCI, IN G. FUMU, 1991, 28) il giudice, ai sensi dell'art. 292, comma II°, lettera d) c.p.p., è tenuto a fissare un termine a pena di nullità.

In senso contrario vedi A. VACCARO, P. PAZÈ, 1989, 143, secondo il quale l'omessa indicazione della durata della misura non ha effetti sulla sua validità.

27. P. GIANNINO, 1997, 136; F. PALOMBA, 2002, 324

11. A) La Permanenza in casa è una figura simile alla misura cautelare per i maggiorenni degli arresti domiciliari risolvendosi sia l'una che l'altra nell'obbligo di auto-privarsi della libertà personale non potendo uscire dalla propria abitazione.

Tuttavia le due misure rimangono differenti perché la violazione da parte del minore degli obblighi della Permanenza in casa, ossia la fuga, breve o lunga che essa sia, dall'abitazione medesima non integra il reato di evasione di cui all'art. 385 c.p.p.

Tale circostanza è la conseguenza di quanto la legge afferma il IV° comma dell'art. 21 DPR 448/88 secondo il quale il minore in permanenza in casa è considerato in stato di custodia cautelare non già a tutti gli effetti ma solo ai fini del computo della durata massima della misura (ed ovviamente dello scomputo del presofferto nel procedimento di esecuzione).

Quindi, nel caso in cui il minore permanente in casa si allontani arbitrariamente dalla propria abitazione non solo non commette il reato di evasione²⁸ ma, per quanto, per quello che già si è detto, subirà l'aggravamento della misura in quella più affittiva del collocamento in Comunità solo in caso di gravi e reiterate violazioni.

Sono equiparati al luogo di abitazione ove rimanere ristretti in virtù della misura della permanenza in casa anche i luoghi e gli istituti ove il minore può essere collocato:

- in virtù di accordi familiari ratificati dal giudice (l'abitazione di un parente);
- in virtù di tradizioni di appartenenti ad etnie diverse (la roulotte o la tenda di un rom in un campo nomadi);
- in virtù di provvedimenti del Tribunale per i minorenni che abbiano disposto, in sede civile o amministrativa, che il minore viva in una casa-famiglia;

In virtù di uno stato di infermità del minore (luogo di cura pubblico o privato).

Nel regime degli Arresti domiciliari applicabili ai maggiorenni, l'ordine del giudice di non allontanarsi dall'abitazione può essere accompagnato da prescrizioni accessorie tese ad aggravare ovvero ad attenuare il contenuto della cautela;

Nel tempo la Suprema Corte, anche adeguandosi a miglior dottrina, è andata in diverso avviso.

In particolare con la sentenza Cass. Pen. Sez. IV° nr. 26382 del 27 marzo del 2003, la Corte si è attestata sulla natura non detentiva delle due misure, facendo rilevare che l'art. 275, comma II° bis cpp, è riferibile alla sola custodia in carcere e non anche alle misure previste dagli art. 21 e 22 DPR 448/88.

28. In sede di procedimento di esecuzione, invece, come vedremo, se il minore ottiene dal Tribunale di Sorveglianza la detenzione domiciliare come misura alternativa alla detenzione in carcere e si allontana dalla propria abitazione, commette il reato di evasione p. e p. dall'art. 385 c.p.

il giudice, infatti, può sia imporre limiti o divieti alla facoltà dell'indagato di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono, sia autorizzare l'indagato ad assentarsi per determinate ore al giorno per il tempo strettamente necessario a provvedere alle indispensabili esigenze della vita ovvero per esercitare una attività lavorativa.

Parimenti, nell'applicazione ai minori della misura cautelare della Permanenza in casa, il giudice può aggravare la cautela con il divieto di comunicazioni o contatti, anche telefonici, con persone diverse dai familiari con lo stesso conviventi ovvero può attenuarla in quanto le disposizioni contenute nel II° comma dell'art. 21 consentono al giudice di autorizzare il minorenne ad allontanarsi dal luogo di abitazione per esigenze di studio o di lavoro o per compiere attività utili per la sua educazione.

B) Le oscillazioni della Corte di Cassazione fra natura detentiva o meno delle misure della Permanenza in casa (e del Collocamento in Comunità).

Le argomentazioni che seguiranno valgono sia per la misura cautelare della Permanenza in casa sia per il Collocamento in Comunità per cui quando studieremo più avanti questa ultima misura, non verranno ovviamente ripetute.

In un primo momento la Corte di Cassazione²⁹ ebbe a riconoscere natura detentiva alle due misure cautelari in argomento (nonostante, come abbiamo visto, il IV° comma dell'art. 21 DPR 448/88 affermi che il minorenne in permanenza in casa è considerato in stato di custodia cautelare non già a tutti gli effetti ma solo ai fini del computo della durata massima della misura).

Sottolineava la Suprema Corte che, dal momento che l'art. 275, comma II bis, vieta per i maggiorenni l'applicazione della custodia in carcere allorché il giudice ritenga concedibile, in giudizio, il beneficio della sospensione condizionale della pena, allo stesso modo, a carico del minore, nella medesima ipotesi, non era possibile disporre una misura cautelare alternativa come la permanenza in casa o il collocamento in Comunità, poiché :

“...non si poteva negare la sussistenza nelle misure cautelari della permanenza in casa e del collocamento in Comunità un rilevante e decisivo carattere di limitazione della libertà personale del minore che non poteva non giustificare, ai fini dell'applicazione dell'art. 275, II° comma bis c.p.p. , un trattamento comune alle altre misure custodiali”.

29. Cass. Pen. Sez. III°, sentenza nr. 3722 del 30 gennaio 1996

La Corte, partendo, anzi ripartendo dall'ormai noto presupposto per il quale il IV° comma dell'art. 21 DPR 448/88 afferma che il minore in permanenza in casa è considerato in stato di custodia cautelare solo ai fini del computo della durata massima della misura, ha affermato che il medesimo minore, sottoposto alle medesime misure, a tutti gli altri effetti diversi dal computo della durata massima delle misure, è da considerarsi in stato di libertà, gravato da obblighi di fare o di non fare, ma non in vinculis.

C) Il coinvolgimento dei familiari nella esecuzione della misura.

Scopo della misura sembra essere quello di ricondurre il minore sotto la vigilanza di coloro che, su di lui, esercitano la potestà parentale.

Tuttavia è proprio questo coinvolgimento dei familiari nella gestione della misura attraverso l'assunzione da parte loro del ruolo di educatori ma, ora, anche di custodi del minore a suscitare qualche perplessità poiché, non sempre, ma spesso, alle spalle del minore che delinque, si viene a scoprire una famiglia disgregata e/o con grossi problemi di conflittualità tra il minore ed uno o entrambi i genitori a tal punto che la stessa antisocialità dimostrata dal minore con la commissione del reato potrebbe essere anche figlia di questo stato di disagio familiare.

Una condivisibile dottrina³⁰ afferma, sul punto, che: "Spesso il comportamento antigiuridico del minore rappresenta una ribellione spostata nei confronti delle figure parentali, così che risulta evidente che costringere in casa il minore in siffatte situazioni di dipendenza accresciuta da un genitore ora anche custode, potrà condurlo a regressioni pericolose e facilitare l'insorgenza di un clima antiterapeutico".

Invero un pericolo del genere dovrebbe essere agevolmente evitato poiché il giudice non mancherà, con l'ausilio dei Servizi Sociali, di individuare simili situazioni a rischio e modellare la misura cautelare più soddisfacente sia per la salvaguardia delle esigenze cautelari sia per la salvaguardia del benessere psicofisico del minore che, se in misura cautelare, deve patire, come anche per l'indagato adulto, una sola privazione ossia quella della momentanea privazione della libertà personale di movimento e non altre vessazioni.

Al di fuori di queste ipotesi estreme i genitori sono tenuti a vigilare sul comando impartito (non uscire dall'abitazione) ed hanno anche il dovere di consentire l'intervento dei Servizi Sociali ed i controlli di polizia.

30. G.P. TRAVERSO – P. MANNA in M.P. CUOMO-G.LA GRECA-L.VIGGIANI, 1990, 173; in senso analogo A.C. MORO, op. cit., 2002, 499

12. A) L'art.10 del D.L.vo 28 luglio 1989 nr. 272, recante le norme di attuazione e coordinamento del DPR 448/88, recita testualmente: "Per l'attuazione del DPR 448/88 i Centri per la giustizia minorile stipulano convenzioni con Comunità pubbliche e private, associazioni e cooperative che operano in campo adolescenziale e che siano riconosciute ed autorizzate dalla Regione competente per territorio. Possono altresì organizzare proprie Comunità anche in gestione mista con gli enti locali.

L'organizzazione delle Comunità deve rispondere ai seguenti criteri: organizzazione di tipo familiare, che preveda anche la presenza di minorenni non sottoposti a procedimenti penali e capienza non superiore a dieci unità, tale da garantire, anche attraverso progetti personalizzati, una conduzione ed un clima educativamente significativi; utilizzazione di operatori professionali delle diverse discipline; collaborazione di tutte le istituzioni interessate ed utilizzazione delle risorse del territorio".

L'art. 22 del DPR 448/88 prevede che: " Con il provvedimento che dispone il collocamento in Comunità, il giudice ordina che il minorenne sia affidato ad una Comunità pubblica o autorizzata, imponendo eventuali specifiche prescrizioni inerenti alle attività di studio o di lavoro ovvero ad altre attività utili per la sua educazione. Il responsabile della Comunità collabora con i Servizi Sociali.

Si applicano le medesime disposizioni dell'art. 21 commi II° e IV°".

L'inserimento, nell'ambito delle misure cautelari, del collocamento in Comunità rappresenta indubbiamente una novità introdotta per la prima volta con il DPR 448/88 poiché tale misura era già conosciuta ed adoperata per altre ragioni ossia:

- A) come misura rieducativa-amministrativa prevista dall'art. 25 e seguenti del Real Decreto Legge nr. 1404 del 1934;
- B) come misura socio-terapeutica, riservata ai tossicodipendenti in trattamento;
- C) come misura educativa-assistenziale per i minori privi di una famiglia idonea.

Grazie all'art. 22 in esame il collocamento in Comunità acquista un ulteriore significato e si riempie di un nuovo contenuto; diventa, cioè anche una misura cautelare di livello intermedio tra la Permanenza in casa e la Custodia in I.P.M.

Come per la misura della Permanenza in casa, anche qui il minore è gravato da un obbligo di stare (ora in Comunità e non presso la sua abitazione) con divieto di allontanarsi ma, come si è già detto, ha poco a che vedere con la misura degli arresti domiciliari riservata ai maggiorenni, dalla quale infatti grandemente si discosta per la diversa disciplina in caso di violazione degli obblighi; il minore collocato in comunità, ove se ne allontani, non commette, come si è già avuto modo di chiarire, il reato di evasione di cui all'art. 385 c.p.

La Comunità redige un progetto di sostegno comprendente attività di studio, di lavoro, ricreative, sportive o ludiche che hanno come obiettivo il trattamento del minore.

Grazie al citato art.10 del D.L.vo 28 luglio 1989 nr. 272 l'organizzazione della Comunità deve prevedere, come si è detto, anche la presenza di minorenni non sottoposti a procedimenti penali ed una capienza non superiore a dieci unità; questa contemporanea presenza di minori devianti e non, il limitato numero di utenti ed il coinvolgimento di operatori specializzati idonei a personalizzare gli interventi, i progetti ed i trattamenti, fa sì che la Comunità rappresenti la reale alternativa alla custodia cautelare anche nei casi in cui le esigenze cautelari siano di un certo spessore.

Tutte le volte in cui non sia assolutamente necessario rinchiudere il minore negli istituti di custodia, sarà sempre preferibile il collocamento in Comunità proprio perché questa è organizzata non come un ghetto (ospitando anche minori non sottoposti ad alcun procedimento penale) bensì come una struttura aperta, senza sbarre, come un luogo di integrazione dove il minore sottoposto a procedimento penale ha la possibilità di interagire con figure positive e di cogliere opportunità diverse.³¹

B) La teoria educativa, la funzione cautelare e la finalità di rieducazione ex art. 27 della Costituzione.

Sotto il profilo della sistemazione della misura nel capo II° del DPR in esame, il collocamento in Comunità è, e non potrebbe essere altro, che una misura cautelare; anzi una misura sicuramente più afflittiva della permanenza in casa, mancando infatti in Comunità le comodità della propria abitazione, il contatto continuo con gli affetti familiari ed, infine, la teorica possibilità di oziare per tutto il giorno.

Tuttavia, secondo parte della dottrina³², sostenitrice della c.d. “teoria educativa”, tutte le misure cautelari previste per i minorenni avrebbero una intrinseca natura rieducativa per cui esse dovrebbero badare essenzialmente al recupero del minore e non essere collegate in via esclusiva alle esigenze cautelari le quali ultime, al massimo, dovrebbero ritenersi lo spunto per iniziare un processo di riconversione del ragazzo verso i valori dello studio, del lavoro, della probità, dell'onestà e del rispetto degli altri e di se stesso.

L'impatto di tale “teoria educativa” sarebbe però dirompente per il nostro ordinamento; ad esempio nel caso in cui anche un solo genitore del minore indagato fosse giudicato non adeguato ex art. 333 codice civile, il giudice, pur in presenza di esigenze cautelari lievi, dovrebbe irrogare la misura in oggetto e non quella della permanenza in casa nonostante il diverso dettato legislativo.

31. M. CECERE in P. PAZÈ, 1989, 151

32. S. CUTRONA, in F. OCCHIOGROSSO, 1990, 98 s.

A parere di chi scrive entrambe le impostazioni (teoria cautelare pura e teoria educativa) colgono solo alcuni aspetti delle misure cautelari minorili ed, in particolare, del collocamento in Comunità, la cui funzione ed il cui spirito vanno, invece, compresi essenzialmente attraverso un rinvio alla Carta Costituzionale ed alle Convenzioni Internazionali.

Difatti anche chi ripudia la c.d. teoria educativa, non può esimersi dal ricordare che qualunque tipo di detenzione, cautelare o definitiva, agli arresti domiciliari come in permanenza in casa, in comunità o in carcere, per i minorenni e per i maggiorenni, non può avere solo una finalità di difesa sociale, di salvaguardia delle esigenze cautelari e di punizione per il fatto-reato ma deve sempre avere una finalità che tenda al recupero del soggetto per un suo proficuo reinserimento in società all'atto della scarcerazione.

Sulla base di tanto, senza negare l'ovvio carattere cautelare della misura in argomento e senza neppure trasformarla, per eccesso opposto, in un provvedimento amministrativo-rieducativo, chi scrive ritiene che, comunque, si possa parlare di una "natura mista" della misura cautelare del collocamento in comunità.

A confermare tale "natura mista", militano sia le stesse origini giuridiche della misura, sia la nostra stessa Costituzione in quanto, per i minorenni, la finalità di rieducazione di ogni forma di restrizione, prevista dall'art. 27, II° comma della Costituzione medesima, deve ritenersi norma immediatamente cogente in base alle Convenzioni Internazionali sui diritti del fanciullo (art. 10, I° comma, Carta Costituzionale) nonché in base all'art. 31, II° comma, della stessa Costituzione che dichiara che la Repubblica Italiana protegge la gioventù.

In tale ottica, per un minorenne che abbia, ad esempio, commesso il reato di detenzione illecita di sostanze stupefacenti a scopo di spaccio, presso la propria abitazione in concorso con i propri genitori, assodato che la convivenza con questi ultimi non solo non ha evitato la commissione del reato ma lo ha anzi favorito, può essere più proficuo per il minore, per la sua rieducazione ex art. 27, II° comma della Costituzione Italiana, ed anche per il soddisfacimento delle esigenze cautelari (che richiedono sempre un allontanamento dall'ambiente ove il delitto è stato pensato e commesso) essere collocato in comunità per svolgere attività di studio, di lavoro, di apprendistato, ricreative e sportive anziché oziare presso la propria abitazione in permanenza in casa, rectius, nella casa dove la tendenza a delinquere si è sviluppata ed ha preso forma anche a causa di una generale contaminazione criminale del tessuto parentale.

Tuttavia, e proseguendo nell'esempio, per evitare che la misura cautelare diventi solo rieducativa, se le esigenze cautelari si affievoliscono, il minore ben potrà ottenere la misura cautelare meno afflittiva della permanenza in casa presso un parente che voglia prendersene cura, se non, addirittura, la misura delle prescrizioni.

Infine, la natura c.d. “mista” delle misure cautelari per i minorenni si ricava anche dallo stesso dettato legislativo; difatti, come abbiamo visto prima, l’art. 18 del DPR 448/88 stabilisce che il P.M. , quando un minore è stato fermato, può disporre che venga condotto al C.P.A (Centro di Prima Accoglienza, ossia l’equivalente minorile delle Camere di sicurezza) oppure in una Comunità oppure ancora presso la sua abitazione, quando ciò risulti opportuno per le modalità del fatto, l’età o la situazione familiare del minore.

E’ la legge quindi che ci indica il criterio da seguire: esso è quello della idoneità al controllo; se la famiglia è idonea a controllare il minore, va privilegiata la permanenza in casa, anche perché misura cautelare meno affittiva; se però si ritiene che la famiglia sia totalmente incapace di controllare il minore ed anzi in grado di fuorviarlo, andrà privilegiato il collocamento in comunità.³³

13. A) La rubrica dell’art. 23 DPR 448/88 non affianca alla locuzione “custodia cautelare” il termine “in carcere” come accade nell’art. 285 cpp con riferimento ai maggiorenni.

Questa solo apparente omissione è, in realtà, indicativa della specificità del sistema cautelare minorile dove l’unica misura custodiale in senso proprio è solo quella prevista dalla norma in esame, non partecipando di tale categoria la permanenza in casa ed il collocamento in comunità.

La custodia cautelare in I.P.M. è prevista solo per quei reati la cui pena edittale massima sia superiore ad anni nove di reclusione e per una serie di altri reati tassativamente previste dalla legge.

L’assunto secondo il quale il legislatore avrebbe previsto la misura in oggetto come extrema ratio viene confermato dal fatto che, per applicare le altre misure cautelari, basta la sussistenza delle esigenze di cui all’art. 274 c.p.p. valido anche per i maggiorenni, ossia le specifiche ed inderogabili esigenze relative alle indagini ovvero un concreto pericolo di reiterazione della condotta criminosa.

Al contrario, per irrogare la misura in oggetto ad un minorenne, il legislatore, al II° comma dell’art. 23 DPR 448/88, ha riscritto ex novo l’art. 274 c.p.p. affermando che occorre un quid pluris, ossia la gravità delle esigenze cautelari, termine questo assente nell’art. 274 c.p.p.

33. Così anche la miglior dottrina; vedi P. GIANNINO, 1997, 150 s

34. L. SARACENI, in G. GIOSTRA, op. cit. , pag. 242

La custodia cautelare in I.P.M. è prevista solo per quei reati la cui pena edittale massima sia superiore ad anni nove di reclusione e per una serie di altri reati tassativamente previste dalla legge.

L'assunto secondo il quale il legislatore avrebbe previsto la misura in oggetto come *extrema ratio* viene confermato dal fatto che, per applicare le altre misure cautelari, basta la sussistenza delle esigenze di cui all'art. 274 cpp valido anche per i maggiorenni, ossia le specifiche ed inderogabili esigenze relative alle indagini ovvero un concreto pericolo di reiterazione della condotta criminosa.

Al contrario, per irrogare la misura in oggetto ad un minorenni, il legislatore, al II° comma dell'art. 23 DPR 448/88, ha riscritto *ex novo* l'art. 274 cpp affermando che occorre un *quid pluris*, ossia la gravità delle esigenze cautelari, termine questo assente nell'art. 274 cpp.

Forse ha ragione chi ha commentato³⁵ che questa aggiunta terminologica è più formale che sostanziale giacché una esigenza processuale "inderogabile" ex art. 274 cpp non può che essere anche "grave"; tuttavia la scelta legislativa di usare solo per i minorenni l'aggettivo in parola deve indurre il giudice a ricercare qualcosa in più rispetto a quanto previsto per l'imputato adulto dovendosi ritenere, per interpretazione autentica, che il legislatore abbia in generale giudicato dannoso il carcere per i minorenni.³⁶

B) Termini di durata massima delle misure

Il terzo comma dell'art. 23 DPR 448/88 stabilisce che i termini di custodia applicabili agli adulti:

A) sono ridotti della metà per i reati commessi dai minorenni che abbiano però compiuto il 16° anno di età;

B) sono ridotti dei due terzi per i reati commessi dai minori degli anni sedici.

Tali termini decorrono dal momento della cattura, dell'arresto, del fermo o dell'accompagnamento.

Tali disposizioni si applicano anche alle misure della permanenza in casa e del collocamento in comunità essendo, queste misure, equiparate alla custodia in carcere ai fini del computo della durata massima ex art. 21, comma IV°, e 22, comma III°, con conseguente inapplicabilità dell'art. 308 c.p.p.

33. Così anche la miglior dottrina; Cfr. P. GIANNINO, 1997, 150 s

34. L. SARACENI, in GIOSTRA, op. cit., pag. 242

35. P. ANDRIA, in P. PAZÈ, 1989, 159

36. P. PAZÈ, in E. LO GIUDICE, 1990, 53

C) Applicabilità dell'istituto della sospensione dei termini di misura cautelare.

L'art. 304 cpp prevede per i maggiorenni tutta una serie di ipotesi in cui i termini di durata massima della custodia in carcere possono essere sospesi; a titolo di esempio ricorderemo il caso in cui il dibattimento viene rinviato per impedimento, sia pur legittimo, dell'imputato o del suo difensore ovvero quando il rinvio viene accordato sulla base di una richiesta dell'imputato o del suo difensore.

In dottrina ed in giurisprudenza si è aperto un dibattito circa l'applicabilità di questa norma al processo minorile; se da un lato, anche in questo ultimo, possono concepirsi tattiche dilatorie che abbiano come solo fine quello della remissione in libertà per decorrenza termini, è anche vero che il minore, trascinato ad es. in vinculis dinanzi ad un Tribunale dopo poco tempo dal reato con un giudizio immediato o addirittura con il rito direttissimo, può essere ancora così confuso, nonostante il pronto intervento dei Servizi Sociali Ministeriali, da non comprendere bene cosa sia la messa alla prova, quale sia la differenza fra la piena confessione con chiamata in correità di tutti i complici e la respiscenza con ammissione del disvalore sociale del fatto. In alcuni casi il rinvio del dibattimento può essere persino utile per rendere il minore davvero partecipe di quanto sta accadendo intorno a lui e di quanto deve cambiare, nel suo modo di ragionare e di vedere il mondo, per approdare ad una serena accettazione del proprio errore con conseguente accettazione della pena o del percorso di messa alla prova.

Sulla base di queste e di altre considerazioni si era andato affermando un indirizzo giurisprudenziale³⁷ tendente ad escludere l'applicabilità dell'istituto ai minorenni. Tale giurisprudenza poneva l'attenzione sulla circostanza per la quale il legislatore avrebbe regolato la custodia cautelare nei confronti dei minorenni con criteri volutamente e fortemente restrittivi.

Attraverso la drastica riduzione dei termini di durata massima delle misure, sarebbero inapplicabili ai minori le norme previste dal codice di procedura penale riguardanti dilazioni temporali della custodia cautelare, quali proroghe o sospensioni.

37. Cass. 19-1-94, Terlati, F. it. 95, II, 554;

38. Cass. Sez. un. 25-10-95, De Tommasi, A. n. proc. pen. 95, 992

Tuttavia questo iniziale orientamento è stato sconfessato successivamente dalle Sezioni unite della Suprema Corte che hanno escluso una incompatibilità dell'istituto della sospensione con le norme ed i principi caratterizzanti la materia de libertate.

La Corte ha chiarito che la disciplina di cui all'art. 304 cpp non collide con il favor minoris poiché, per il combinato disposto degli art. 303 cpp e 23 del citato decreto, il limite massimo del prolungamento della custodia cautelare, conseguente alla sospensione, risulta, per i minori, fortemente ridotto, rispetto a quello previsto per gli imputati maggiorenni.

NICOLA CICCARELLI

Sostituto Procuratore della Repubblica
presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli

Il trattamento penitenziario previsto per i minori

SOMMARIO: 1. L'articolo 79 della legge 354/75 e l'art. 1 del DPR 448/88; 2. Le misure alternative alla detenzione; 3. L'accesso alle misure alternative alla detenzione;

1. Tutte le norme di procedura penale riguardanti gli indagati e gli imputati minorenni si ritrovano, quasi esclusivamente, nel Decreto del Presidente della Repubblica nr. 448 del 1988 ; ciò nonostante, in tale Decreto, chiamato anche codice di procedura penale per i minorenni, non vi è alcuna norma che riguarda l'esecuzione penale minorile nè il trattamento penitenziario dei minori.

Eppure, tredici anni prima del 1988, era stata varata la legge nr. 354 del 1975 contenente le norme sull'ordinamento penitenziario per gli adulti.

Tale ultima legge, all' articolo 79 affermava, ed ancora oggi afferma, che: “Le norme sull'ordinamento penitenziario per gli adulti si applicano anche nei confronti dei minori degli anni diciotto fino a quando non sarà provveduto con apposita legge”.

Orbene, quando tredici anni dopo, fu varato il DPR 448 del 1988, ossia quello che abbiamo appena chiamato il codice di procedura penale per i minorenni, si riteneva che quella fosse la migliore occasione per emanare le norme di ordinamento penitenziario per i minorenni così come da riserva formulata dal predetto art. 79 dell' Ordinamento Penitenziario del 1975.

Ed invece non è stato così; infatti il DPR 448/88 fu scritto ed emanato in gran fretta, al solo fine di adeguare il processo minorile al cambio epocale del codice di procedura penale per i maggiorenni che passava dal rito inquisitorio a quello accusatorio ed il legislatore non ebbe il tempo o, come spesso si dice, non ebbe la volontà politica di dare attuazione all'art. 79 dell' ord. penit. il quale, pertanto, continua ad affermare che: “Le norme penitenziarie per i maggiorenni si applicano anche nei confronti dei minori degli anni diciotto fino a quando non sarà provveduto con apposita legge”.

Oggi, a distanza quindi di quasi quaranta anni dalla emanazione della legge 354 del 1975 e nonostante, nel corso del tempo, siano stati elaborati numerosi progetti di legge per la creazione di un ordinamento penitenziario ad hoc per i minorenni, nessuna legge in tal senso è stata mai emanata per cui il Magistrato di Sorveglianza, il Tribunale di Sorveglianza, il Giudice dell' esecuzione ed il Pubblico Ministero debbono continuare, per l'inerzia del legislatore, ad applicare ai minori la stessa disciplina che si applica ai maggiorenni quale si ricava dal codice di procedura penale e dall' Ordinamento Penitenziario del 1975.

Per le norme che riguardano l'esecuzione penale e contenute nel codice di procedura, l'adeguamento è reso meno difficile dall' art. 1 del DPR 448/88 il quale afferma che nel procedimento a carico dei minorenni si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale, ove applicabili in modo adeguato alla personalità ed alle esigenze educative del minorenne.

Al contrario l'art. 79 non dice affatto che, fino alla emanazione di un ordinamento penitenziario minorile, le norme penitenziarie valide per gli adulti si applicano ai minori solo ove applicabili in modo adeguato alla personalità ed alle esigenze educative del minorenne. E questo significa che le norme sull'ordinamento penitenziario riferite agli adulti si dovrebbero applicare sempre e comunque ai minori senza nessun riguardo alla loro personalità ed alle loro peculiari esigenze.

Proprio per evitare questo, per le norme che riguardano l'esecuzione penale e che sono contenute nell' Ordinamento Penitenziario del 1975, è intervenuta più volte la Corte Costituzionale con più sentenze che hanno, indirettamente, fissato i criteri minimi per adeguare le norme dell'ordinamento penitenziario al mondo dei minorenni; la "faticosità" di questo lavoro di raccordo e cucitura da parte della Corte è sfociata, in taluni casi, in sentenze che avevano il sapore della "minaccia giuridica" nei confronti del legislatore inerte.

Vale la pena, a tal proposito, di ricordare la chiosa con la quale la Corte suddetta, nel finale della sentenza nr. 125 del 25 marzo del 1992, ammoniva il legislatore affermando testualmente: "...Con l'avvertenza, tuttavia, che ove il legislatore non provvedesse tempestivamente a varare, alla luce dei su indicati criteri, una normativa in materia, la Corte si vedrebbe costretta ad emettere una pronuncia –anche se nell'immediato preclusiva della stessa possibilità per i minori di usufruire delle misure alternative alla detenzione- interamente caducatoria".

Vediamo ora gli interventi più importanti da parte della Corte Costituzionale tesi a differenziare , a garanzia ed a tutela dei minorenni, certi automatismi e certi criteri dell' ordinamento penitenziario scritto e pensato per gli adulti.

Corte Cost. sent. nr. 125 del 1992; “Le esigenze di recupero e di risocializzazione dei minori devianti e, quindi, le esigenze di una forte accentuazione della funzione rieducativa della pena e di differenziazione del loro trattamento, rispetto a quello previsto per gli adulti, restano tuttora insoddisfatte dalla mancata emanazione di quella speciale normativa penitenziaria minorile vanamente annunciata dall’art. 79 Ord. Pen. con conseguente perdurante applicabilità ai minori delle norme dell’Ordinamento Penitenziario per i maggiorenni e di cui alla legge 354/75. Tale assoluta parificazione tra adulti e minori, proprio nel momento in cui deve essere scontata una pena detentiva ovvero deve essere applicata una misura alternativa alla suddetta detenzione, non è in armonia con i principi che reggono la materia, risultando compressa e vanificata l’esigenza di una specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento del condannato minorenni”.

Corte Cost. sent. nr. 49 del 1973; “Il peculiare interesse-dovere dello Stato al recupero del minore macchiatosi di un reato ha maggiore spessore ed importanza rispetto alla ordinaria pretesa punitiva dello Stato medesimo rivolta contro il responsabile del delitto e finalizzata al ristabilimento dell’ordine giuridico violato, per cui al recupero del minore deve rimanere subordinata la realizzazione o meno della pretesa punitiva”

Corte Cost. sent. nr. 168 del 1994: La funzione della pena detentiva o di una misura alternativa ad essa è principalmente quella di rieducare il minore deviante e rimetterlo sul sentiero di una vita proba ed onesta prima che le definitive decisioni che egli assumerà da maggiorenne, quanto al suo stile e modello di vita, possano rendere inutile ogni tentativo di risocializzazione; per questa ragione la funzione rieducativa della pena per un minorenni è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente”.

Corte Cost. sent. nr. 125 del 1992; L’intera organizzazione della Giustizia Minorile, dai Magistrati agli Assistenti Sociali, dagli Avvocati agli appartenenti al Corpo della polizia Penitenziaria distaccata presso le Procure e le carceri minorili, dai Responsabili delle Comunità e delle Case Famiglie agli stessi genitori del minore condannato, deve essere improntata all’essenziale finalità del recupero del minore deviante mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale”.

Corte Cost. sent. nr. 46 del 1978; “La finalità di rieducazione, recupero e risocializzazione della pena inflitta a soggetto minorenni, deve caratterizzare tutti i momenti e tutte le fasi attraverso le quali la giurisdizione penale si esplica nei confronti dei minori ed, in particolare, deve connotare il trattamento del minore nella fase esecutiva: ciò significa anche che il ricorso alla custodia in IPM, quanto al procedimento di cognizione ed il ricorso alla istituzione carceraria, quanto al procedimento di esecuzione, deve essere considerato per i minorenni, sempre e comunque come ultima ratio.”

2. Le misure alternative alla detenzione previste dalla legge 354/75 sono:

A) L'affidamento in prova ai Servizi Sociali (art. 47);

B) La detenzione domiciliare (art. 47 ter);

C) La semilibertà (art. 50);

L'applicazione è disposta dal Tribunale di Sorveglianza competente per territorio (luogo in cui il condannato risiede, se libero, oppure luogo ove è ristretto in carcere, se detenuto); per la concessione della liberazione anticipata ex art. 54 Ord. Pen. è invece competente il Magistrato di Sorveglianza.

Alle misure alternative alla detenzione possono accedere tutti, liberi e detenuti, non appena rimangono da scontare meno di tre anni, o meno di quattro o meno di sei nei casi come sopra ricordati. La differenza fra liberi e detenuti sta solo nel fatto che la trama designata dal V° comma dell'art. 656 cpp riguarda il caso del detenuto libero condannato per reato non ostativo il quale, proprio per questo, può accedere alle misure alternative senza mai passare per il carcere.

Al di fuori di questa ipotesi, prima si viene ristretti in carcere e poi, da tale luogo, si inoltra la domanda di applicazione di misure alternative per il residuo pena.

Per quanto riguarda l'affidamento in prova al Servizio Sociale ex art. 47 Ig 354/75, esso può essere concesso per un periodo uguale a quello della pena da espia- re se la pena detentiva, anche se costituente parte residua di maggiore pena, non su- peri i tre anni.

Il provvedimento è adottato:

per l'imputato libero, sulla base delle relazioni dei Servizi Sociali e del Commissariato di Polizia o Stazione dei Carabinieri competente sul territorio di residenza e vengono tenute nel debito conto gli eventuali percorsi di studio e/o di lavoro che il minore stesso o i suoi genitori siano riusciti a mettere in cantiere per dare un senso vero e profondo al cambiamento che si vuole essere avvenuto nel giovane condanna- to; per l'imputato detenuto, oltre che sulla scorta delle informazioni che si richiedo- no per l'imputato libero, anche e soprattutto sulla base della valutazione complessiva della sua personalità quale si è manifestata all'interno dell' istituto penitenziario per almeno un mese.

La Corte di Cassazione ha comunque chiarito che: "L'affidamento in prova e la semilibertà possono essere concessi ad imputato detenuto solo quando il Tribunale di Sorveglianza giunga ad una prognosi positiva sulle possibilità di reinserimento del condannato nella vita sociale; tale prognosi positiva deve essere legittimamente e- sclusa quando il condannato, pur mantenendo una condotta carceraria corretta, non sia ancora pervenuto ad una revisione critica del proprio passato continuando a so- stenere la propria innocenza oltre ogni logica e senza nemmeno assumere quelle ini- ziative processuali volte ad ottenere la revisione del giudizio. Non si richiede con ciò al condannato una confessione postuma, ma almeno una respiscenza consistente in un netto rifiuto della pratica criminale quale indispensabile premessa per un giudizio prognostico favorevole sul comportamento futuro in caso di riacquisizione della li- bertà".

Possiamo distinguere tre forme di detenzione domiciliare ed in particolare:

1) La detenzione domiciliare ex art. 47 ter lg 354/75

La detenzione domiciliare è concessa se la pena della reclusione, anche se costituente parte residua di maggior pena, non sia superiore a quattro anni.

La detenzione domiciliare può essere espiata nella propria abitazione o in un altro luogo di privata dimora o, ancora, in luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza.

Tale misura alternativa, che cristallizza, nella fase esecutiva, un modo di scontare la pena traendo origine da una soluzione cautelare e provvisoria quale sono gli arresti domiciliari, oltre ad essere concessa alla donna incinta, alla madre di prole di età inferiore a dieci anni con essa convivente, al padre esercente la potestà genitoriale su prole di età inferiore a dieci anni con esso convivente quando la madre è deceduta o impossibilitata ad assisterla, a persona in gravi condizioni di salute ed a persona di età superiore a sessanta anni, può anche essere concessa, e per quel che qui maggiormente interessa, a persona minore degli anni ventuno per comprovate esigenze di lavoro, studio, salute e famiglia. .

A questo proposito va detto che, sempre in applicazione del principio del favor rei, la Corte di Cassazione ha ritenuto applicabile la detenzione domiciliare anche ai minori nomadi ove vivano in una capanna censita ovvero in una roulotte; date le non certe confortevoli condizioni di simili soluzioni abitative, si è rettamente ritenuto che uscire dalla roulotte o dalla capanna non costituisca violazione agli obblighi imposti né reato di evasione dal momento che per ritenersi verificate tali ultime due condizioni il minore dovrebbe uscire dal campo nomadi. Questa è una sentenza della VI^o sezione della Cassazione del 10 settembre 1992, nr. 3086.

Il Tribunale di Sorveglianza fissa le prescrizioni - che possono essere modificate per circostanze sopravvenute dal Magistrato di Sorveglianza¹ - autorizzando il condannato ad allontanarsi dalla propria abitazione per esigenze di studio, di lavoro e di salute.

A differenza di quanto avviene nel procedimento di cognizione allorché il minore viola le prescrizioni a lui imposte con la misura cautelare della permanenza in casa, il condannato minore, alla pari questa volta con il maggiorenne, commette il reato previsto dall'art. 385 c.p.; un tale comportamento comporta, oltre alla condanna per il delitto di evasione, anche la revoca del beneficio della detenzione domiciliare.

I. M. COVELLI, op. cit., pag. 329;

La detenzione domiciliare è altresì revocata quando il comportamento del soggetto è contrario alle leggi o alle prescrizioni imposte.

2) La detenzione domiciliare speciale ex art. 47 ter , comma 1 bis, L. 354/75

La c.d. detenzione domiciliare speciale di cui all' art. 47 ter , comma 1 bis, dell' ordinamento penitenziario può essere disposta quando la pena da espiare, anche se costituente parte residua di maggior pena, non superi i due anni, indipendentemente dalle condizioni di cui all' art. 47 ter, quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento al Servizio sociale; la disposizione non si applica ai condannati per i reati ostativi di cui all'art. 4 bis. Questo tipo di detenzione domiciliare può essere disposta se ricorrono le condizioni di rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione di cui agli art. 146 e 147 del codice penale.

3) Per quanto concerne la detenzione al domicilio per gli ultimi 18 mesi di pena ai sensi della legge nr. 199 del 2010 e del Decreto legge nr. 211 del 2011

Questa variante della detenzione domiciliare, senza ancora contare le novità introdotte dal legislatore nel 2013 e che fra poco esamineremo, è la più recente forma di “detenzione domiciliare” introdotta, prima, per gli ultimi 12 mesi di pena detentiva ancora da scontare, poi per gli ultimi 18 mesi, rispettivamente dalla legge 199/2010 e dal Decreto Legge 22.12.11 nr. 211.

La lotta al sovraffollamento carcerario in Italia , negli anni '90 e 2000, è stata effettuata , a parte la legge Gozzini, con interventi non strutturali ossia affidandosi agli strumenti dell'amnistia e dell'indulto.

Tuttavia a poca distanza dai provvedimenti di amnistia le carceri tornavano a riempirsi e fu così varato il c.d. indultino con la legge 1 agosto 2003 n. 207 .

La strada dell'indulto è poi stata nuovamente imboccata, con la legge 31 luglio 2006 n. 241 e, con tale legge, furono ammessi al beneficio dell'indulto – nella misura massima di tre anni – gli autori di reati commessi entro il 2 maggio 2006.

Nel breve periodo, l'indulto del 2006 ebbe ad ottenere risultati soddisfacenti in tema di sfollamento delle carceri ma quell'effetto era destinato ad esaurirsi rapidamente come fu dimostrato dalla famosa

sentenza Sulejmanovic con la condanna dell' Italia, da parte della Corte di Strasburgo, per aver inflitto, in corso di espiazione pena, un trattamento inumano e degradante, simile alla tortura”

Nel 2009, infatti, nel processo Sulejmanovic contro lo Stato Italiano, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo , per la prima volta, pronunciò una sentenza di condanna nei confronti dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, a norma del quale “nessuno può essere sottoposto a... pene o trattamenti inumani o degradanti”.

In gioco vi era la quantità di spazio personale di cui ciascun detenuto aveva il diritto di “godere” sia pur nell’ambito della sua cella, dovendosi considerare inumano e degradante tenere detenuto un soggetto per un periodo di tempo apprezzabile in uno spazio personale troppo piccolo, ossia inferiore ai minimi dettati dalle Convenzioni internazionali, dal buon senso e dalla pietas nel senso più nobile del termine.

Se, da un lato, con la Sentenza Sulejmanovic, la Corte di Strasburgo, richiamandosi alla propria precedente giurisprudenza, ha escluso di “poter determinare, in maniera precisa e definitiva, la misura dello spazio personale che deve essere assicurato a ciascun detenuto in base alla Convenzione” (dal momento che rilevano anche la durata della privazione di libertà, le possibilità di accesso all’aria aperta o la condizione mentale o fisica del prigioniero), d’altra parte la medesima Corte di giustizia Europea ha anche sottolineato che “in certi casi, la mancanza di spazio personale per i detenuti può essere talmente flagrante da integrare da sola una violazione dell’art. 3”.

Ed è quanto, secondo la Corte, si è verificato nel caso sottoposto al suo giudizio, posto che per due mesi e mezzo il ricorrente Sulejmanovic ha avuto a disposizione soltanto 2,70 metri quadrati, ossia meno di tre metri quadri in cui muoversi.

A questa situazione, di perenne emergenza, nel gennaio del 2010 il Governo rispose, innanzitutto, approvando un nuovo ‘piano carceri’- Il Governo, cercò ancora una volta di intervenire (anche) sul piano dell’ ‘offerta penitenziaria; fu cioè previsto l’ ampliamento di una serie di istituti penitenziari già esistenti e la costruzione di nuovi stabilimenti.

Su questo scenario va ad innestarsi la lg. 26 novembre 2010 n. 199, intitolata “Disposizioni relative all’ esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno”. Questa legge ha come target due categorie di soggetti.

A) Condannati a pena detentiva in attesa di esecuzione della pena;

B) Condannati a pena detentiva che stanno scontando la pena in carcere.

Nella prima ipotesi, la pena da eseguire non deve eccedere l’anno ; nella seconda ipotesi, il limite massimo di un anno riguarda la pena residua. Per l’una e per l’altra categoria di soggetti, si prevede che, in presenza di alcune condizioni, quali l’ idoneità del domicilio, la pena sia eseguita nel domicilio del condannato.

Va sottolineato che, a norma dell’art. 1 comma 3 legge n. 199/2010, l’iniziativa non è più necessariamente delegata al condannato; infatti la legge impone al pubblico ministero competente per l’ esecuzione di sospendere l’ esecuzione della pena; poi il magistrato di sorveglianza, ricevuti gli atti dal pubblico ministero, può disporre d’ ufficio, e, quindi, anche in assenza di un’ istanza del condannato, l’ esecuzione della pena nel domicilio.

Circa l'accesso all'"esecuzione presso il domicilio della pena detentiva", si è detto che non è necessaria l'istanza del condannato. Tuttavia, il provvedimento del magistrato di sorveglianza non è automatico: presuppone infatti l'assenza delle condizioni ostative di cui all'art. 1 comma 2, e dunque, tra l'altro, l'accertamento che non vi sia un concreto pericolo di fuga, o di commissione di altri delitti, e inoltre l'accertamento dell'"idoneità" e dell' "effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offesa dal reato".

Questa clausola, evidentemente, è stata pensata in funzione degli autori di reati che si commettono necessariamente nei luoghi di abitazione, quali ad esempio i maltrattamenti in famiglia.

Soddisfatto evidentemente del risultato, il legislatore, con il decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, ha elevato a diciotto mesi il limite di pena entro cui la detenzione domiciliare può essere richiesta. Ciò significa che ai condannati con pena detentiva (anche residua) non superiore a diciotto mesi, tale pena è possibile scontarla presso la propria abitazione o un altro luogo, pubblico o privato, che lo accolga.

Tale istituto, per espressa disposizione legislativa, non si applica ai condannati per i reati particolarmente gravi (ossia quelli previsti dall'art. 4 bis della legge sull'ordinamento penitenziario), ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare o qualora vi sia la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga o commettere altri delitti; o, infine, come si è già detto, qualora il condannato non abbia un domicilio idoneo alla sorveglianza e alla tutela delle persone offese dal reato commesso.

Purtroppo tutte queste leggi sfolla-carceri non hanno prodotto risultati tangibili tanto è vero che la Corte di Strasburgo ha nuovamente condannato l'Italia nella controversia Torreggiani contro Stato Italiano. Il caso Torreggiani più altri, sottoposto all'attenzione della Corte Europea nell'agosto del 2009, venne depositato da sette ricorrenti contro lo Stato italiano per violazione dell'articolo 3 della Convenzione Europea ovvero la proibizione di trattamenti inumani e degradanti.

I ricorrenti, tutti detenuti, si trovavano a scontare la propria pena presso gli istituti di detenzione di Busto Arsizio e Piacenza. Dalla descrizione presentata nel ricorso risultava che, essendo ogni cella occupata da tre detenuti, ognuno di loro aveva a propria disposizione meno di tre metri quadrati come proprio spazio personale.

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo, consolidando il pregresso orientamento, ha considerato che non solo lo spazio vitale indicato non era conforme alle previsioni minime individuate dalla propria giurisprudenza, ma, inoltre, che tale situazione detentiva era stata, di fatto, ulteriormente aggravata dalle generali condizioni di mancanza di acqua calda per lunghi periodi e di mancanza di ventilazione e di luce

Tali condizioni, considerate nel loro insieme, sono state ritenute – e giustamente - una violazione degli standard minimi di vivibilità determinando una situazione di vita degradante per i detenuti. La compensazione pecuniaria per i danni morali subiti in violazione dell'articolo 3 della Convenzione è stata quantificata dalla Corte in una somma di circa 100.000 € per tutti i ricorrenti.

La sentenza merita un'analisi attenta specialmente perché costituisce una sentenza pilota della Corte Europea che affronta il problema strutturale del disfunzionamento del sistema penitenziario italiano.

Infatti la Corte Europea di Strasburgo, oltre a valutare la richiesta presentata dai ricorrenti nel caso specifico, ha identificato i casi che sono da ricondursi a una medesima categoria e che sono quindi imputabili ad un mal funzionamento comune dello Stato Italiano. Il meccanismo della sentenza pilota è una procedura che permette alla Corte, attraverso la trattazione del singolo ricorso, di identificare un problema strutturale, rilevabile in casi simili, e individuare pertanto una violazione ricorrente dello Stato contraente.

Orbene si deve considerare che, in una sentenza pilota, il ruolo della Corte Europea non è più solo quello di pronunciarsi sulla violazione della Convenzione nel caso specifico, bensì anche quello di identificare il problema sistematico e dare precise indicazioni al legislatore nazionale; e così ha fatto la Corte Europea nel caso Torreggianni dove ha concesso solo un anno di tempo all'Italia per risolvere strutturalmente e definitivamente il proprio sistema penitenziario.

La pronuncia in oggetto contro lo Stato italiano costituisce quindi un'obbligazione di risultato da ottemperare nel periodo indicato di un anno, termine, che, per intenderci scadrà nel gennaio 2014.

La risposta dell'Italia alla condanna della Corte Europea è stata fornita dal decreto legge 1 luglio 2013, n. 78 convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 94.

Qui il Governo Italiano ha introdotto, su delega parlamentare, modifiche ad alcune norme del codice di procedura penale, alle norme dell'ordinamento penitenziario in materia di misure alternative alla detenzione e benefici penitenziari ed, infine, a norme di leggi pur recentemente emanate.

In questa sede ci interesseremo ovviamente alla parte del decreto legge che innova gli istituti riguardanti l'esecuzione penale e l'ordinamento penitenziario.

L'ampliamento dei reati per i quali è possibile godere dei benefici della legge Gozzini:

Il principale obiettivo che andava perseguito per "svuotare le carceri e per frenare il continuo afflusso di nuovi detenuti" era quello di estendere oggettivamente e temporalmente la possibilità -per le persone soggette ad esecuzione- di godere del beneficio di cui all'art. 656, V° comma, c.p.p., ossia il beneficio di potersi vedere sospeso l'ordine di carcerazione in attesa di valutazioni del Tribunale di Sorveglianza sulla istanza dell'esecutato di accedere alle pene alternative.

Il primo punto su cui operare era quello di rivedere, riducendola, la lista dei reati ostativi.

E così è stato; difatti, se, da un lato, il legislatore del 2013 ha inserito fra i reati ostativi altri due reati (particolarmente odiosi) quali i maltrattamenti in famiglia aggravati e lo stalking, è anche vero che, con la nuova legge, hanno finito di essere ostativi i reati di cui agli art. 423-bis, 624, quando ricorrono due o più circostanze tra quelle indicate dall'articolo 625, 624-bis del codice penale, e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'articolo 61, primo comma, numero 1-bis), del medesimo codice, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'articolo DPR 309/90. Inoltre la novella ha anche abrogato la lettera c) del comma IX dell'art. 656 cpp rendendo così possibile anche a chi è stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, IV° comma, cp di vedersi sospesa l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, in presenza degli altri requisiti richiesti dall'art. 656 c.p.p.

L'ampliamento delle pene edittali per le quali è possibile godere dei benefici della legge Gozzini:

Un altro modo di intervenire per ottenere una deflazione della popolazione carceraria era quello, come si è detto, di tipo temporale. Ed infatti dopo la novella del luglio 2013, l'art. 656, V° comma, c.p.p. ora ammette ai benefici della legge Gozzini anche chi deve scontare una pena non superiore a quattro anni a condizione che sussistano i presupposti per ottenere la detenzione domiciliare.

L'ampliamento dei poteri del Magistrato di Sorveglianza nella fase precedente l'esecuzione ed il calcolo preventivo della liberazione anticipata ex art. 54 ord. pen.

La novella del luglio 2013 ha poi inserito nel corpo dell'art. 656 cp, dopo il comma 4 altri tre commi, ossia il 4bis, il 4ter ed il 4quater.

Le novità principali della novella sono due:

1- se il condannato si trova agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire e se la residua pena da espiare determinata ai sensi del comma 4-bis non supera i quattro anni" il pubblico ministero sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardo al tribunale di sorveglianza perché provveda alla eventuale applicazione di una delle misure alternative di cui al comma 5. Fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, il condannato permane nello stato detentivo nel quale si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti.

2 - Inoltre ora il pubblico ministero, prima di emettere l'ordine di carcerazione, valutata, non più su eventuale istanza di parte bensì d'ufficio, l'eventuale buona condotta tenuta dall'esecutato nei periodi di presofferto (per lo stesso reato in misura cautelare o per altro reato mediante il meccanismo della fungibilità) investa, in caso di valutazione positiva, il giudice competente della Sorveglianza della relativa decisione. In questo modo, il condannato potrà attendere "da libero" la decisione del tribunale di sorveglianza sulla sua richiesta di misura alternativa.

Appare evidente a chi scrive che il legislatore spesso entra in letargo tanto è vero che non ha ancora emanato, dopo 40 anni, l'ordinamento penitenziario minorile promesso dall'art. 79 dell'ord. penit. del 1975.

A risvegliare il legislatore dal suo sonno non sono i lamenti dei condannati, i suicidi in carcere, il sovraffollamento carcerario e le conseguenti violenze sessuali fra uomini nè il difficilissimo reinserimento di chi esce dal carcere e spesso ci ritorna perché la rete sociale non è pronta a riceverlo.

Viceversa il legislatore italiano pare svegliarsi dal suo torpore dispensando leggi frettolose e spesso in contraddizione l'una con l'altra solo quando l'Europa condanna lo Stato italiano a pagare una somma di danaro.

E se è davvero così, dobbiamo tutti cercare di rimettere in sesto la nostra povera e malridotta democrazia.

3. Anche ai minori degli anni diciotto si applica l'art. 656 del codice di procedura penale ed, a tal proposito, deve ricordarsi che gli istituti tipici dei minorenni della permanenza in casa ed del collocamento in comunità sono equiparati agli effetti dell'esecuzione penale, agli arresti domiciliari degli adulti.

Se il reato commesso non è ostativo, ossia non è ricompreso nella lista di cui all'art. 4 dell'Ord. Penitenziario e se la pena da scontare è inferiore ai tre anni di reclusione ovvero ai quattro anni di reclusione se sussistono le condizioni per la detenzione domiciliare ovvero ai sei anni di reclusione in caso di condannati tossicodipendenti, il P.M., salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, sospende l'esecuzione. In particolare il P.M. emette un provvedimento con cui dispone la carcerazione ma contemporaneamente dispone che quello stesso ordine rimanga sospeso.

L'ordine di esecuzione ed il coevo decreto di sospensione vengono notificati al condannato, agli esercenti la potestà genitoriale se il condannato è ancora minorenne, ed al difensore con l'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione previste dagli art. 47, 47 ter e 50, I° comma, dell'Ordinamento Penitenziario (ovvero dagli art. 90 e 94 D.P.R. 309/90 per i tossicodipendenti.)

Il predetto avviso informa altresì che, decorsi inutilmente i trenta giorni senza che sia presentata alcuna istanza ovvero nel caso in cui l'istanza presentata venga dichiarata inammissibile, l'esecuzione della pena avrà decorso immediato.

Uno dei casi in cui tale beneficio non può essere concesso è quello rappresentato dal caso che l'esecutato si trovi in carcere al momento del passaggio in giudicato della sentenza. In tale circostanza il PM dovrà emettere ordine di carcerazione senza ordine di sospensione dell'esecuzione anche se il reato non è ostativo ed anche se la pena fosse inferiore ai tre anni.

Sto sottolineando questo punto perché qui vi è una particolarità interessante per i minorenni.

Infatti il condannato minorenne può venirsi a trovare provvisoriamente in carcere, o meglio, in un Istituto Penale Minorile, per il reato per cui vi è esecuzione, solo perché colpito da un provvedimento di semplice aggravamento della misura cautelare per un massimo di trenta giorni per trasgressione agli obblighi inerenti il collocamento in Comunità.

Al termine di quei trenta giorni il minore dovrà tornare in Comunità. Orbene se la sentenza diventa esecutiva mentre il minore si trova in Comunità non c'è problema; potrà godere dei benefici di cui al 10° comma dell'art. 656 cpp e vedersi sospesa l'esecuzione.

Se invece la sentenza diventa esecutiva proprio durante questi trenta giorni di aggravamento trascorsi dal condannato nel carcere minorile non trova applicazione la sospensione dell'esecuzione anche se la pena da espiare fosse inferiore a tre anni ed il reato non fosse ostativo.

Se ne deduce che non è di poco momento decidere a quale disciplina sottoporre il minore che si trovi, al momento del passaggio in giudicato, trasferito momentaneamente, dalla Comunità ove era collocato, in carcere, per aggravamento e non per sostituzione della misura, per un massimo di trenta giorni dalla Comunità dove stava e dove sarebbe dovuto tornare.

Premesso che emettere l'ordine di carcerazione senza sospensione non sarebbe scelta giuridicamente errata, occorre dire che in un sistema improntato alle garanzie del soggetto minorenne e del favor rei, è certamente più opportuno che un Pubblico

Ministero garantista, prima di emettere qualsiasi provvedimento, faccia richiesta di relazioni ai Servizi Ministeriali ed alla Direzione dell'IPM onde comprendere come si stia comportando il minore e se quest'ultimo sia stato avviato al lavoro interno, a allo studio oppure a percorsi di sostegno psicologico.

Il PM dell' esecuzione si regolerà a seconda di queste verifiche e delle risposte che riceverà e, molto probabilmente, quando le relazioni richieste saranno arrivate, saranno anche trascorsi i trenta giorni di aggravamento con il ritorno del minore in Comunità, per cui ben potrà applicarsi la disciplina più favorevole al reo prevista dal X° comma dell'art. 656 c.p.p.

In tal modo forse una sentenza sarà posta in esecuzione con qualche settimana di ritardo e, però, così si eviterà che la macchina giudiziaria si trasformi in un acefalo schiacciasassi con conseguenze che sarebbero non solo poco umane ma, anche, difficilmente comprensibili per tutti ed anche per l'operatore della giustizia minorile.

NICOLA CICCARELLI
Sostituto Procuratore della Repubblica
presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli

“Il coraggio di cambiare”

Negli anni che hanno fatto seguito all'introduzione del codice di p.p.m. si è andata determinando una risposta penale alla commissione di reati a prevalente contenuto custodialistico.

L'allarme sociale legato a reati a volte gravissimi hanno indotto l'opinione pubblica ad esercitare pressione con l'ausilio dei media, sulla giurisdizione perché venissero adottati provvedimenti di carcerazione a carico degli autori dei delitti.

Ciò ha comportato l'enfaticizzazione del carcere e delle attività di recupero che si svolgono al loro interno che ancorchè meritevoli, difficilmente sortiscono, se non in rari casi, effetti risocializzanti. Nel sistema penitenziario minorile sono reclusi non più di 500 o 600 detenuti.

In Campania ve ne sono 50/60 e molto più estesa è la platea di minori delle comunità penali soprattutto del privato sociale che ne assorbono fino a 100 al giorno. Perché visti i modesti risultati del trattamento penitenziario non spostare il baricentro dell'interesse anche mediatico con il solo scopo conoscitivo, proprio sulle comunità che assicurano interventi più efficaci del carcere sebbene poco conosciuti dalla pubblica opinione? E' chiaro che il carcere in relazione a reati di “sangue, contro la persona, spaccio di sostanze stupefacenti, continua ad essere uno strumento irrinunciabile di reazione da parte dell'ordinamento.

Ma per tutta la vasta gamma degli altri reati che senso ha l'utilizzo della misura cautelare più grave che è smentita dal principio base dell'ordinamento che impone il ricorso al carcere con carattere di residualità?

E allora occorre proporre interventi legislativi di modifica delle norme attuali a partire dalle misure amministrative oggi inconcludenti.

Nei confronti: dei minori a rischio e dei minori autori di reato devono prevedersi misure di protezione-assistenza, sorveglianza ed educazione: deve essere introdotto l'obbligo di seguire corsi scolastici, di formazione professionale e di educazione civica: devono essere codificate attività di mediazione, quali l'incontro con la vittima, la riparazione del torto causato allo stesso o alla collettività.

Infine, nel caso di effettiva inidoneità del nucleo familiare, occorre prevedere la possibilità che la famiglia sia seguita quotidianamente da un operatore sociale o che il minore venga collocato in una famiglia di accoglienza o in un'istituzione educativa.

Tali misure se attivate potrebbero costituire un valido strumento di intervento al favore dei minori non imputabili che hanno commesso reati sempre che abbiano carattere di obbligatorietà.

Occorre per i soggetti autori di reati creare un corpo di norme ad hoc sia mettendo mano al codice penale, sia a quello di procedura penale.

Sarebbe indispensabile individuare fattispecie criminose che tengano conto dell'universo minorile attraversato da continue manipolazioni da parte degli adulti, spesso dalle famiglie di appartenenza che vanno punite ai sensi del codice civile opportunamente modificato.

Anche per le norme procedurali sarebbe necessario diversificarle da quelle per gli adulti che oggi si applicano in prevalenza per l'esiguità delle disposizioni di settore.

Occorrerebbe ridurre drasticamente i tempi del processo penale minorile e il passaggio in cosa giudicata delle sentenze che a volte si realizza dopo molti anni quando l'ex minore è abbondantemente adulto e si è integrato nella società con conseguente grave pregiudizio.

Discorso a parte merita la creazione di un ordinamento per l'esecuzione delle pene detentive e misure cautelari.

Ciò si attende da quasi quarant'anni e tale ritardo è irrispettabile per le attenzioni che la legislazione ha sempre dichiarato di volere riversare verso i minori. Occorre estendere e disciplinare la concessione dei permessi e/o dei rientri in famiglia in contesti educativi con più coraggio aumentando le occasioni di presenza in esterno.

Bisogna attribuire al magistrato di sorveglianza dei minori il controllo non solo dei detenuti ma anche degli ospiti delle comunità penali che oggi, con l'attuale sistema non possono ricorrere a nessuna figura terza di garanzia!

Le attività nelle comunità penali devono essere di assoluta obbligatorietà (istruzione, formazione, lavoro, attività di tempo libero e sport con finalità non solo di cura del fisico ma anche di accrescimento morale ed etico) a cura del giudice.

Occorre creare nuove e più confacenti misure alternative alla detenzione o di esecuzione delle misure cautelari non detentive, con evidente utilizzo delle risorse territoriali con il coinvolgimento del volontariato che oggi, in assenza di adeguate risorse economiche degli enti territoriali, possono e devono costituire uno strumento insopprimibile di crescita per le utenze penali e non solo. Si avverte oggi in un clima di immobilismo, forse innescato dalla paura per le innovazioni, la necessità di un deciso cambiamento di rotta che favorisca la coesione di tutti i protagonisti interessati al recupero della devianza.

L'integrazione auspicata e prevista da molte leggi di settore oggi sembra distante dall'operatività quotidiana nella quale solo talvolta l'iniziativa del singolo operatore può sortire l'effetto sperato.

Ma la complessità delle problematiche minorili impongono atteggiamenti di coesione-integrazione che senza rinunciare al bagaglio professionale di ciascun operatore, consenta di superare l'individualismo che è controindicato per il felice esito di qualsiasi attività educativa!.

Papa Francesco dice: "non abbiate paura del cambiamento e percorrete il "nuovo" con la fiducia e la saggezza trasmessa da coloro che ci vogliono bene!" solo così il vecchio e il nuovo si salderanno per costruire un futuro migliore e più umano. I vantaggi delle proposte delineate trovano esplicitazione e contenuti nelle osservazioni che seguono articolate dagli scriventi

A tale proposito si sottolineano le motivazioni che spingono a credere nell'efficacia di una struttura quale possa essere quella comunitaria, partendo dalla possibilità di sperimentare all'interno di questi contesti una relazione maggiormente autentica capace di far assumere al minore il suo spazio, quella dimensione all'interno della quale è possibile esprimersi liberamente acquisendo la giusta importanza.

Tale esperienza è resa possibile in quanto il giovane, ha l'opportunità di abitare in un luogo dove ci sono meno rigidità nei confini degli spazi e avere maggiore possibilità di confronto repentino con gli operatori e gli educatori della struttura.

La Comunità si lascia preferire per:

la maggiore possibilità di relazionarsi con l'èquipe ed il personale tutto in maniera autentica;

la forza della persuasione è più importante della forza stessa che è bandita dalle regole comunitarie;

per il numero ridotto di ragazzi che vi dà la possibilità di conoscerli meglio, osservare con maggiore attenzione le dinamiche di gruppo e del singolo nel gruppo;

perché ha aree meno scandite, meno rigidità negli spazi interpersonali e dunque, maggiore condivisione, maggiore conoscenza del minore del suo vissuto maggiore possibilità di coinvolgimento delle famiglie;

per la maggiore possibilità di personalizzare gli interventi essendo il numero dei minori più ridotto;

per i rapporti facilitati con l'ambiente esterno e di conseguenza per la maggiore possibilità di spaziare con le risorse esterne;

per la maggiore facilità di gestione di finanziamenti ancorchè periodicamente rendicontati e monitorati;

per la maggiore possibilità di rientrare temporaneamente in famiglia;

per la maggiore autonomia nelle decisioni attinenti ai progetti educativi, e da parte dei minori nell'adesione agli stessi in modo meno strumentale;

per la ricchezza del rapporto educativo che si realizza quotidianamente e compiutamente nel dialogo attraverso il quale il giovane può rivedere la propria posizione giuridica e avere l'opportunità di sperimentare il proprio punto di vista assumendo all'interno del dialogo un ruolo attivo ed una posizione, di maggiore rilievo, che lo spinga ad acquisire nuovi elementi di conoscenza.

SANDRO FORLANI
Ex Dirigente C.G.M. di Napoli
Consulente per la Coop. Sociale
"Il Quadrifoglio"

CARMELA PANICO
Psicologa - Psicoterapeuta
Educatrice per la Coop. Sociale
"Il Quadrifoglio"

Minori “a rischio” e delitto di associazione mafiosa: profili sostanziali e riverberi processuali

SOMMARIO: 1. I cosiddetti “minori a rischio”; 2. La consapevolezza della lesività del bene giuridico; 3. Il delitto di associazione mafiosa: struttura e limiti della punibilità nell’agire mafioso; 4. segue: la sostanziale (in) consapevolezza dei minorenni della lesività dei fatti di mafia; 5. La posizione soggettiva del minore nel delitto di associazione di tipo mafioso: la “compenetrazione organica” come soglia minima della partecipazione; 6. segue: la ridotta “afferrabilità” della condotta associativa mafiosa: l’imputabilità e i riflessi sulla valutazione del momento psicologico.

1. Che le persone minorenni siano coinvolte in attività illecite sotto il controllo delle organizzazioni criminali è innegabile.

Al pari innegabile è l’esistenza di associazioni di tipo mafioso, radicate da tempo sui territori, in grado di creare ecosistemi atipici e particolari; comunità di individui tra i quali si instaurano relazioni reciproche in un equilibrio dinamico, certamente anticostituzionale e, dunque, antidemocratico.

Questo non può non condizionare le scelte di una persona che non abbia ancora compiuto la maggiore età.

Le storie dei ragazzi “della mafia” sono innanzitutto quelle di minorenni disagiati (dal punto di vista sia personale, che familiare e socio-economico) con esperienze di disadattamento o di esclusione, che li portano ad assumere comportamenti di rottura come reazione allo svantaggio sociale vissuto, al fine di assumere un ruolo all’interno della società.¹

Non è un caso che con l’espressione “sentire mafioso” ci si riferisce ad “un insieme di codici di trasmissione, che hanno come scenario da un lato il nucleo familiare con i suoi codici, e dall’altro la società pregna di simboli e miti come quello della fedeltà del gregario, dell’esibizione della forza, dell’eroe negativo e della cultura del comparaggio”².

Di certo il fenomeno mafioso non può essere ridotto a mero fatto culturale.

Le organizzazioni criminali, nazionali e transnazionali, sono organizzazioni che presumono vertici organizzativi politici ed economici con una struttura complessa ed articolata quanto ai meccanismi di funzionamento, agli scopi, in ultima analisi, all’essenza di una siffatta condotta criminosa che presuppone una complessa struttura del dolo.

1. Cfr. Progetto “Mafia Minors” – Programma AGIS 2004, JAI/2004/AGIS/135 – Dossier ITALIA, p. 29

2. PRIORE, LAVANCO – *Adolescenti e criminali. Minori e organizzazioni mafiose: analisi del fenomeno e ipotesi d'intervento*, Milano, 2007, p. 38

D'altro canto, la persona minorenni è, all'inizio della formazione della sua personalità; priva di strumenti che siano in grado di decodificare la realtà di una società odierna, ormai fondata esclusivamente sui "canoni" dell'economia e della speculazione finanziaria la cui conseguenza è quella di determinare anomalie sociali che sfociano, per un verso, nella sfrenata e selvaggia accumulazione di capitali, specialmente in modo illegale, per altro verso, nell'opera politica di travisamento delle regole costituzionali di contenimento del potere, oltreché di svilimento e demolizione delle agenzie educative sul territorio del nostro Paese, determinando così il fallimento di quei fondamentali principi costituzionali sanciti dagli articoli 2 e 3 della Costituzione italiana.

Tale contesto riduce la capacità di intendere e di volere del minore, già ritenuta dal legislatore oggetto di accurata indagine da svolgersi caso per caso, specialmente se si tiene conto della multi – problematicità di determinate famiglie d'origine.³

L'indagine sul livello della capacità di intendere e di volere, della maturità e del discernimento di questi minori, dunque, è di fondamentale importanza per due ordini di motivi: da un lato, spiega l'origine di comportamenti antisociali e delittuosi, dall'altra, incide sulla valutazione del grado di responsabilità delle condotte e di conseguenza sulla risposta sanzionatoria.

Da qui la domanda: quale consapevolezza, da parte del minorenni, della lesione di quale bene giuridico? Quale capacità criminale del minore? Quale ruolo del minore nella realizzazione di condotte non sempre penalmente ma socialmente tipizzate?

2. Sul versante della teoria generale, il reato presuppone parti di esso che lo costituiscono.

Un fatto antigiuridico, colpevole e punibile è un fatto che certamente può essere addebitato ad un determinato autore che lo ha cagionato.

Il problema sarebbe risolto se venisse processualmente accertato che taluno appartenga, sia associato, collabori, partecipi ad un'associazione di tipo mafioso.

Senonché, questa semplice constatazione rileva alcuni aspetti problematici che meritano di essere esaminati.

Allontanandoci, per un istante, dal litorale della fattispecie incriminatrice dell'associazione di tipo mafioso, è appena il caso di recuperare una nozione di carattere generale, della sistematica del reato, in virtù della quale un fatto-reato presuppone, tra gli altri elementi, la colpevolezza.

3. In moltissimi casi della prassi i minori parlano del proprio ambiente familiare come multiproblematico, degradato, privo di mezzi di educazione, con basso livello di scolarizzazione e pregresse esperienze carcerarie. Spesso i minori che delinquono appartengono a famiglie che risultano appartenere a circuiti propri della criminalità organizzata. Inoltre, è evidente la forte influenza negativa della figura adulta che nella preponderanza dei casi risulta complice del minore.

Quali sono dunque i confini della rimproverabilità di un fatto preveduto dalla legge come reato?

La categoria del dolo ha certamente il compito di rispondere al quesito pocanzi posto.

Ed in effetti è l'analisi di tale elemento che svela i confini tra un meccanismo di garanzia ed un automatismo lesivo dei diritti dell'accusato.

Automatismo, dal quale è necessario prendere le distanze in quanto frustra il ruolo della categoria del dolo nella sua interezza.

L'autore del reato è tale non solo perché è cosciente e vuole l'evento dannoso o pericoloso, ma è anche consapevole di ledere un interesse giuridicamente tutelato, quindi, cosciente che l'antigiuridicità del suo comportamento, che è mera contraddizione tra il fatto e l'intero ordinamento giuridico, vuol dire lesione di un bene giuridico protetto dalla legge⁴.

La consapevolezza di compiere un'azione lesiva di un interesse giuridicamente tutelato, che rende quell'azione penalmente rilevante, risulta il logico fondamento dell'ulteriore principio di matrice costituzionale del valore rieducativo della pena.

La valutazione giudiziale della penale responsabilità è operazione complessa che non può non includere l'accertamento della consapevolezza della lesione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice.

La formula del *dolus in re ipsa*, che ancora, talvolta, viene evocata, è in realtà basata sopra una visione arbitrariamente semplicistica dei contenuti del dolo, oltre che del suo accertamento.⁵

In buona sostanza, il dolo come coscienza e volontà dell'atto lesivo di un determinato bene giuridico.⁶

La coscienza del compimento di un atto antisociale, da parte del suo autore, legittima la pretesa punitiva dello Stato che si erge contro l'antigiuridicità del fatto e, dunque, l'illiceità della condotta, a tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

L'assunto sembra essere definitivamente confermato dall'opera del Legislatore quando decise di formulare le norme in tema di elemento psicologico del reato.

4. F. ANTOLISEI, Manuale di dir. pen., parte generale, 4° ed., 1961, p. 256, "afferma che perché possa parlarsi di dolo è indispensabile la consapevolezza del carattere antisociale del fatto, il che significa che l'agente deve rendersi conto di nuocere ad altri; vale a dire di ledere o porre in pericolo interessi che non gli appartengono" in Esposizione di Giurisprudenza, Milano, 1962, p. 107

5. S. PROSDOCIMI, Digesto, voce: reato doloso, 1996, in www.plurisonline.it

6. D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961

Ci si riferisce all'art. 43 c.p. che al primo comma delinea i caratteri dell'atteggiamento mentale di chi prevede e vuole una determinata conseguenza della propria azione od omissione: "non vi è dubbio – appare utile il chiarimento – che l'art. 43 cod. pen. vada riferito all'evento in senso normativo; meglio: all'evento considerato quale lesione o messa in pericolo dell'interesse significativo sotteso alla norma penale interesse la cui rappresentazione non presuppone affatto la conoscenza della norma penale, la quale ultima non crea dal nulla gli interessi da proteggere, che preesistono ad essa sul piano delle realtà etico-sociali e, non di rado, sul piano delle stesse realtà giuridiche extrapenali"⁷.

Contrariamente si giungerebbe al paradosso dell'applicazione automatica di una pena in relazione ad un mero gesto intenzionale con la conseguente degenerazione del principio costituzionale della finalità rieducativa della pena in mera punizione vendicativa e corporale.

3. Il dolo, come coscienza e volontà della lesione del bene giuridico sotteso alla norma incriminatrice, svela complicazioni valutative di tale momento intellettuale quanto, in particolare, al delitto di associazione mafiosa.

Quest'ultimo, introdotto nel codice penale dall'art. 1 della legge 13 settembre 1982, n. 646 nota anche come "Legge Rognoni – La Torre", è il risultato di una sintesi tra nozioni giuridiche e metagiuridiche, che ha certamente rappresentato una vera e propria "rivoluzione copernicana" nel contrasto giudiziario alle organizzazioni criminali di stampo mafioso.

La norma configura una fattispecie tipica avente una struttura caratterizzata dalla concomitanza di due elementi quali il concorso necessario e il dolo specifico.

Il legislatore del 1982 ha, peraltro, distinto la posizione soggettiva della partecipazione semplice da altre quali la direzione, promozione od organizzazione.

La condotta associativa punibile della partecipazione semplice esige un comportamento qualificato consistente nell'organico inserimento del soggetto all'interno del sodalizio mafioso, così da poter ritenere dimostrato l'ulteriore elemento dell'*affectio societatis*⁸.

L'adesione alla *societas sceleris*, quindi, è l'intraneità, la piena consapevolezza e condivisione dei fini e dei programmi associativi tanto da ritenere quel soggetto completamente dipendente ed assoggettato ai desiderata dall'organizzazione.

7. S. PROSDOCIMI, cit., in www.plurisonline.it

8. Si tratta dell'elemento soggettivo che si concretizza nella consapevolezza e nella volontà del soggetto di fare effettivamente parte di un'organizzazione criminale e di conseguenza agisce per apportare un concreto contributo, anche minimo ma non insignificante, alla *societas*, in vista degli scopi di quest'ultima. (Cfr. TURONE).

L'agente deve apportare un contributo costante e consapevole all'attività dell'associazione, in quanto intraneo ad essa, al fine di essere ritenuto responsabile della partecipazione mafiosa contrariamente egli non partecipa al sodalizio criminale.⁹

La Suprema Corte di Cassazione, infatti, ha delineato la condotta partecipativa di un soggetto come quella caratterizzata da un vincolo, tra lo stesso e l'associazione, che si instaura in vista di una futura permanenza in essa, a tempo indeterminato, e sino allo scioglimento della consorteria mafiosa stessa.¹⁰

Una definizione giurisprudenziale conforme si ricava da una recente sentenza della Suprema corte in tema di differenze tra partecipazione e concorso esterno in associazione mafiosa.

La Cassazione, infatti, nel delineare i tratti distintivi tra *extraneus* ed *intraneus* afferma che il partecipe, "*intraneus*", è animato dalla coscienza e volontà di contribuire attivamente alla realizzazione degli scopi associativi con i caratteri della stabilità e della permanenza.¹¹

Quanto alle modalità dell'agire dell'intraneo, la stessa Corte, indirettamente, specifica questo ulteriore elemento della condotta punibile, attraverso una pronuncia che definisce l'elemento specializzante dell'associazione di tipo mafiosa.

I giudici di legittimità hanno affermato che un'associazione per delinquere può essere qualificata mafiosa soltanto se si sia avvalsa dell'apparato strutturale – strumentale tipico.¹²

Tali considerazioni risultano utili al fine di definire il ruolo dell'associato, *rectius* del partecipe del sodalizio mafioso.

Ne consegue che la presenza dell'elemento specializzante definisce anche la posizione soggettiva dei singoli partecipi che saranno tali se ed in quanto agiscano con la volontà e consapevolezza di avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento ed omertà che ne deriva al fine di commettere ulteriori delitti previsti dal programma associativo.

9. Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio-27 giugno - 1994 n. 2348, in Guida al Diritto n. 2/1994, p. 75 con la quale la Corte afferma che il soggetto o è fuori dall'organizzazione e dunque andrà punito per il reato eventualmente commesso (sia pure aggravato) ovvero è intraneo all'associazione e dunque responsabile del delitto previsto dall'art. 416bis cod. pen.

Il ragionamento della S.C. si chiude infatti con l'affermazione "tertium non datur".

10. Cass. Pen., Sez. II, 15 ottobre-28 dicembre 2004 n. 49691 - Pres. Cosentino; Rel. Massera; Pm (conf.) Iacoviello; Ric. Pg appello Palermo e altro in proc. Andreotti, in Guida al Diritto – Dossier/2 n. 9/2005, p. 75

11. Cass. pen., Sez. II, 16 maggio 2012, n. 18797 (20 aprile 2012) Ric. Giglio. (cp, art. 110; cp, art. 416 bis), in Riv. pen. 2012

12. È necessario cioè che l'associazione agisca avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento ed omertà che ne deriva al fine di realizzare altri reati del programma associativo. (Cass. Pen., Sez. I n. 10371/1995, in Guida al Diritto n. 49/1995, p. 73)

Non a caso, la prova della responsabilità del partecipe, che non rivesta le qualità di capo, promotore od organizzatore, deve essere provata non semplicisticamente dalla partecipazione al gruppo e dall'accettazione del suo programma criminoso, ma deve essere vagliata con riferimento ai singoli reati.¹³

Concorre a chiarire la dissomiglianza tra partecipe ed appartenente, un decreto del Tribunale di Palermo in tema di applicazione delle misure di prevenzione *ex lege* 575/1965.

Argomentando a contrario la giurisprudenza di merito afferma chiaramente che il concetto di appartenente ad un'associazione mafiosa è talmente ampio da farvi rientrare qualunque posizione soggettiva che lasci presumere che il soggetto sia nella piena disponibilità dell'associazione criminale; altra cosa è la partecipazione interna ad una consorteria criminale (identificata ai sensi dell'art. 416bis co. 1 cod. pen.), posizione soggettiva che pretende una contiguità cosciente e costante ed una piena e consapevole disponibilità a rendersi partecipe di condotte agevolatrici.¹⁴

4. La consapevolezza di compiere gesti che sono antiggiuridici in quanto antisociali è momento intellettuale del dolo.

Si pone allora un interrogativo cogente quanto al grado di consapevolezza, di una persona minorenni, della effettiva lesività del bene giuridico delle condotte associative.

Parlando, infatti, di associazione mafiosa non si può non fare riferimento a nozioni di carattere sociologico, economico e politico.

Del resto, la stessa fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 416bis cod. pen. è il risultato di uno sforzo di sintesi del legislatore che ha normativamente delineato i caratteri del 'metodo mafioso'.

L'operazione legislativa del 1982 risulta essere stata molto complessa in quanto fondata, da un lato, sul materiale interpretativo offerto dalla giurisprudenza di merito, che nel corso degli anni si era confrontata con le difficoltà applicative dell'art. 416 cod. pen. a condotte così particolari come quelle mafiose (nota è infatti, nell'analisi storico-sociale del fenomeno mafioso, la cosiddetta stagione delle assoluzioni "per insufficienza di prove" che ha caratterizzato le vicende giudiziarie di fine anni '70), dall'altro, traendo informazioni dai primissimi documenti scritti della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno mafioso (1965) e dall'analisi di studi in materia di carattere socio-economico.¹⁵

13. Cass. Pen., Sez. VI, n. 4284/1997 - Pres. Pisanti; Rel. Di Virginio; Pm (conf.) Ranieri; Ric. Sardo, in Guida al Diritto n. 23/1997, p. 91

14. Tribunale di Palermo, decreto 26 gennaio 2006 - Pres. Saguto; Rel. Nicastro in Guida al Diritto n. 22/2006, p. 63

15. Quello del 1982 fu un momento legislativo senz'altro decisivo del contrasto repressivo della criminalità organizzata e la legge 13 settembre 1982, n. 646, nota come "Legge Rognoni - La Torre" fu certamente il risultato anche delle indicazioni provenienti dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia, istituita con legge 20 dicembre 1962, n. 1720).

Sicché il Legislatore ritenne di non doversi soffermare tanto sulla definizione di tradizionali elementi strutturali (del resto già normativamente definiti dalla norma sull'associazione per delinquere), ma piuttosto di identificare la genesi del comportamento mafioso.

Appare allora evidente l'errore. Il metodo mafioso è crisi sistemica dell'assetto costituzionale. L'associazione mafiosa trasforma il carattere eccezionale della condotta anti-giuridica colpevole e punibile in un *modus operandi* reiterato di un certo gruppo sociale con la finalità di sovvertire l'ordine costituzionale (che è ordine sociale, politico ed economico).

L'errore, dunque, è stato il non aver (voluto) comprendere tale aspetto e l'aver affrontato il fenomeno mafioso con la legislazione dell'emergenza.

Non v'è chi non veda che gli effetti di tale erronea impostazione si siano riversati nel momento della individuazione dell'ordine pubblico (ideale) come bene giuridico tutelato dalla norma (Moccia).

Da un punto di vista oggettivo, si intende tutelare la sicurezza pubblica e la tranquillità comune; dal punto di vista soggettivo, si vuole proteggere la libertà morale della popolazione di autodeterminarsi nelle scelte della vita sociale.¹⁶

La dottrina, sul punto, è sostanzialmente attestata su profili critici che tendono ad evidenziare l'effettiva inadeguatezza della previsione legislativa, proprio in ordine alla individuazione normativa del bene giuridico sotteso alla disposizione inserita nell'art. 416bis cod. pen.

Viene dichiarata tutta la inafferrabilità dell'oggetto di tutela della incriminazione, in quanto la norma opera erroneamente la identificazione del bene giuridico da tutelare, identificando il bene giuridico con la ratio stessa del sistema penale (Moccia).

5. Ci si interroga, dunque, sulla posizione soggettiva del minore nel delitto di cui all'art. 416bis cod. pen.

L'esemplificazione casistica è data dalla vicenda che trae origine da un procedimento penale per associazione mafiosa, nei confronti del figlio di un noto boss di un altrettanto noto clan della camorra.

Il minore, riconosciuto responsabile del delitto di associazione mafiosa dal Tribunale per i Minorenni di Napoli, impugna, per mezzo del suo difensore, la sentenza di primo grado dinanzi alla Sezione Minorenni della Corte di Appello di Napoli.¹⁷

16. Nello stesso senso, pur con sfumature diverse, DE LIGUORI, *L'oggetto giuridico della tutela penale nell'art. 416 bis: limiti e funzioni*, in CP, 1990, 1717; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 89; DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, 290; SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, 5a ed. agg., Padova, 1997, 103; G. TURONE, *Il delitto*, 267, in www.plurisonline.it
17. Proc. pen. n. 86/11, Sent. n. 80/13, imp. V.G., difensore Avv. Mario Covelli, pres. Est. Cocchiara.

Il Giudice dell'Appello, investito del gravame, affronta il problema della responsabilità penale nel reato associativo, operando un distinguo concettuale tra “*ruolo di spicco*” e “*ruolo attivo*”; da un lato, non ritiene fondata l'eccezione sollevata dalla difesa tesa ad evidenziare come le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia avessero escluso l'intraneità del minore in quanto “*troppo giovane per ricoprire un ruolo di spicco*” e, dunque, conclude la Corte, non inserito “*nell'organico*” dell'associazione; dall'altro, afferma che il minore ha avuto quanto meno un “*ruolo attivo*”, pertanto, lo condanna perché responsabile di fare parte di una associazione di tipo mafioso.

Ma come ha giustamente osservato la dottrina¹⁸, la prova della partecipazione dei singoli soggetti ad un'associazione di tipo mafioso non può esaurirsi nella semplice verifica di un'adesione monosoggettiva, ma dovrà estendersi ad una ricerca più complessa: alla ricerca, appunto, di un effettivo inserimento nel tessuto organizzativo e di un effettivo contributo apportato alla vita dell'ente associativo.

Si configura così la condotta partecipativa quale fondata su due componenti essenziali: quella relativa al modello organizzatorio, che presuppone l'organico inserimento del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio mafioso, e quella riferita al modello causale, in virtù del quale rientra, nella valutazione penale, l'effettivo contributo causale apportato dall'agente, non ad un singolo soggetto che faccia parte di un'associazione di tipo mafioso, bensì al sodalizio criminale stesso¹⁹.

Su tale impalcatura può essere poggiato, infine, il ragionamento, essenziale ai fini dell'accertamento della penale responsabilità, in virtù del quale risulti, nel soggetto agente, l'*affectio societatis*, cioè la consapevolezza (e la volontà) sia di essere effettivamente inserito nell' “organico” associativo, sia del nesso causale del suo effettivo contributo all'associazione.

Nondimeno le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato che in tema di associazione mafiosa la condotta associativa punibile, quella realmente tipizzata dal legislatore, è riferibile a colui il quale “*si trovi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno «status» di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale*”²⁰

Già vent'anni fa la Cassazione tentava di affrontare il problema della partecipazione offrendo una interpretazione costituzionalmente orientata, volta a salvaguardare la tipicità della condotta punibile, in riferimento al delitto previsto dall'art. 416 cod. pen.

18. Cfr. G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008

19. La distinzione tra modello organizzatorio e modello causale è di FIANDACA, *Orientamenti della Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, in G. TURONE, *Il delitto* cit.

20. Cass. SS. UU., 12 luglio 2005 (dep. 20 settembre 2005), Mannino in G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa* cit.

Con la sentenza Arslan del 1985, il Supremo collegio individuava l'obbligo, in sede applicativa, di specificare sia il ruolo svolto dal partecipante, all'interno dell'associazione per delinquere, sia il concreto contributo che lo stesso apporta alla struttura associativa con la conseguenza, sul piano soggettivo della condotta, che altresì dovrà essere individuato il relativo dolo specifico, consistente nella consapevolezza di contribuire attivamente ad un'associazione siffatta.²¹

I Giudici di legittimità, successivamente, con la fondamentale pronuncia del 2005, compiono un'importante precisazione della precedente giurisprudenza stratificata nel tempo, operando un'estensione del modello organizzatorio, ma soprattutto affermando l'imprescindibilità, ai fini dell'accertamento della penale responsabilità, di una valutazione congiunta delle due componenti essenziali, solo dalla quale può legittimamente derivare l'effettiva sussistenza dell'elemento psicologico.

In altre parole le Sezioni unite hanno affermato il principio giurisprudenziale in virtù del quale la responsabilità penale, per i fatti che siano qualificati ai sensi dell'art. 416bis co.1 cod. pen., presuppone un accertamento che dia prova della fusione della componente causale con quella organizzatoria della condotta.

Ecco, dunque, l'aporia interna alla motivazione della sentenza dei giudici di Appello di Napoli: nonostante non sia stata raggiunta la prova dell'inserimento dell'imputato nell'organico del sodalizio, che quindi viene escluso data la sua giovane età, si fonda l'accertamento penale dando prova della sola eventuale componente causale della condotta, non raggiungendo lo standard probatorio richiesto dalla norma, così come interpretata dall'opera nomofilattica della Cassazione.

Né, tantomeno, può ragionevolmente dedurne l'*affectio societatis*.

In altri termini, la Sezione Minorenni napoletana, riconoscendo un generico "ruolo attivo" dell'imputato, ha escluso, indirettamente, la sussistenza della fondamentale componente organica della partecipazione proprio sull'assunto della sua giovane età.

Né poteva essere diversamente, considerata la effettiva incompatibilità della personalità in fieri del minorenni con la componente psicologica del dolo che è coscienza e volontà di ledere il bene giuridico "dell'ordine pubblico (ideale)".

Del resto già nel lontano '93 c'era chi²² sosteneva il sostanziale fallimento dell'esperienza applicativa dell'art. 416bis c.p., nei confronti dei minorenni, sulla base di due considerazioni: da un lato, l'osservazione delle motivazioni nelle sentenze di assoluzione ai sensi dell'art. 530 co. 1 cod. proc. pen. che, nella maggior parte dei casi, attestavano l'infondatezza della contestazione sull'assunto di una carenza strutturale della condotta quanto all'elemento soggettivo²³;

21. Cass. 24 aprile 1985, Arslan, in C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, p. 128

22. F. SCLAFANI, *La cultura giuridica*, in F. OCCHIOGROSSO (a cura di), *Ragazzi della mafia*, Milano, 1993

23. "il minore attesa la sua giovanissima età, non era in grado di rendersi conto di aver aderito ad una associazione criminosa" in *Ragazzi della mafia* cit., p. 307

dall'altro, l'analisi della imputabilità minorile rispetto al delitto di associazione mafiosa, che pone l'interrogativo circa la effettiva possibilità per il minore di resistere alla condotta criminosa ovvero di esprimere un valido consenso quanto alla partecipazione mafiosa.

6. Ora è lecito domandarsi se sia prospettabile la questione intorno alla imputabilità del minorenne rispetto al delitto di associazione mafiosa.

L'art. 98 cod. pen. afferma proprio che la persona minorenne è certamente imputabile se aveva capacità di intendere e di volere al momento del fatto.

L'intento è quello di compiere una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 42 e 98 cod. pen., allorché ci si appresti all'applicazione delle norme sostanziali nell'ambito della giustizia minorile.

Del resto, il dolo è sì l'elemento interiore del soggetto, ma "presuppone quei requisiti di intelligenza e di maturità che noi chiamiamo oggi «imputabilità» e che la legge precisa in una espressa definizione (art. 85 cod. pen.)"²⁴

A tale proposito va evidenziato che la stessa dottrina, che ha sostenuto la irrinunciabilità del momento analitico della lesione del bene giuridico, "quale momento intellettuale del dolo", ha poi definito, coerentemente, l'indice differenziale tra coscienza e volontà.

Non v'è coincidenza, che non sia unicamente legata alla scienza psicologica, tra i termini in discussione; dal punto di vista della teoria del reato, infatti, la coscienza è ben diversa dalla volontà.

Ben può accadere che un'azione sia cosciente e non volontaria; viceversa, in quanto la volontà non coincide con il meccanico compimento dell'azione, bensì con la libertà di scelta sulla quale l'azione stessa si sia fondata.

Scelta libera e cosciente, cioè consapevole della idoneità di un determinato comportamento, ad offendere un qualsivoglia bene giuridico tutelato dall'ordinamento.

Così, per questa via, non solo si torna al momento intellettuale del dolo specialmente quando afferma che è necessaria, perché possa essere mosso un rimprovero a chicchessia, la piena capacità di comprendere il valore che assume un determinato bene giuridico nella sistematica dell'ordinamento, ma addirittura viene ribaltato l'asse del ragionamento con l'affermazione di principio che intanto la pena viene inflitta al soggetto non perché ha commesso il fatto nei termini previsti dall'art. 43, ma perché lo ha commesso con la capacità di intendere e di volere.²⁵

24. D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina* cit., p. 9

25. Ivi, p. 10

L'accertamento sulla capacità di intendere e di volere ben potrebbe ignorare le caratteristiche tipiche dell'elemento psicologico, tuttavia, bisognerebbe avere riguardo particolarmente non solo alla capacità del minore di comprendere l'effettiva portata demolitrice del suo comportamento, in riferimento ad un determinato bene giuridico, ma che tale comportamento sia stato compiuto sulla base di una effettiva libera scelta.

Il combinato disposto degli artt. 42 e 98 cod. pen. consente di approfondire un'ulteriore aspetto, che nel codice del 1889 andava sotto la definizione di "discernimento".

Si tratta della "maturità" del soggetto intesa sia dal punto di vista fisico che psichico, ma sempre valutata ancorando la verifica al tipo di fatto commesso.²⁶

Assunto ribadito anche dalla Suprema Corte di cassazione allorquando ebbe ad affermare che "l'esame volto ad accertare la capacità di intendere e di volere del minore va compiuto [...] con stretto riferimento al reato commesso."²⁷

Ciò a voler dire che l'analisi giudiziale non può prescindere dal confronto ineludibile tra struttura dell'essere e struttura della fattispecie incriminatrice.

In altri termini la capacità di intendere e di volere del minore, definita in termini di discernimento, meglio di maturità, deve essere valutata in concreto con riferimento alla natura del reato commesso.

Il giudizio di imputabilità ben potrebbe essere escluso in relazione a determinate fattispecie²⁸, così come afferma certa giurisprudenza di merito, insinuando legittimamente il dubbio valutabile, per fare un esempio, allorquando si discuta del rapporto tra il delitto di cui all'art. 416bis e i cosiddetti delitti-fine rientranti nel programma criminoso.

Ben potrebbe essere accertata la "maturità" del minore in riferimento alla commissione di un delitto-fine dalla quale però non appare logicamente e giuridicamente possibile far derivare automaticamente la capacità di intendere e di volere il delitto di associazione mafiosa.

Non a caso, il legislatore del 1991 ha previsto l'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. 152/91, convertito con legge 203/1991, riferita, secondo i giudici di legittimità tanto ai delitti rientranti nel programma criminoso quanto quelli che non vi sono ricompresi, commessi "da questo o quell'associato mafioso".²⁹

26. FORTI – PULITANÒ in *www.plurisonline.it*

27. Cass. Pen., Sez. I, n. 33750/2011 in *www.plurisonline.it*

28. T.p.M. Bologna 07.05.2008 in *www.plurisonline.it*

29. Cfr. Cass. Cinalli 2001 in G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa* cit.

Ciò a dire che la commissione di delitti eventualmente rientranti in un programma criminoso più ampio non è indice dell'appartenenza ad un'associazione mafiosa (che deve essere comunque analiticamente provata), piuttosto è l'appartenente ad un'associazione di tipo mafioso che connota quella determinata azione delittuosa come aggravata dall'art. 7 d.l. 152/91.

Tale distinguo ruota attorno alla già ribadita complessità di una fattispecie incriminatrice quale quella associativa mafiosa.

La sostanziale inafferrabilità della struttura tipica, quanto al profilo della identificazione del bene giuridico, si riflette inevitabilmente sulla valutazione del momento psicologico nella sequenza dell'agire di un minorenni.

Con particolare riferimento poi, a condotte in larga parte socialmente tipizzate che se da un lato tentano di garantire la sicurezza sociale e la pacifica convivenza dei consociati, dall'altro si traducono in un uso distorto dello strumento penale, spesso indice di una mancanza di volontà di far convergere, verso un unico obiettivo, e con il rispetto dei ruoli, i diversi poteri e le diverse funzioni dello Stato.

Del resto la strada maestra, come sempre, è segnata dal dettato costituzionale quale saggio e ponderato sistema di pesi e contrappesi, forse unico tentativo lucido di un legislatore illuminato, quale quello costituzionale, di contrastare strutturalmente, e non in modo emergenziale, le derive antidemocratiche della società.

ALDO CIMMINO

Presidente della

Camera Penale Minorile - Associazione Nazionale

I minori in stato di abbandono

Nell'ordinamento giuridico attualmente vigente in Italia, un soggetto è minore dal momento della sua nascita e sino al compimento del diciottesimo anno di età.

Il minore, in quanto individuo in fase di formazione, è destinatario di numerosi istituti giuridici e di misure ad hoc, predisposti dal legislatore al fine di proteggerlo, perchè egli potrebbe non essere sempre sufficientemente maturo per avere la consapevolezza della reale portata delle proprie azioni, ovvero per tutelare da sé, autonomamente, i propri interessi.

Così, nell'ottica di protezione del minore, il legislatore italiano ha stabilito che il minore sin dalla nascita acquista la capacità giuridica (che sinteticamente indica la capacità di essere titolare di diritti, patrimoniali e non), ma prima dei diciotto anni non acquisisce la piena capacità di agire, cioè la capacità di esercitare autonomamente tutti i diritti di cui egli è titolare o di rispondere giuridicamente delle proprie azioni. Ciò è previsto dagli articoli 1 e 2 del codice civile.

La capacità di agire, in ambito penale si specifica nell'imputabilità. Questa indica la capacità di essere penalmente responsabile delle proprie azioni criminose. Sempre nell'ottica di protezione del minore, nel nostro ordinamento essa si acquista al compimento del diciottesimo anno di età. Ciò vuol dire che un soggetto di regola è penalmente responsabile dei reati che dovesse compiere a partire dai diciotto anni.

Prima di tale momento, il legislatore italiano, agli articoli 97 e 98 del codice penale, ha operato una duplice distinzione, tra minorenni infra quattordicenni e minorenni che abbiano compiuto i quattordici anni e non ancora i diciotto.

A favore dei minori infra quattordicenni è prevista una presunzione assoluta di non imputabilità, per la quale i minori degli anni quattordici vengono considerati totalmente non imputabili e quindi non sono chiamati a rispondere dei reati che eventualmente dovessero compiere.

Dai quattordici ai diciotto anni invece il legislatore ha previsto una presunzione relative di non imputabilità, nel senso che occorre verificare in ogni caso specifico se il minore ultra quattordicenne che abbia commesso un reato, al momento del fatto fosse o meno capace di intendere e di volere.

Qualora venga accertata tale capacità del minore al momento del fatto, questi è chiamato a rispondere penalmente del proprio operato.

Tuttavia, ancora in considerazione della protezione per il minore, il legislatore ha predisposto un organo giurisdizionale specifico per giudicare i minorenni, cioè la Procura per i Minorenni, stabilendo altresì che qualora si accerti la penale responsabilità del minore ultra quattordicenne, la detenzione in carcere debba costituire l'*extrema ratio*, cioè la misura cui ricorrere nei casi estremi nei quali si rivelino inefficaci le altre misure specificamente previste al fine di rieducare il minore che abbia delinquito. Inoltre, nell'applicare la pena ad un minorenne, il legislatore ha stabilito che la questa sia diminuita.

Uno dei diritti fondamentali di ciascun minore è quello ad un idoneo ambiente familiare. Ciò in quanto nella fase di crescita e di evoluzione della propria vita la famiglia è l'organismo più idoneo a coadiuvare il minore nello strutturare la propria personalità, tenendo conto anzitutto delle inclinazioni e delle attitudini naturali di ciascun individuo.

Nell'ottica di protezione del minore si collocano pertanto gli istituti giuridici della potestà genitoriale e dei provvedimenti ablativi della stessa, della tutela, dell'adozione dei minorenni e dell'affidamento familiare del minore.

A) L'ambiente che di regola dovrebbe essere fisiologicamente deputato alla protezione dei minori, ovviamente è la famiglia di origine di ciascun individuo. Coerentemente con tale assunto, il legislatore, all'art. 316 del codice civile, ha stabilito che dalla nascita e sino al raggiungimento della maggiore età, il figlio minore sia soggetto alla potestà di entrambi i genitori, i quali nell'esercizio della potestà genitoriale, rappresentano i figli in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni.

In virtù dell'art. 147 c.c., dal matrimonio, oltre ad obblighi specifici del rapporto di coniugio, deriva altresì l'obbligo per entrambi i coniugi di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.

Tale norma costituisce a sua volta applicazione del principio più generale, previsto dall'art. 30 Cost., per tutti i figli, indipendentemente dal matrimonio dei genitori, secondo cui è dovere e diritto di tutti i genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio.

B) In mancanza di entrambi i genitori, ovvero qualora nessuno dei due genitori sia idoneo a proteggere il figlio, il legislatore ha previsto ulteriori istituti giuridici a protezione del minore.

Così, qualora esistano parenti o affini del minore, in applicazione dell'istituto della tutela (art. 343 e seguenti c.c.), uno di questi parenti o affini, con provvedimento del Giudice Tutelare, viene nominato tutore del minore.

Il tutore ha il compito di avere cura della persona del minore, di rappresentarlo in tutti gli atti civili e di amministrarne i beni.

C) Qualora manchino entrambi i genitori ovvero se nessuno dei due genitori sia in grado, nell'esercizio della potestà genitoriale, di creare un idoneo ambiente familiare per il minore e non vi siano neanche dei parenti od affini che possano creare tale ambiente familiare, trova applicazione l'istituto dell'adozione dei minorenni, prevista e disciplinata dalla Legge n. 184/83.

Tale legge è stata oggetto di una novella del 2001, precisamente della Legge 28 marzo 2001, n. 149.

Il legislatore, ovviamente, ha privilegiato la crescita del minore nella propria famiglia di origine, presso i propri genitori, ovvero presso figure parentali sostitutive, considerando l'adozione quale *extrema ratio*, quale rimedio cui fare ricorso nella sola ipotesi in cui il minore versi in stato di abbandono da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi, perchè risulti privo, da parte dei menzionati soggetti, delle cure minime, materiali e psicologiche, necessarie per assicurarne il corretto sviluppo psicofisico.

Nell'ottica di protezione del minore, l'adozione di minorenni tende in primo luogo a stabilire un rapporto di tipo affettivo tra l'adottato e l'adottante e a creare tra questi soggetti un legame di tipo giuridico.

Tant'è che l'art. 27 della Legge dispone sia che per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome, sia che con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine, salvi i divieti matrimoniali.

A tale finalità non risponde invece l'istituto dell'adozione dei maggiorenni, che invece, stante l'età adulta tanto dell'adottante quanto dell'adottando, ha finalità esclusivamente patrimoniali, quale può essere ad esempio l'esigenza di assicurare un erede all'adottante che ne sia sprovvisto ed un patrimonio all'adottato.

Tant'è che a norma dell'articolo 300 del codice civile, con l'adozione di maggiorenne non si scinde il rapporto giuridico dell'adottato con la famiglia di origine e non si crea alcun rapporto giuridico tra l'adottato e la famiglia dell'adottante.

Nell'ambito dell'adozione dei minorenni è di fondamentale importanza lo stato di abbandono del minore, perchè esso costituisce il necessario presupposto per la dichiarazione di adottabilità ad opera del competente Tribunale per i Minorenni.

A norma dell'articolo 8 della legge, lo stato di abbandono ricorre quando il tribunale per i minorenni accerti che un minore sia privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi, cioè quelli entro il quarto grado, cui la legge in numerose disposizioni fa riferimento.

Da ciò si desume che lo stato di abbandono non postula necessariamente che un minore sia sprovvisto di una famiglia. Infatti, pur in presenza dei genitori o dei parenti del minore, può ben darsi che questi risulti privo di assistenza morale e materiale, perchè i soggetti tenuti a provvedervi non siano in grado di prestare al minore le necessarie cure.

Ovviamente, qualora manchino genitori e familiari del minore, lo stato di abbandono è di facile accertamento, essendo sufficiente verificare la mancanza nel caso concreto dei soggetti che si prendano cura del minore. Invece nel secondo caso, in cui esistono i parenti che possano prendersi cura del minore, l'accertamento della carenza di assistenza morale e materiale del minore, che configuri lo stato di abbandono dello stesso è più complesso. Al riguardo soccorrono alcune pronunce giurisprudenziali della Corte di Cassazione.

Questa, nella sentenza n. 1838/2011, ha affermato che: “La situazione di abbandono, che ai sensi dell'art. 8 della legge n. 184 del 1983 è presupposto necessario per la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, comportando il sacrificio dell'esigenza primaria di crescita in seno alla famiglia biologica, è configurabile non solo nei casi di materiale abbandono del minore, ma ogniqualvolta si accerti l'inadeguatezza dei genitori naturali a garantirgli il normale sviluppo psico-fisico, così da far considerare la rescissione del legame familiare come strumento adatto ad evitare al minore un più grave pregiudizio ed assicurargli assistenza e stabilità affettiva, dovendosi considerare "situazione di abbandono", oltre al rifiuto intenzionale e irrevocabile dell'adempimento dei doveri genitoriali, anche una situazione di fatto obiettiva del minore, che, a prescindere dagli intendimenti dei genitori, impedisca o ponga in pericolo il suo sano sviluppo psico-fisico, per il non transitorio difetto di quell'assistenza materiale e morale necessaria a tal fine.

Pertanto, sussistono i presupposti per la dichiarazione dello stato di abbandono, che non ha alcuna connotazione sanzionatoria delle condotte dei genitori, ma è pronunciata nell'esclusivo interesse del minore, nel caso in cui la madre sia stata spettatrice passiva per anni delle violenze perpetrate dal marito sul predetto, abbia continuato a palesare la sua incapacità di comprendere nella sua estrema gravità il vissuto del figlio e si sia sottratta all'inserimento, a fini di riabilitazione psicologica, in una comunità, così dimostrando la non transitorietà della sua inadeguatezza a prendersene cura”.

Sempre la Cassazione Civile, nella pronuncia n. 4545/2010, ha disposto che *“In tema di adozione di minori d'età, sussiste la situazione d'abbandono qualora la situazione familiare sia tale da compromettere in modo grave e irreversibile un armonico sviluppo psico-fisico del bambino, considerato non in astratto ma in concreto, cioè in relazione al suo vissuto, alle sue caratteristiche fisiche e psicologiche, alla sua età, al suo grado di sviluppo e alle sue potenzialità; pertanto, una mera espressione di volontà dei genitori di accudire il minore, in mancanza di concreti riscontri, non è idonea al superamento della situazione di abbandono”*.

Così, ai fini della dichiarazione dello stato di abbandono non rileva qualunque tipo di mancanza dei familiari nei confronti del minore, ma solo quelle inadempienze che nel caso specifico si concretino in una violazione degli obblighi di mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli, che l'art. 147 del codice civile pone a carico dei genitori.

La legge privilegia la crescita di ogni individuo nel proprio nucleo familiare di origine, considerando l'adozione come *extrema ratio*. Pertanto, in linea con tale orientamento legislativo e per non penalizzare i ceti meno abbienti, la mancanza di assistenza materiale va valutata in relazione al ceto sociale ed alle condizioni economiche del nucleo familiare del minore. Altrimenti si correrebbe il rischio di considerare adottabile un minore soltanto perché appartenente ad una famiglia indigente, con il pericolo di un ricorso eccessivo all'istituto dell'adozione, che risulterebbe snaturato.

In ossequio alla regola secondo cui i provvedimenti adottati nei confronti dei minori sono di natura giudiziale, una volta ricevuta la segnalazione di un potenziale caso di abbandono, spettano al Tribunale per i Minorenni l'accertamento dello stato di abbandono di un minore ovvero l'accertamento della idoneità dei genitori o dei parenti entro il quarto grado a prendersi cura moralmente e materialmente del minore. Territorialmente competente è il tribunale nel cui distretto si trovi il minore.

Il secondo comma dell'art. 8 della legge 184/1983, a seguito della riforma operata dalla legge 149/2001, prevede che la situazione di abbandono sussiste, sempre che ricorrano le condizioni di mancanza di assistenza morale e materiale del minore, anche quando questi si trovi presso istituti di assistenza pubblici o privati o comunità di tipo familiare ovvero sia in affidamento familiare.

Per espressa previsione normativa, lo stato di abbandono è escluso quando la mancanza di assistenza al minore sia dovuta a forza maggiore, di carattere transitorio.

La forza maggiore indica la involontarietà delle omissioni dei soggetti tenuti a provvedere al minore e nel caso specifico, per definizione, deve essere limitata nel tempo.

Al riguardo, ad esempio, potrebbe integrare la forza maggiore il caso di una malattia transitoria del genitore o del parente unico convivente col minore. Un'ipotesi invece controversa è quella della carcerazione di chi è tenuto a proteggere il minore.

Al riguardo la giurisprudenza ritiene che se la carcerazione abbia natura transitoria, come nel caso della carcerazione preventiva, essa possa integrare la forza maggiore ed escludere lo stato di abbandono del minore.

Mentre invece, nei casi di lunga detenzione, venendo meno il carattere della transitorietà ed esponendo il minore alla mancanza di cure per un lungo periodo, si ritiene che la forza maggiore sia esclusa e che ricorra lo stato di abbandono del minore.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 8, non sussiste causa di forza maggiore quando i genitori o i parenti entro il quarto grado rifiutino le misure di sostegno offerte dai servizi locali e tale rifiuto venga considerato ingiustificato dal giudice.

Tralascio volutamente i dettagli sulla procedura di adozione, che esulano dal tema specifico che qui ci riguarda.

Dirò solo che, al termine delle indagini e degli accertamenti compiuti secondo la procedura prevista dagli articoli 9 e seguenti della legge sull'adozione dei minori, il Tribunale per i Minorenni, se è confermato lo stato di abbandono morale e materiale, procede con sentenza alla dichiarazione di adottabilità del minore.

Tale sentenza è impugnabile dai soggetti interessati entro i 30 giorni dalla comunicazione.

Quando la sentenza che dichiara l'adottabilità è divenuta definitiva, essa è trascritta, a cura del cancelliere del Tribunale per i minorenni, su un apposito registro a uso interno, e quindi non consultabile dal pubblico.

Lo stato di adottabilità è una particolare condizione giuridica del minore, di natura temporanea, che può cessare o con l'avvenuta adozione del minore o col raggiungimento della maggiore età del minore stesso, se non sia intervenuta prima nessuna adozione.

D) Per il caso in cui il minore non versi in stato di abbandono, ma sia temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, la legge sull'adozione dei minori, agli articoli 2 e seguenti, ha predisposto l'istituto dell'affidamento familiare del minore, il quale viene così affidato ad una famiglia, che preferibilmente abbia altri figli minori, o ad una persona singola, che sia in grado di assicurargli, in vece dei genitori, il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno.

In subordine, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui risiede stabilmente il nucleo familiare del minore. Se sussiste il consenso dei genitori o del tutore all'affidamento familiare, l'affidamento familiare è detto consensuale, è disposto dal servizio sociale locale ed è reso esecutivo con decreto del giudice tutelare del luogo ove si trova il minore.

In mancanza del predetto consenso, l'affidamento familiare è detto invece giudiziario ed è disposto dal tribunale per i minorenni.

L'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del Codice Civile (decadenza o limitazione della potestà), o del tutore, ed osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità affidante.

Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice civile che regolano la potestà genitoriale.

L'affidamento poi cessa con provvedimento della stessa autorità che lo ha disposto, quando sia cassata la situazione di difficoltà temporanea della famiglia d'origine del minore, ovvero quando la prosecuzione di esso possa essere pregiudizievole per il minore stesso.

E) Quando la condotta dei genitori verso il figlio non sia così grave da determinare lo stato di abbandono del minore, il Tribunale per i Minorenni può adottare, a seconda dei casi, uno dei provvedimenti limitativi della potestà genitoriale, previsti agli art. 330 e seguenti del codice civile, che si sostanziano nella pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale, nella rimozione dall'amministrazione del patrimonio del minore o nell'adozione di un provvedimento ad hoc, che nel caso concreto appaia il più conveniente per il minore.

Tutti questi provvedimenti sono revocabili nel momento in cui cessi la situazione pregiudizievole per il minore, che li aveva resi indispensabili.

CARLO GENTILE
Avvocato del Foro di Napoli

Il collocamento dei minori in luogo sicuro ex art. 403 c.c.

Il collocamento dei minori in luogo sicuro, è previsto dall'articolo 403 del codice civile, intitolato "Intervento della pubblica autorità a favore dei minori".

Questa norma dispone testualmente che: "Quando il minore è moralmente o materialmente abbandonato o è allevato in locali insalubri o pericolosi, oppure da persone per negligenza, immoralità, ignoranza o per altri motivi incapaci di provvedere all'educazione di lui, la pubblica autorità, a mezzo degli organi di protezione dell'infanzia, lo colloca in luogo sicuro, sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione".

Nell'impianto codicistico originario, l'art. 403 era una norma di portata generale, destinata a trovare applicazione ogni qual volta fosse opportuno adottare un qualunque provvedimento a tutela di un minore abbandonato.

Oggi invece, poichè in ogni regione d'Italia esiste almeno un Tribunale per i Minorenni, quale organo giurisdizionale ad hoc, con competenza specifica e generale nell'adozione di qualunque provvedimento a tutela dei minori, la norma in esame ha oramai acquisito una portata residuale ed eccezionale.

Residuale, perchè la competenza primaria nella protezione dei minori, subordinatamente alla famiglia di origine, spetta al Tribunale per i Minorenni.

Eccezionale, perchè nell'attuale ordinamento essa costituisce una eccezione alla regola secondo cui i provvedimenti di protezione dei minori vengono adottati dai genitori del minore, ovvero, in subordine, in sede giurisdizionale dal Tribunale per i Minorenni.

Tale norma attualmente ha la funzione di assicurare una idonea protezione ai minori anche in quei casi d'urgenza nei quali non è possibile attendere che la decisione circa il da farsi sia presa tramite un provvedimento giurisdizionale.

Pertanto, volendo mutuare una terminologia più specificamente propria della materia processual-civilistica, può dirsi che l'articolo 403 del codice civile è l'equivalente, in materia minorile, dell'articolo 700 del codice di procedura civile, che appunto prevede, regola e disciplina i provvedimenti d'urgenza che in generale possono richiedersi al giudice civile.

Un presupposto implicito di applicazione della norma, non previsto espressamente ma che si ricava da un'interpretazione sistematica della normativa della materia de qua, è l'urgente necessità di provvedere alla protezione di un minore: tale necessità urgente deve essere tale da non consentire di attendere i tempi normalmente indispensabili per l'adozione del provvedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la protezione del minore.

La norma poi prevede tre ipotesi alternative nelle quali essa potrà essere applicata: a) Che il minore sia moralmente o materialmente abbandonato; b) Che il minore venga allevato in locali insalubri o pericolosi; c) Che il minore venga allevato da persone che siano incapaci di provvedere alla sua educazione per negligenza, immoralità, ignoranza o per qualunque altro motivo.

Riguardo ai soggetti cui esso può essere applicato, l'articolo 403 si riferisce genericamente al "minore", senza alcun riferimento alla cittadinanza del minore cui esso è applicabile. Ne deriva, ovviamente, che ricorrendo i presupposti applicativi della norma, essa è applicabile ad ogni minore presente nel territorio dello Stato e quindi sia ai minori italiani e sia ai minori stranieri che necessitino di tale protezione.

Ricorrendo i predetti presupposti, legittimata ad intervenire d'urgenza a protezione del minore è "la pubblica autorità, a mezzo degli organi di protezione per l'infanzia" e quindi ogni autorità di pubblica sicurezza (vale a dire organi di Polizia, Carabinieri e simili), coadiuvata dagli organi di protezione dell'infanzia che finiscono col coincidere con i servizi sociali, i quali sono altresì competenti per l'affidamento familiare.

Il provvedimento da adottare in questi casi d'urgenza è il collocamento del minore in un luogo sicuro, affidandolo a persone che siano idonee a prendersi cura del minore sino a quando non si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione.

La legge non prevede un limite temporale di efficacia del collocamento ex articolo 403.

Ovviamente, i servizi hanno il dovere di informare tempestivamente il Pubblico Ministero competente dell'adozione di tale provvedimento, affinché poi il Tribunale per i Minorenni possa adottare il provvedimento giurisdizionale ritenuto più idoneo a proteggere stabilmente il minore.

Il provvedimento di collocamento ex articolo 403 è un atto di natura amministrativa e non giurisdizionale, stante la natura amministrativa del soggetto da cui esso è disposto.

CARLO GENTILE
Avvocato del Foro di Napoli

I minori stranieri non accompagnati

La nozione di minore in stato di abbandono, presupposto indefettibile per l'adozione di minori, è cosa diversa e distinta dal concetto di minore straniero non accompagnato.

Con tale ultima espressione si designa ogni soggetto minorenni che non abbia la cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea e che, non avendo presentato una domanda di asilo, si trovi in Italia senza i genitori ovvero senza altri adulti che ne siano legalmente responsabili secondo la legislazione italiana.

In tale nozione, quindi, sono compresi tanto i minori che si trovino in Italia da soli, quanto i minori che vi si trovino in compagnia di soggetti maggiorenni che non ne siano formalmente affidatari.

L'articolo 42 della L. 218/1995 in materia di riforma del diritto internazionale privato, individua la giurisdizione e la legge applicabile in materia di protezione dei minori stranieri, statuendo che la protezione dei minori è in ogni caso regolata dalla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva con la legge 24 ottobre 1980 n. 742.

A norma dell'articolo 1 di tale convenzione, le autorità, sia giudiziarie che amministrative, dello Stato di residenza abituale di un minore sono competenti ad adottare misure tendenti alla protezione della sua persona o dei suoi beni.

Il concetto di residenza abituale del minore, cui la convenzione fa riferimento, è poi frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, secondo cui, in linea di massima un minore può considerarsi abitualmente residente in Italia dopo circa sei mesi di permanenza stabile sul territorio italiano.

Ciò comporta che tutti gli istituti predisposti dall'ordinamento italiano a tutela ed a protezione dei minori (tutela, adozione, affidamento familiare e provvedimenti ablativi della potestà genitoriale ex art. 330 e ss. c.c.), sono applicabili a tutti i soggetti minorenni che si trovino nel territorio dello stato italiano, indipendentemente dalla cittadinanza di essi.

Quindi, ricorrendone i presupposti di legge, tali istituti si applicano tanto ai minorenni italiani, quanto ai minorenni stranieri.

Per quanto concerne specificamente l'adozione, ciò è previsto espressamente dall'art. 37 bis della legge, secondo cui, al minore straniero il quale si trovi nello stato in situazione di abbandono si applica la legge italiana in materia di adozione.

In base alla definizione sopra riportata di minori non accompagnati, è controverso se i minori stranieri che siano affidati soltanto di fatto ad un parente entro il quarto grado, debbano o meno considerarsi non accompagnati. Ciò in quanto tali minori di fatto sono stati affidati ad un parente entro il quarto grado, ma questi non è legalmente responsabile, perchè manca un provvedimento formale di affidamento. Al riguardo, merita un breve cenno in questa sede la problematica concernente la possibilità di procedere ad un affidamento familiare formale dei minori non accompagnati ed affidati di fatto ai parenti entro il quarto grado. Ci si è chiesti se tali minori possano essere affidati anche formalmente ai parenti entro il quarto grado, cui, di fatto essi già sono affidati.

Non tutti gli operatori sono propensi a formalizzare tale tipo di affidamento di fatto.

Alcuni Tribunali per i minorenni hanno disposto l'affidamento giudiziale, sul presupposto che in tali casi, ricorrendo un mero affidamento di fatto, manca l'assenso formale dei genitori del minore all'affidamento.

In altri casi invece si è preferito ricorrere ad un affidamento consensuale, operato dai servizi locali, sul presupposto del consenso implicito dei genitori all'affidamento. Ciò in quanto i minori di solito vengono affidati ai parenti entro il quarto grado proprio dai loro genitori: per cui, se il consenso genitoriale all'affido manca in senso formale, tuttavia tale consenso può presumersi come implicitamente esistente, stante l'affido di fatto del minore.

Sempre in tema di minori stranieri non accompagnati, è opportuno esaminare, sia pure brevemente, la normativa italiana in materia di immigrazione e cioè la Legge 6 marzo 1998 n. 40, che regola l'ingresso in Italia, la permanenza sul territorio dello Stato, il respingimento alla frontiera e l'espulsione di tutti i soggetti stranieri e quindi anche dei minori.

L'articolo 1 di tale legge dispone che essa è applicabile "ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea e agli apolidi", quindi agli extracomunitari.

1) L'ingresso in Italia del minore straniero è regolare se il minore disponga di un passaporto o di un altro documento ad esso equivalente e di visto d'ingresso.

Infatti, ai sensi dell'articolo 33 della legge sull'adozione dei minori, poi, fatti salvi i casi di ingresso per fini familiari, turistici, di studio e di cura, l'ingresso nel territorio dello Stato italiano è consentito ai minori solo se siano muniti di un visto di ingresso rilasciato dalla Commissione per le adozioni internazionali, perchè il minore straniero venga adottato in Italia, ovvero se il minore sia accompagnato da almeno un genitore o da parenti entro il quarto grado.

Chiunque venga a sapere in qualunque modo che un minore straniero non accompagnato, secondo la definizione di cui sopra, è presente nel territorio dello Stato, deve segnalare la cosa, con informazioni il più possibile dettagliate, tramite la Prefettura territorialmente competente ovvero tramite altro Ente locale, al Comitato per i minori stranieri.

Questo è un organo con competenze specifiche in materia di protezione dei minori, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Qualora il minore straniero versi in stato di abbandono, invece, la segnalazione andrà fatta alla competente Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni che, ai sensi dell'articolo 37 bis della legge sull'adozione dei minori, applicherà la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza.

2) La permanenza in Italia di un soggetto straniero che abbia fatto regolare ingresso nel paese, è poi subordinata al possesso da parte dello stesso di una carta di soggiorno o di un permesso di soggiorno.

La carta di soggiorno è un documento privo di data di scadenza che secondo la normativa in esame può essere rilasciato allo straniero minore che si ricongiunga con un cittadino italiano o col cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea, ovvero che si ricongiunga o venga affidato ad un cittadino straniero che a sua volta sia già titolare di una carta di soggiorno.

La carta di soggiorno è un documento che consente di espletare un'attività lavorativa in Italia.

Esistono invece diversi tipi di permesso di soggiorno.

Un minore straniero infraquattordicenne, di regola non ha un documento proprio di soggiorno in Italia, poichè egli viene iscritto nella carta di soggiorno o nel permesso di soggiorno del genitore convivente, ovvero del diverso soggetto cui formalmente egli sia stato affidato.

Al minore straniero non accompagnato, invece, a seconda dei casi, potrà essere rilasciato uno dei seguenti tipi di permesso di soggiorno.

a) Il permesso di soggiorno per motivi familiari è rilasciato al minore che conviva con un cittadino italiano che sia un suo parente entro il quarto grado, ovvero che sia affidato o sottoposto a tutela e si sia ricongiunto con il proprio affidatario o tutore, ovvero, infine, che venga affidato ad un cittadino straniero.

b) Analogo al permesso di soggiorno per motivi familiari è il permesso di soggiorno per affidamento, che presenta rispetto al precedente la sola variante di essere attribuito al minore straniero che sia stato affidato in base alla legge sull'adozione di minori.

c) Il permesso di soggiorno per protezione sociale è rilasciato allo straniero quando siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita a uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio.

Tale tipo di permesso di soggiorno può essere rilasciato altresì allo straniero che abbia finite di espriare una pena detentiva applicatagli per reati che egli abbia commesso durante la minore età, purchè però abbia partecipato concretamente ad un programma di assistenza e di integrazione sociale.

Tale documento può essere rilasciato anche ai minorenni.

d) Il permesso di soggiorno per minore età è un documento che viene rilasciato al minore straniero ultraquattordicenne fino al compimento della maggiore età, in tutti i casi in cui questi non possa ottenere altro tipo di permesso di soggiorno. Esso non consente di espletare attività lavorativa e non può essere convertito in altro tipo di permesso al momento del compimento della maggiore età.

Il permesso di soggiorno per motivi familiari o per affidamento, al momento del conseguimento della maggiore età del titolare, scadono, ma possono essere convertiti in altro tipo di permesso di soggiorno per motivi di studio o di lavoro, ovvero per esigenze sanitarie o di cura. Invece il permesso di soggiorno per protezione sociale non scade col conseguimento della maggiore età del titolare.

Il permesso di soggiorno per minore età, infine, scade con la maggiore età del titolare e non è convertibile in permesso di altro tipo.

Tutti i permessi di soggiorno esaminati, tranne quello per minore età, consentono al titolare di espletare un'attività lavorativa in Italia.

3) Il respingimento alla frontiera è una misura consentita anche a carico dei minori i quali, da soli o accompagnati da un adulto, tentino l'ingresso nel territorio dello Stato italiano senza essere muniti dei documenti (passaporto valido e visto) previsti dalla legge per l'ingresso degli stranieri in Italia.

E' doveroso specificare che il respingimento è consentito soltanto alla frontiera, cioè all'atto del tentativo di ingresso abusivo nel territorio italiano e mentre tale tentativo è quindi ancora in corso.

Ove invece l'ingresso abusivo in Italia sia già avvenuto, se il minore non sia accompagnato da almeno un genitore o un parente entro il quarto grado, lo Stato italiano sarà competente ad adottare misure di protezione del minore in via di urgenza, ai sensi dell'articolo 9 della Convenzione dell'Aja, tramite il competente Tribunale per i minorenni ovvero tramite il Comitato per i minori stranieri.

4) L'espulsione degli stranieri minori è vietata dall'art. 19 del Testo unico sull'immigrazione, salvo che per motivi di ordine pubblico e salvo comunque il diritto del minore di continuare a stare al seguito del genitore o dell'affidatario che venga espulso.

5) Il reimpatrio assistito. Quando un minore non accompagnato soggiorni irregolarmente in Italia, perchè si trovi nel territorio dello stato in violazione della normativa sull'immigrazione, in virtù del principio del superiore e preminente interesse del minore, si pone l'alternativa tra accoglimento del minore in Italia o respingimento dello stesso nel proprio stato di origine.

Occorre perciò verificare di volta in volta se per il minore sia preferibile un ritorno nel proprio paese di origine, ovvero se per l'interesse del minore sia preferibile l'accoglimento in Italia e la conseguente applicazione della misura di protezione del minore stesso, prevista dal nostro ordinamento e che appaia maggiormente rispondente all'interesse del minore nel caso concreto.

La differenza tra espulsione, vietata per i minori, e reimpatrio assistito, non è meramente terminologica, bensì sostanziale.

L'espulsione è un provvedimento di ordine pubblico e di carattere obbligatorio, che nei casi previsti dalla legge viene adottato obbligatoriamente dal Prefetto.

Invece il reimpatrio assistito è un provvedimento discrezionale, che il Comitato per i minori stranieri può adottare a seguito di una valutazione concreta dell'interesse del minore, quando accerti che in concreto il reimpatrio del minore sia rispondente al suo interesse.

La valutazione di tale alternativa tra accoglimento e reimpatrio assistito del minore, è infatti affidata dal nostro ordinamento al Comitato per i minori stranieri.

A norma dell'articolo 1 del Regolamento di tale Comitato, l'espressione rimpatrio assistito comprende: "l'insieme delle misure adottate allo scopo di garantire al minore interessato l'assistenza necessaria fino al ricongiungimento coi propri familiari o al riaffidamento alle autorità responsabili del Paese d'origine, in conformità alle convenzioni internazionali, alla legge, alle disposizioni dell'autorità giudiziaria ed al presente regolamento. Il rimpatrio assistito deve essere finalizzato a garantire il diritto all'unità familiare del minore e ad adottare le conseguenti misure di protezione".

Una volta ricevuta la segnalazione della presenza in Italia di un minore non accompagnato, il Comitato per i minori stranieri deve provvedere a svariati adempimenti.

Entro sessanta giorni deve avviare le ricerche volte a rintracciare i familiari del minore, nonché per accertare se le autorità del paese d'origine del minore siano disponibili a recepire il minore in affidamento al momento del rimpatrio.

Inoltre, il prima possibile il Comitato per i minori stranieri deve sollecitare il Giudice Tutelare competente per la nomina di un tutore provvisorio al minore, affinché questi possa tutelare in via provvisoria gli interessi del minore.

Infine il Comitato deve richiedere al Tribunale per i minorenni il nulla osta al reimpatrio del minore, che viene rilasciato se non vi ostino esigenze processuali.

Durante la procedura in esame, in ossequio al diritto di partecipazione del minore, previsto dall'art. 12 della convenzione di New York, questi andrà sentito, affinché possa esprimere il proprio parere e le proprie esigenze.

La decisione circa l'accoglimento o il reimpatrio del minore è impugnabile in sede giudiziaria con ricorso al T.A.R. competente.

CARLO GENTILE
Avvocato del Foro di Napoli



I PROVVEDIMENTI

20



TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI

REPUBBLICA ITALIANA
In Nome del Popolo Italiano

Il Tribunale per i Minorenni di Napoli, composto dai Signori:

- | | |
|---------------------------|--------------------|
| 1) Dott.ssa Paola Brunese | Presidente Est |
| 2) Dott. Francesco Galli | Giudice |
| 3) Dott D'Arienzo | Componente Privato |
| 4) Dott.ssa Chianese | “ “ |

Con l'intervento del P.M.M e con l'assistenza del Cancelliere sottoscritto ha pronunciato la seguente

SENTENZA

NEI CONFRONTI DI

IMPUTATO
(vedi allegato)

libero contumaci-

CONCLUSIONI DELLE PARTI

PMM *Absoluzione*

DIFESA *Absoluzione*

N 62713 SENT.
N.R.G. 181113
N. 2856/10P.M.M.

UD 5-12-2013

NOTIF. ESTRATTO
CONTUMACIALE
IL

COMUNICATO AL
P.G. IL

SENTENZA
IMPUGNATA
IL
DA
IL
DA

ATTI ALLA C. APP.
SEZ. MIN.
IL

E' ESECUTIVA DAL

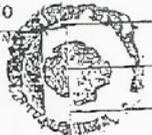
SPEDITO ESTRATTO
ESECUTIVO AL
P.M.M. IL

REDATTA SCHEDA
PER CASELL.
IL

N. C.P.

- IMFOTATO
- A) del reato p e p dall'art. 6 c 3 del Decreto Legislativo 286/98 Testo Unico sull'immigrazione e succ modif. L. 68/07 e L. 94/09, per non aver ottemperato senza giustificato motivo all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato
 - B) del reato p e p dall'art. 10 bis del Decreto Legislativo 286/98 Testo Unico sull'immigrazione e succ modif. L. 68/07 e L. 94/09, per aver fatto illecito ingresso o essersi illecitamente trattenuto nel territorio dello Stato
 - C) del reato p. ep. dall'art. 495 cp dichiarava ai P. U. che procedevano alla sua identificazione di essere nato il 2-4-91 e di essere maggiorenne, diversamente da quanto dichiarato al TPM di Bari, che, avendo dichiarato di essere nato in data 7-4-93 lo collocava in data 16-7-10 in C.F. da cui si allontanava e diversamente da quanto

dichiarato al momento della identificazione del suo ingresso illegale presso la Questura di Cagliari in data 6-6-10
 In Napoli il 29-9-10



[Handwritten signature]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto in data 26.3.2013 il Giudice dell' udienza preliminare presso il Tribunale per i minorenni di Napoli disponeva procedersi ad ordinario giudizio dibattimentale, in stato di libertà, nei confronti di _____, imputato dei reati ascrittigli nel suindicato provvedimento. Tempestivamente il PMM depositava lista testi con annessa richiesta di autorizzazione alla citazione.

Dopo un rinvio in via preliminare, all' udienza odierna, svoltasi nella contumacia dell'imputato, non comparso sebbene ritualmente citato, veniva aperto il dibattimento e, data lettura del capo d'imputazione, il PMM e la Difesa, procedevano alle proprie richieste in tema di prova.

Si dava, successivamente, inizio - in accoglimento delle formulate richieste probatorie - alla istruttoria dibattimentale mediante l'audizione dell'Isp. _____

_____, in servizio presso il Commissariato Vicaria Mercato. All'esito di tale escussione, su richiesta del PM, consentendolo la difesa, il Tribunale, ritenutane la superfluità, procedeva alla revoca, ex art. 495, quarto comma, c.p.p., della restante prova testimoniale, come precedentemente articolata ed ammessa. Successivamente, dichiarata chiusa la istruttoria dibattimentale, in assenza del S. Sociale ministeriale, le parti hanno formulato, all' esito della discussione, le rispettive conclusioni. Il Tribunale, ritiratosi in camera di consiglio, ha, poi, pronunciato sentenza come da dispositivo letto in udienza, riservando 30 giorni per la motivazione della sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Dalla deposizione testimoniale resa dal verbalizzante escusso emerge che il 29.9.2010 fu portato in ospedale un ragazzo privo di conoscenza il quale, una volta ripresosi, dichiarò di chiamarsi _____ e di essere nato in Algeria il 2.4.1991. Lo stesso era privo di documenti per cui, dalla consultazione dei precedenti dattiloscopici, emerse che il Tribunale per i minorenni di Bari, due mesi circa prima, il 16.7.2010, presumendo la minore età di tale soggetto, lo aveva affidato ad un centro di accoglienza per minorenni.

Tribunale Minorenni Napoli - Ufficio dibattimento penale

Dell'attendibilità delle dichiarazioni suindicate non vi è motivo di dubitare, in considerazione della qualità di operatore di polizia giudiziaria del teste, relatore su fatti appresi durante l'espletamento del proprio ufficio e della mancanza di elementi di segno contrario.

Agli atti risulta poi presente il provvedimento del TM di Bari del 16.7.2010.

Da tali emergenze si evince, quindi, che _____, di nazionalità straniera, è stato rinviato a giudizio dal PMM, per rispondere dei reati in epigrafe indicati, con la data di nascita 4.7.1993, sulla scorta di generalità declinate dallo straniero in occasione di un controllo della Questura di Cagliari del 6.6.2010 e della presunzione di minore età in caso di incertezza della stessa, formulata dal Tpm di Bari, ai sensi dell'art 8 DPR 448/88, senza che alcun accertamento sia stato effettuato concretamente per stabilire l'età dello stesso.

Inoltre lo stesso PMM d'udienza _____, nella fase dibattimentale, ha chiesto l'assoluzione dell'imputato in relazione a tutti i reati contestatigli.

Passando ad un'attenta disamina dei tre reati contestati all'imputato occorre prendere le mosse dal primo degli stessi – segnatamente dal reato pep dagli artt 6 e 3 del D. Lgl 286/98 e succ modifiche.

Orbene _____, secondo le SS.UU. del 2003, tale contravvenzione era applicabile agli stranieri regolari od irregolari. Secondo la Cassazione, infatti, "il dettato della norma, la sua ratio, la previsione dell'interesse tutelato, i precedenti storici, la conclusiva evincibile intenzione del legislatore, inducevano a ritenere destinatario della norma di cui all'art. 6.3 D.Lgs.vo 286/1998, e quindi soggetto attivo del reato ivi previsto, lo straniero in genere, quindi anche lo straniero che avesse fatto illegale ingresso nel territorio dello Stato". La Cassazione aggiungeva che il reato in questione si concretizzava ove non sussistesse giustificato motivo che legittimasse la mancata esibizione di un documento di identificazione indicato dalla norma e che lo straniero soggiornante in Italia avesse _____, solo per tale rapporto fisico col territorio nazionale, a prescindere dal suo status di immigrato regolare o meno, l'obbligo di munirsi di uno di tali documenti e di esibirlo a richiesta degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza.

In definitiva le SS.UU. valorizzavano , quindi, la natura plurioffensiva del reato per cui esso era da considerarsi posto a tutela non solo del controllo dell'immigrazione regolare ma anche dell'ordine pubblico.

Riteneva tuttavia, questo Collegio, già in occasione di pregressi pronunziamenti, che la giurisprudenza richiamata non potesse applicarsi al soggetto straniero minore di età, che fosse rinvenuto non accompagnato nel territorio dello Stato, in quanto il minore non può da solo , in assenza di un soggetto che ne abbia la rappresentanza legale , dotarsi di un valido documento di riconoscimento. Pertanto riteneva che non potesse pretendersi l'esibizione da parte del minore di ciò che non possiede e che non è nelle condizioni di ottenere. La pretesa esibizione del documento appariva nel caso in esame inesigibile, ritenendosi giustificato motivo, che legittima la mancata esibizione di un documento di riconoscimento, la età minore dell'indagato.

La Cassazione , a sezioni unite, con sent n 16453 del 24.2.2011 ha modificato orientamento, quasi allineandosi alle considerazioni già espresse da questo collegio, anche con riferimento alla posizione dello straniero irregolare, a seguito della modifica dell'art 6 co 3 D. Lgs 25 luglio 1998 n 286 recata dall'art 1 L. 15 luglio 2009 n 94 , che ha comportato una abolitio criminis , ai sensi dell'art 2 comma secondo cod pen della preesistente fattispecie . Ed invero, attualmente , l'art 6 del D.lvo 286\98 è configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato e non anche degli stranieri in posizione di irregolare.

L'imputato pertanto , perché minore e perché irregolare, deve essere assolto dal primo dei reati contestatigli perché il fatto non sussiste.

Quanto al secondo reato contestato all'imputato, inerente la condotta di aver fatto illecito ingresso od essersi illecitamente trattenuto nel territorio dello Stato, ritiene questo Giudice che il minore non possa rispondere del reato di immigrazione clandestina in quanto, in base alla legge italiana , non può essere destinatario unico, senza un genitore ed un maggiorenne che ne abbia la tutela,

Tribunale Minorenni Napoli - Ufficio dibattimento penale

di un provvedimento di espulsione avendo altresì diritto ad un permesso di soggiorno sia pure temporaneo ai sensi dell'art 28 del DPR 31.8.99 n 394.

Ed invero, nelle intenzioni del legislatore tale reato era configurabile solo a carico del maggiorenne, evincendosi ciò anche dall'art 10 bis co 2^a del medesimo D. lgs che prevede che la fattispecie di reato non si perfeziona nel caso in cui, pur avendo lo straniero fatto effettivo ingresso illegale nel territorio dello Stato, si proceda al respingimento dello stesso al valico di frontiera. Diversamente ragionando sarebbe paradossalmente prevista solo a carico del maggiorenne un' ipotesi di non configurabilità della fattispecie penale e non a carico del minore atteso che lo stesso non può essere mai respinto.

D'altronde non si comprende quale elemento di dolo o colpa possa rinvenirsi nella condotta del minore straniero che venga portato ed abbandonato nel territorio dello Stato da un soggetto adulto.

Solo ad abundantiam occorre osservare che al Giudice spetta interpretare la norma interna in modo conforme alle convenzioni internazionali ^{de} e la Convenzione di New York sancisce il diritto di ogni minore a ricevere protezione ed aiuto nella Stato in cui si trova . Pertanto sarebbe in palese contrasto con detto principio la criminalizzazione della condotta di immigrazione clandestina del minore straniero.

L'imputato pertanto deve essere assolto dal secondo dei reati contestatigli perché il fatto non sussiste.

Quanto infine al reato contestato al punto terzo e, segnatamente al delitto pep dall'art 495 cp , avendo dichiarato l'imputato ai Pubblici Ufficiali che procedevano alla sua identificazione il 29.9.2010 , di essere maggiorenne in quanto nato il 2.4.1991, diversamente da quanto dichiarato al Tpm di Bari ed alla Questura di Cagliari ove dichiarava di essere nato 4.07.1993, osserva questo Collegio che, se è pur vero che nessuno possa avere diverse generalità, non sussistono elementi certi per ritenere che il [redacted] in data 29.9.2010 abbia declinato false generalità mentre quelle vere fossero quelle dichiarate al Tpm di Bari ed alla Questura di Cagliari.

Da un'attenta lettura del provvedimento del Tribunale per i minorenni di Bari , contenuto nel fascicolo del dibattimento, emerge infatti che lo straniero è stato considerato minorenne in base alla presunzione di minore età sancita dall'art 8 DPR 448\88 ,nonostante i rilievi antropometrici lo definissero “ soggetto presumibilmente maggiorenne”.

Anche da tale ultimo reato l'imputato deve essere assolto con la formula indicata in dispositivo.

PQM

Visto l' art. 530 C.P.P., assolve _____ dai reati contestati sub A) e B) perché il fatto non sussiste e visto l'art 530 co II cpp assolve lo stesso dal reato sub C) perché il fatto non sussiste Indica gg 30 per il deposito della motivazione..

Napoli, 5.12.2013

IL PRESIDENTE EST

IL COLLABORATORE DI CANCELLERIA

IL CANCELLIERE

Depositata in Cancelleria il 3-1-2014

IL CARO

CANCELLIERE

Tribunale Minorenni Napoli - Ufficio dibattimento penale

La Corte di Appello di Napoli - Sez. Minorenni statuisce sulla competenza a celebrare il giudizio abbreviato dopo il decreto di rito immediato

La Corte di Appello di Napoli – Sezione Minorenni – ha pronunciato una interessante sentenza in tema di competenza a celebrare il giudizio abbreviato, quando la relativa richiesta sia stata proposta a seguito di decreto di giudizio immediato.

La questione è stata sollevata dall'Avv. Mario Covelli, difensore di fiducia del minore M.C., accusato di concorso in omicidio e condannato dal Tribunale per i Minorenni di Napoli – G.U.P. alla pena di anni 14 mesi 8 di reclusione, per aver affiancato altro coimputato minorenni, il quale aveva il compito di fornire un'arma da fuoco e due caschi agli esecutori materiali dell'omicidio.

Nell'atto di appello il difensore contestava la penale responsabilità del minore nel merito; in ogni caso deduceva che la pena inflitta dal Tribunale era eccessiva, in quanto sarebbe stato necessario distinguere i vari contributi all'interno della fattispecie concorsuale.

Vero è che l'odierna disciplina sul concorso è meno garantista di quella prevista un tempo dal Codice Zanardelli agli artt. 63 e 64¹, in quanto il Codice Rocco, che tende prevalentemente alla difesa sociale, ha recepito la teoria monistica, per cui i contributi di tutti i concorrenti sono considerati equivalenti.

Tuttavia, nel caso di specie, la difesa sottolineava la necessità di una valutazione gradualistica della responsabilità penale, e altresì la necessità di individuare il contributo della minima partecipazione del minore all'azione delittuosa sulla base dell'art. 114 cod. pen.

Nonostante tali argomentazioni il minore venne condannato alla pena di anni 14 mesi 8 di reclusione, pena peraltro ritenuta incongrua dal Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Napoli – Sezione Minorenni che, con appello incidentale, chiedeva che la stessa venisse quantificata in anni 22 di reclusione.

1. Invero gli artt. 63 e 64 del Codice del 1889 ben differenziavano le varie condotte nell'ambito del concorso di persone nel reato. L'art. 63 infatti disponeva che: “quando più persone concorrono nell'esecuzione del reato, ciascuna degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato [...]”. L'art. 64 disponeva che: “è punito con la reclusione per un tempo non minore di dodici anni, ..., colui che ha concorso nel reato: 1) con l'eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo o col promettere assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato, 2) col dare istruzioni o somministrare mezzi per eseguirlo, 3) col facilitarne l'esecuzione prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto”.

Il difensore, a sua volta, deduceva la inammissibilità dell'appello del Procuratore Generale in quanto lo aveva proposto in violazione dell'art. 443, comma 3 cod. proc. pen.

La norma in esame espressamente vieta al Pubblico Ministero la proposizione dell'appello avverso le sentenze di condanna che siano state pronunciate all'esito del giudizio abbreviato, se non vi è stata modifica dell'imputazione.

Poiché, nella fattispecie, non era stato modificato il capo di imputazione, il P.G. non poteva evidentemente proporre appello e, a fortiori, appello incidentale.

A fronte dell'appello incidentale della pubblica accusa la difesa di M.C. presentava motivi aggiunti all'atto di appello, eccependo la nullità assoluta della sentenza, per violazione dell'art. 458 cod. proc. pen. in relazione all'art. 25 D.P.R. 448/1988, in quanto competente a celebrare il rito abbreviato, quando questo sia stato richiesto dall'imputato a seguito di decreto che dispone il giudizio immediato, appartiene al G.I.P. monocratico (Giudice delle indagini preliminari) e non al G.U.P. triadico (Giudice dell'udienza preliminare).

Secondo numerose sentenze della Corte di Cassazione la competenza a celebrare il giudizio nelle forme del rito abbreviato, quando l'imputato abbia chiesto la trasformazione del rito immediato, appartiene al Giudice per le indagini preliminari e non al Giudice dell'udienza preliminare (Cfr. *ex plurimis* Cass. pen., Sez. IV, 16.09.2008 n. 38481; Cass. pen., Sez. I, 18.01.2007 n. 14669; Cass. pen. Sez. I, 07.06.2001 n. 28942; Cass. pen. Sez. VI 05.02.2009 n. 14389;).

L'eccezione della difesa venne accolta dalla Corte di Appello di Napoli – Sezione Minorenni, la quale, dopo aver ricordato la compatibilità dei procedimenti speciali del giudizio immediato e del giudizio abbreviato con i principi del processo minorile, rilevò che le disposizioni del D.P.R. 448/1988 in materia non contengono una norma speciale per cui, sulla base del combinato disposto dell'art. 1 del D.P.R. 448/1988 e dell'art 458 cod. proc. pen., deve ritenersi che anche nel rito minorile competente a celebrare il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di decreto di giudizio immediato, è il Giudice per le indagini preliminari, organo monocratico, piuttosto che il Giudice dell'udienza preliminare, organo collegiale specializzato.

Tale eccezione processuale fu sollevata in termini strumentali, così rispondendo ad una sentenza ingiusta nonché all'appello incidentale del P.G.

Riteniamo infatti che la competenza del G.I.P. monocratico non possa essere ritenuta alla luce dei principi generali della specializzazione della giurisdizione minorile oltretutto della differenziazione della stessa.

“La specializzazione dell’organo giudiziario minorile è determinata dai giudici onorari.

Il Presidente del Tribunale per i Minorenni di Catanzaro, esponendo che nel corso di un procedimento tutti i giudici togati dell’Ufficio versavano in condizioni di incompatibilità e che, di conseguenza, si erano astenuti, chiedeva al Presidente della Corte di Appello l’applicazione di due magistrati dei Tribunali ordinari del distretto.

Il Presidente della Corte, previo interpello di disponibilità da parte dei magistrati a svolgere le funzioni di presidente e giudice a latere nel collegio minorile, disponeva in conformità, ma il Tribunale per i minorenni così composto rimetteva gli atti alla Corte Costituzionale con ordinanza di rimessione n. 21/2003 sul presupposto che “l’integrale sostituzione della componente togata del Tribunale per i minorenni con Magistrati del Tribunale ordinario non specializzati è suscettibile di compromettere o, quanto meno, di attenuare la tutela dei minori sancita dall’art. 31 2° comma della Cost. e, conseguentemente, il diritto di difesa e quello al giusto processo”.

Con ordinanza n. 330 del 2003 la Corte Costituzionale “dichiara la manifesta infondatezza della questione, affermando che l’esigenza di specializzazione del Tribunale per i minorenni e di conseguente tutela costituzionale dei minori viene soddisfatta proprio dall’inserimento nel collegio giudicante (comunque composto) da due cittadini, un uomo e una donna, scelti tra le categorie previste dalla legge vigente”.

Il Giudice delle Leggi ha così precisato che la specializzazione del Tribunale per i minorenni è determinata dalla presenza dei giudici onorari, e che nessuna rilevanza ha la provenienza della componente togata”.²

Addirittura la ferma convinzione che la specializzazione del Giudice minorile sia assicurata dalla presenza della componente onoraria spinge il Covelli a scrivere *“perplexità desta la fase dell’incidente probatorio nella quale l’anticipata assunzione delle prove – che avranno piena validità in dibattimento – avviene di fronte al G.I.P. monocratico, senza che al minore indagato venga assicurata la tutela derivante dalla composizione collegiale del Giudice procedente”.*³

2. M. COVELLI, *Manuale di legislazione penale minorile*, Napoli, 2006, p. 41

3. M. COVELLI, *Ibidem*

L'opzione per il Giudice monocratico renderebbe vano lo sforzo del legislatore del 1988, allorquando ebbe a prevedere il giudice specializzato, individuando tale specializzazione proprio nella composizione mista del collegio giudicante.

Non appare allora ragionevole che si arretri sul terreno delle garanzie tipiche del processo penale minorile nell'ipotesi del giudizio abbreviato richiesto dopo l'emanazione di decreto di giudizio immediato.

Nelle more della vicenda, a seguito di decisioni contrastanti in materia tra diverse sezioni della Corte Suprema di Cassazione, la seconda sezione ha rimesso la questione alla Sezioni Unite Penali, la cui pronuncia definitiva è fissata per l'udienza del 27.02.2014

Nel contempo, l'11 novembre 2013, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Bologna sollevava eccezione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 458 cod. proc. pen. in relazione agli artt. 3, 24 e 31 della Costituzione per omessa previsione dell'applicazione delle norme disciplinanti l'udienza preliminare anche con riferimento alla composizione dell'organo giudicante.

Il Procuratore, nel richiamare la fondamentale ordinanza della Corte Costituzionale n. 330/2003 sopra ricordata, evidenziava che la specializzazione del giudice minorile è garantita principalmente dalla componente non togata, soprattutto con riferimento alla valutazione della personalità e alla necessità o meno di irrogare una sanzione penale.

Il Tribunale per i Minorenni di Bologna, in accoglimento, trasmetteva gli atti alla Consulta ritenendo rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 458 cod. proc. pen. e dell'art. 1 del D.P.R. 448/1988, nella parte in cui prevedono che, nel giudizio minorile, la composizione del Tribunale per i Minorenni in funzione di G.I.P. sia quella monocratica e non quella collegiale.

La pronuncia della Consulta non potrà a nostro avviso che ribadire l'ordinanza 330/2003.

Si riportano di seguito i provvedimenti citati.

ALDO CIMMINO
Presidente della
Camera Penale Minorile - Associazione Nazionale

27

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

Con verbale del 5.4.2012 i Carabinieri di Torre Annunziata denunciavano i minori _____ per i reati riportati in epigrafe e per i quali in data 4.6.12 il g.i.p. presso il T.M. di Napoli disponeva la misura della custodia in IPM, eseguita per _____ in data 20.6.12, mentre _____ dichiarato latitante, era arrestato in data 24.11.12. Entrambi gli indagati in sede di interrogatorio di garanzia si avvalevano della facoltà di non rispondere. Disposto il giudizio immediato, gli imputati chiedevano procedersi nelle forme del rito abbreviato ammesso dal g.i.p. per l'udienza innanzi al g.u.p. (collegiale) del 5.3.13, nel corso della quale il difensore _____ depositava verbale di spontanee dichiarazioni, mentre _____ ancora una volta si avvaleva della facoltà di non rispondere. All'udienza del 18.3.13, all'esito della discussione e delle conclusioni, il g.u.p. dichiarava gli imputati responsabili dei reati contestati e previa concessione della diminuzione per la minore età, ritenuta equivalente alle contestate aggravanti, li condannava alla pena di anni quattordici e mesi otto di reclusione, calcolata la riduzione per il rito abbreviato.

Avverso tale sentenza proponevano tempestivo appello le difese degli imputati. Quella _____ in estrema sintesi evidenziava che le videoregistrazioni non erano utilizzabili nel processo e che comunque dalle stesse non si evinceva una prova convincente della consumazione dei reati contestati. In ogni caso dovevano essere escluse l'aggravante di cui all'art. 7 L. n.203/91 e quella



3

della premeditazione, mentre dovevano essere concesse l'attenuante di cui all'art. 114 c.p. e le attenuanti generiche, da considerare prevalenti sulle aggravanti con congrua riduzione della pena. La difesa del [redacted] chiedeva l'assoluzione per non aver commesso il fatto ovvero perché da ritenersi connivente non punibile ovvero desistente nel concorso nel reato. In subordine chiedeva concedersi l'attenuante di cui all'art. 114 c.p. e la riduzione della pena ai minimi edittali.

In data 1.7.2013 depositava appello incidentale anche il P.G. che chiedeva riconoscersi la prevalenza delle aggravanti e quindi la condanna degli imputati ad una pena più severa.

Con memoria depositata in data 24.9.2013 la difesa del [redacted] eccepiva l'inammissibilità dell'appello incidentale del P.G. e proponeva un motivo aggiunto di appello col quale evidenziava la nullità della sentenza emessa dal g.u.p. anziché dal g.i.p. .

All'odierna udienza in camera di consiglio, presenti gli imputati e i difensori, sentita la relazione del dott. Cocchiara e precisate dalle parti le conclusioni riportate in epigrafe all'esito della discussione orale, la Corte ha deciso la causa dando lettura del dispositivo.

Occorre in primo luogo esaminare la questione dedotta dalla difesa del [redacted] con la citata memoria depositata in data 24.9.2013, la quale, pur non potendosi riconoscere come ammissibile motivo aggiunto ex art. 585 c.p.p., in quanto non costituisce un'ulteriore illustrazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono la richiesta rivolta al giudice dell'impugnazione, nei limiti dei capi o punti della decisione

!

29

oggetto del gravame, ma introduce una nuova ed autonoma eccezione di nullità della sentenza impugnata, comunque solleva un tema rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Al riguardo giova evidenziare che, su richiesta del P.M.M., il g.i.p. in data 5.11.12, emise decreto di giudizio immediato fissando l'udienza dibattimentale del 4.6.2013. A seguito di tempestive e formali richieste degli imputati, il g.i.p. con ordinanza del 30.11.12 dispose procedersi con giudizio abbreviato, fissando l'udienza preliminare del 5.3.2013. Sia a tale udienza che a quella successiva del 18.3.2013 in cui il processo è stato definito con l'impugnata sentenza, il collegio era composto, quale giudice dell'udienza preliminare, dal giudice togato e da due componenti privati.

Al riguardo è stato più volte affermato che: *"E' dato indiscusso che il giudizio abbreviato è previsto anche nel processo penale minorile. La relativa richiesta dell'imputato può innestarsi sia nel suo ordinario sviluppo (l'udienza preliminare), sia in quello speciale ad esso alternativo (il giudizio immediato).*

Rispetto al processo ordinario mutano gli epiloghi possibili, nel senso che in quello minorile il giudizio abbreviato può concludersi anche con una sentenza di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto nonché, dopo l'intervento della Corte costituzionale (Corte cost. 14 aprile 1995, n. 125), con ordinanza di sospensione del processo e messa alla prova.

Quanto agli organi giudiziari nel procedimento minorile, l'art. 2 c.p.p.m.



5

indica, per quanto interessa in questa sede, il giudice per le indagini preliminari ed il tribunale per i Minorenni.

Il primo è un giudice (organo monocratico) togato.

Il sistema giudiziario minorile - è opportuno ricordarlo - vede comunque una magistratura togata "specializzata" in ragione della particolare professionalità, acquisita sia attraverso corsi di formazione e di aggiornamento, sia favorendo l'esperienza giudiziaria di settore, come è dato evincersi dalle norme di attuazione dettate dal D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 272, artt. 2 - 5.

Il secondo è giudice collegiale, la cui composizione è prevista dall'art. 50 Ord. Giud. ed è caratterizzata dalla presenza, accanto a due giudici di carriera, di due esperti, "un uomo ed una donna", aventi i requisiti indicati dal R.D.L. 20 luglio 1934, n. 1404, art. 2, convertito in L. 27 maggio 1935, n. 835.

Dunque, sia la specifica professionalità dei magistrati togati, sia la particolare formazione dei collegi giudicanti caratterizzano, nel senso della specializzazione, il sistema giudiziario minorile.

Accanto al giudice per le indagini preliminari, che affianca alle competenze ordinarie le funzioni proprie del procedimento minorile (in particolare, può pronunciare sentenza di non luogo a procedere per difetto d'imputabilità nel caso di minore infraquattordicenne - art. 26 c.p.p.m. - e sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto - art. 27 c.p.p.m.), il processo penale minorile contempla il giudice dell'udienza preliminare.

Non ne parla, come si è visto, il menzionato art. 2 c.p.p.m., ma ne tratta l'art. 50 bis Ord. Giud., comma 2.

31

Il giudice per l'udienza preliminare è il Tribunale per i minorenni, organo collegiale, seppur a diversa composizione dato che ne fa parte accanto ai due giudici onorari, soltanto un magistrato togato.

Spetta a detto tribunale definire la maggior parte dei processi in ragione degli epiloghi tipici consentiti in tale udienza.

In particolare, può pronunciare sentenza di non luogo a procedere per difetto d'imputabilità (art. 26 c.p.p.m.), per perdono giudiziale (art. 169 c.p. e R.D.L. 20 luglio 1934, n. 1404, art. 19) e per irrilevanza del fatto (art. 27 c.p.p.m.), sentenza di estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova (art. 29 c.p.p.m.), sentenza di condanna a pena pecuniaria o sanzione sostitutiva ridotta (art. 32 c.p.p.m., comma 2) e, nel caso di giudizio abbreviato, anche sentenza di proscioglimento e di condanna, secondo le ordinarie formule terminative.

Altro dato indiscusso è che sulla richiesta del pubblico ministero di giudizio immediato provvede il giudice per le indagini preliminari.

E, a seguito del decreto di giudizio immediato, l'imputato può richiedere il giudizio abbreviato, come previsto nel procedimento ordinario dall'art. 458 c.p.p..

Entrambi i procedimenti speciali sono compatibili con il processo minorile sicché non vi è ragione di ritenere precluso al minore l'accesso al giudizio abbreviato allorquando il procedimento sia stato incanalato verso la fase dibattimentale con decreto di giudizio immediato.

Qui si innesta la questione sollecitata dalla difesa del Maresca: a quale giudice appartenga la competenza a celebrare il giudizio abbreviato quando la richiesta sia stata proposta a seguito di decreto di giudizio immediato.

1

Il codice minorile non offre indicazioni specifiche.

E', pertanto, inevitabile il riferimento all'art. 1 c.p.p.m., comma 1, che afferma che, per quanto non previsto dalle disposizioni del decreto, nel procedimento a carico di minorenni si osservano le disposizioni del codice di procedura penale.

Il vuoto normativo, che non sia costituzionalmente censurabile, non può che essere colmato da dette disposizioni, senza che si possa procedere a negativi apprezzamenti in ordine alla loro applicabilità, essendo le medesime assistite da una presunzione assoluta di compatibilità.

Si torna, dunque, necessariamente al citato art. 458 c.p.p. e; come è noto, l'interpretazione di questa norma non da adito a dubbi: la competenza per il giudizio abbreviato, che segua a decreto di giudizio immediato, appartiene al giudice per le indagini preliminari (v., ex plurimis, Cass. 1, 7 febbraio 2003, Chakara, RV 224384; Cass. 1, 7 giugno 2001, Saliko, RV 219688), seppur persona fisica diversa, per ragioni di incompatibilità ex art. 34 c.p.p., comma 2, (cfr. in proposito Corte cost. 12 novembre 2001, n. 401), da quello che ha emesso il decreto di giudizio immediato.

Questo giudizio abbreviato - è opportuno chiarirlo - si innesta su un procedimento speciale concepito come alternativo all'udienza preliminare; presenta, pertanto, una propria autonomia concettuale rispetto al giudizio abbreviato che si svolge nella fase dell'udienza preliminare e che presuppone l'insussistenza delle condizioni per procedersi a giudizio immediato o, comunque, la scelta del pubblico ministero di percorrere la strada del procedimento ordinario e della richiesta di rinvio a giudizio.

33

Si è sostenuto ed è questo il punto centrale della questione, che detta conclusione non sarebbe accettabile nel procedimento minorile in cui il giudizio abbreviato può essere sospeso per la messa in prova dell'imputato, epilogo che implicherebbe la necessità della partecipazione al giudizio degli esperti non togati.

A conforto di tale opinione sono stati indicati una serie di dati normativi. Particolare risalto è dato al secondo periodo del citato art. 1 c.p.p.m., comma 1 in cui si legge che "tali disposizioni" (vale a dire, quelle del Decreto n. 448 del 1988 e quelle del codice di procedura penale) "vanno applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minore".

Detto principio di adeguatezza applicativa (recte, la necessità di adeguamento dell'applicazione "alla personalità e alle esigenze educative del minore") permea sia la disciplina processuale speciale, sia quella generale sussidiaria.

Si tratta di criterio, legato al più generale principio di minima offensività, che impone di evitare, nell'esercizio della giurisdizione penale, ogni pregiudizio al corretto sviluppo psico-fisico del minore, nonché di adottare le opportune cautele per salvaguardare le correlate esigenze educative, favorendo una risposta adeguata al caso concreto.

Che si tratti di fondamentale principio della giustizia minorile è stato anche recentemente confermato dal legislatore, che ha introdotto (con la L. 24 luglio 2008, n. 125, di conversione del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, art. 12 quater) l'art. 25 c.p.p.m., comma 2 ter, esonerando il pubblico ministero dall'attivare giudizio direttissimo e giudizio immediato nel caso in cui ciò possa pregiudicare gravemente le esigenze educative del

minore imputato.

Una volta però che il pubblico ministero abbia proceduto con richiesta di giudizio immediato ed il giudice per le indagini preliminari l'abbia accolta, non può certo attribuirsi al principio di cui all'art. 1 la forza di incidere sul precetto legislativo al punto da determinare un mutamento della competenza a giudicare in sede di abbreviato. Non può, in altre parole, farsi derivare da detto principio la regola secondo cui il giudice competente a celebrare il giudizio abbreviato, in caso di richiesta formulata a seguito di decreto di giudizio immediato, sarebbe il tribunale per i minorenni, nella composizione prevista per l'udienza preliminare, anziché il giudice per le indagini preliminari, come stabilito dall'art. 458 c.p.p., disposizione la cui applicabilità al procedimento penale minorile non è mai stata (e non vi è ragione che sia) posta in discussione.

La tesi propugnata ... , che lascia intendere che il giudice per le indagini preliminari, quale organo monocratico togato, sia privo delle "speciali" qualità professionali necessarie per giudicare in materia di messa in prova, è priva di consistenti agganci normativi. L'art. 28 c.p.p.m. non offre alcuna indicazione in favore del fatto che sospensione del processo e messa alla prova debbano necessariamente essere disposte dal giudice collegiale.

Un'indicazione in tal senso si individua, invece, nel già menzionato D.Lgs. n. 272 del 1989, art. 27, che indubbiamente valorizza, in tema di messa in prova, il contributo che il giudice onorario può offrire, in virtù della sua formazione professionale, nelle peculiari valutazioni del processo penale minorile.

Va, però, a questo punto, ricordato che dette disposizioni, nella loro

originaria formulazione, prevedevano che la sospensione non avrebbe potuto essere disposta qualora l'imputato avesse richiesto il giudizio abbreviato o quello immediato, divieto rimosso, come si è detto, dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 125 del 1995.

In altre parole, tali disposizioni non tenevano conto della possibilità che il giudizio abbreviato fosse celebrato dal giudice per le indagini preliminari, se richiesto dall'imputato a seguito di decreto di giudizio immediato.

Per analoghe ragioni non rileva in questa sede il fatto che l'art. 29 c.p.p.m. preveda che, in caso di esito negativo della prova, il giudice debba provvedere a norma degli artt. 32 e 33 c.p.p.m..

Si tratta, invero, di un richiamo che implica soltanto che la sospensione era stata disposta nell'udienza preliminare o nel dibattimento e che perde il proprio significato qualora la stessa sia stata disposta nel giudizio abbreviato (e, in ogni caso, non si tratterebbe certo di indicazione utile a risolvere il problema posto dal ricorrente). Inconferente è anche il riferimento all'art. 441 c.p.p., comma 1, che stabilisce - come è noto - che nel giudizio abbreviato si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste per l'udienza preliminare, fatta eccezione per quelle di cui agli artt. 422 e 423 c.p.p.. L'applicazione di detta disposizione al processo penale minorile dovrebbe significare che è sempre il giudice dell'udienza preliminare, vale a dire il tribunale per i minorenni, nella composizione di cui sopra si è detto, a giudicare nel procedimento speciale.

L'affermazione non può essere condivisa.

Anche nel processo penale ordinario detta disposizione comporta che nel giudizio abbreviato si debbano sempre (quindi, pure se il medesimo si

AA

R

innesti su altri procedimenti speciali) osservare, in quanto applicabili, le regole previste per l'udienza preliminare.

Questo non significa, però, che il giudice dell'abbreviato debba necessariamente essere sempre il giudice dell'udienza preliminare. Si pensi appunto a ciò che si verifica con riferimento al giudizio immediato ed al procedimento per decreto, nei quali detta previsione non muta certamente la competenza a giudicare del giudice per le indagini preliminari.

Non si discute che la messa alla prova costituisca, nell'ambito degli istituti di favore tipici del processo penale a carico dei minorenni, uno strumento particolarmente qualificante, rispondendo, forse più di ogni altro, alle indicate finalità della giustizia minorile (come affermato anche dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 125 del 1995).

Ma ciò non può comportare una sorta di incapacità funzionale del giudice per le indagini preliminari minorile a celebrare il giudizio abbreviato e ad adottarne i provvedimenti conclusivi, anche qualora essi appartengano al novero di quelli "speciali" della giustizia minorile.

Ciò sia perché, come si diceva all'inizio, il giudice togato è comunque un giudice specializzato in ragione di una particolare professionalità settoriale, sia perché, comunque, l'indicazione del legislatore è inequivoca, nel momento in cui considera applicabile al processo minorile l'art. 458 c.p.p..

Si aggiunga, come rilevato nell'unico precedente giurisprudenziale che affronta, risolvendolo nello stesso senso, il problema (Cass. I 18 gennaio 2007, p.m. in c. Troiano, RV 236573), che il rito minorile prevede "anche altri casi di definizione del procedimento con sentenza da parte del

12

37

giudice per le indagini preliminari" (il riferimento è ai citati artt. 26 e 27 c.p.p.m.).

Deve, in conclusione, ritenersi che la competenza per il giudizio abbreviato, introdotto da richiesta seguita a decreto di giudizio immediato, appartiene, anche nel processo penale minorile, al giudice per le indagini preliminari" (Cassazione penale, sez. IV, 16/09/2008, n. 38481, con la quale è stato appunto respinto il ricorso del P.M.M. di Ancona che predicava la competenza del g.u.p.; Cassazione penale, sez. I 18/01/2007 n. 14669 in tema di competenza sulle misure cautelari nel caso di giudizio abbreviato; Cassazione penale, sez. I 07/06/2001 n. 28942, che ha risolto un conflitto di competenza affermando la competenza del g.i.p. del T.M. di Milano a decidere nel giudizio abbreviato a seguito di decreto di giudizio immediato; Cassazione penale, sez. VI, 05/02/2009, n. 14389 che ha ribadito che in tema di procedimento a carico di minorenni, la competenza per il giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato spetta al giudice delle indagini preliminari e non al tribunale per i minorenni nella composizione prevista per l'udienza preliminare).

A questo punto va ricordato che l'incompetenza funzionale equivale al disconoscimento della ripartizione delle attribuzioni del giudice in relazione allo sviluppo del processo e riflette i suoi effetti direttamente sulla idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento. Essa, pur non avendo trovato un'esplicita previsione neppure nel nuovo codice di procedura penale, proprio perché connaturata alla costruzione normativa delle attribuzioni del giudice ed allo sviluppo del rapporto processuale, è desumibile dal sistema ed

13

esprime tutta la sua imponente rilevanza in relazione alla legittimità del provvedimento emesso dal giudice, perché la sua mancanza rende tale provvedimento non più conforme a parametri normativi di riferimento (Nella specie, in applicazione di tali principi, è stato riconosciuto affetto da incompetenza funzionale, e viziato, quindi, da nullità assoluta, il provvedimento di applicazione di una misura cautelare adottato da un giudice per le indagini preliminari in un caso in cui, trattandosi di reati ministeriali, sussisteva la speciale competenza funzionale del collegio previsto dall'art. 7 della l. cost. 16 gennaio 1989 n. 1: Cassazione penale, sez. un., 20/07/1994).

E' stato, infatti, ritenuto che laddove, a seguito dell'erronea determinazione del p.m., venga a determinarsi il mutamento del giudice naturale competente a giudicare sulla richiesta di giudizio abbreviato, si sarebbe in presenza di una (assorbente) nullità assoluta, insanabile e rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del processo, nonostante la definizione con il rito abbreviato: ciò che si verifica allorquando a decidere del giudizio abbreviato risulti non il giudice del dibattimento, come sarebbe stato se l'azione penale fosse stata correttamente esercitata, ma il g.i.p. (Nella specie, la Corte ha rilevato come la corte di appello avesse correttamente risolto la questione, perché, evidenziando che non sussistevano i presupposti della necessità della trattazione unitaria, aveva dichiarato la nullità del decreto di citazione, e in conseguenza della sentenza di primo grado, limitatamente a un reato contravvenzionale per il quale non ricorrevano i presupposti per il giudizio immediato e si doveva procedere con la citazione diretta in giudizio: Cassazione penale, sez. II, 05/07/2012, n. 30445).

Al

Analogamente si è ritenuto che integra una particolare ipotesi di competenza funzionale quella del giudice investito dell'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 ss. c.p.p., dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio immediato, e la violazione della relativa disciplina determina ai sensi degli art. 178 comma 1 lett. a) e 179 comma 1 c.p.p. una nullità assoluta e insanabile, rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del processo, e, quindi, anche nel giudizio di cassazione (Cassazione penale, sez. un., 25/01/2005, n. 4419).

In definitiva deve dichiararsi la nullità della sentenza impugnata in quanto emessa dal g.u.p. presso il T.M. di Napoli anziché dal g.i.p. funzionalmente competente, con la conseguente rimessione degli atti al medesimo g.i.p. per la definizione del giudizio abbreviato richiesto dagli imputati.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Napoli, sezione penale minorenni, visto l'art. 599 c.p.p., in riforma della sentenza n.207/13 emessa dal g.u.p. presso il T.M. di Napoli ed appellata da [redacted] e [redacted] dichiara la nullità della predetta sentenza in quanto emessa da g.u.p. funzionalmente incompetente e rimette gli atti al g.i.p. presso il T.M. di Napoli per il giudizio abbreviato nei confronti dei predetti imputati.

Napoli, 17.10.2013

Il Presidente est.

il Cancelliere
Tito dott.ssa Maria

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI
UFFICIO G.U.P.

Rilasciat... No. 1 copie conformi richiesta con/senza
urgenza il 28.10.2013. Applicate su istanza
marche per complessivo importo di € 5.31
Napoli, li 4.11.2013 IL CANCELLIERE

ALESSANDRO COCCHIARA
Presidente della Sezione Minorenni
della Corte di Appello di Napoli

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. FIANDANESE Franco - Presidente -

Dott. TADDEI M.B. - Consigliere -

Dott. IASILLO A. - rel. Consigliere -

Dott. DIOTALLEVI Giovann - Consigliere -

Dott. CARRELLI PALOMBI Roberto - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso proposto da Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Bologna;
avverso la sentenza della medesima Corte - Sezione per i minorenni -
in data 13/02/2013, con la quale veniva annullata la sentenza del G.U.P. del Tribunale per i minorenni di Bologna che aveva condannato B.H.A. (n. il (OMISSIS));
Sentita la relazione della causa fatta, in pubblica udienza, dal Consigliere Dr. Adriano Iasillo;

Udita la requisitoria del Sostituto Procuratore Generale, Dr. Romano Giulio, il quale ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 10/05/2012, il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale per i minorenni di Bologna dichiarò B.H.A. - che aveva chiesto di procedere con il giudizio abbreviato a seguito di decreto di giudizio immediato - responsabile dei reati di rapina aggravata in concorso, di rapina impropria e di porto ingiustificato di coltello in concorso e - unificati i reati ex art. 81 c.p., concesse le attenuanti generiche e la diminuzione della giovane età prevalenti sulle aggravanti contestate e con la riduzione per la scelta del rito - lo condannò alla pena di anni 1 e mesi 4 di reclusione ed Euro 300,00 di multa.

Avverso tale sentenza il difensore dell'imputato propose gravame dolendosi della revoca della messa alla prova e dell'entità della pena. La Corte di appello di Bologna - Sezione penale per i minorenni - annullò la predetta sentenza per incompetenza funzionale del G.U.P. (Tribunale per i minorenni nella composizione collegiale prevista per l'udienza preliminare), ritenendo la competenza del G.I.P. (composizione monocratica).

Ricorre per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Bologna eccependo la violazione della legge penale.

Sottolinea in proposito tutti i motivi per i quali, a suo giudizio, debba essere il G.U.P. (Tribunale per i minorenni nella composizione prevista per l'udienza preliminare) e non il G.I.P. a dover giudicare in caso di giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato; G.U.P. che proprio per la sua composizione offre maggior garanzie per un giudizio che vede coinvolto un minore.

Rileva inoltre che il G.I.P. e il G.U.P. appartengono allo stesso ufficio e quindi se anche si volesse ritenere fondata la tesi della Corte di appello che sia il G.I.P. a dover giudicare in caso di giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato è evidente che non vi sia stata alcuna lesione del principio di giudice naturale nè di incompetenza funzionale rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

Il P.G. ricorrente conclude, pertanto, per l'annullamento dell'impugnata sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Procuratore Generale presso la Corte di appello di Bologna ha ben evidenziato tutte le ragioni per le quali è corretto ritenere che debba essere il G.U.P. (Tribunale per i minorenni nella composizione prevista per l'udienza preliminare: organo collegiale formato da due giudici onorari e un solo magistrato togato) e non il G.I.P. (magistrato togato, organo monocratico) a dover giudicare nel caso di giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato di un minore.

Orbene poiché il Collegio condivide i motivi posti a sostegno della tesi del Procuratore Generale si deve rimettere la questione alle Sezioni Unite per evitare di dar luogo ad indirizzi giurisprudenziali contrastanti (si veda in proposito Sez. 6, Sentenza n. 2801 del 12/10/1993 Cc. - dep. 27/10/1993 - Rv. 196029).

Invero, la giurisprudenza di questa Corte sul punto è orientata in senso contrario, poichè ritiene che nel caso di giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato di un minore sia il G.I.P. ad essere competente e non già il G.U.P. (Tribunale per i minorenni nella composizione prevista per l'udienza preliminare; si vedano a titolo esemplificativo: Sez. 4, Sentenza n. 38481 del 16/09/2008 Cc. - dep. 09/10/2008 - Rv. 241552; Sez. 6, Sentenza n. 14389 del 05/02/2009 Cc. - dep. 01/04/2009 - Rv. 243254; Sez. 2, Sentenza n. 44621 del 12/07/2013-dep. 05/11/2013 non massimata).

Nelle sentenze di questa Corte, sopra citate, si afferma un principio condiviso dal Collegio e non oggetto di contestazione da parte del P.G. ricorrente.

In particolare, in esse si sostiene che non vi è ragione di ritenere precluso al minore l'accesso al giudizio abbreviato allorquando il procedimento sia stato incanalato verso la fase dibattimentale con decreto di giudizio immediato.

Qui si innesta la questione sollevata dal P.G. ricorrente: a quale giudice appartenga la competenza a celebrare il giudizio abbreviato quando la richiesta sia stata proposta, appunto, a seguito di decreto di giudizio immediato.

Orbene il codice minorile non offre indicazioni specifiche.

E', pertanto, inevitabile il riferimento all'art. 1, comma 1, che afferma che, per quanto non previsto dalle disposizioni del decreto, nel procedimento a carico di minorenni si osservano le disposizioni del codice di procedura penale.

Pertanto secondo la predetta giurisprudenza si deve applicare quanto previsto dall'art. 458 c.p.p. che individua - per il processo ordinario - il G.I.P. quale giudice competente a decidere: da ciò discende che anche in tema di procedimento a carico di minorenni la competenza per il giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato spetti al Giudice delle indagini preliminari (sia pure persona fisica diversa rispetto al giudice delle precedenti indagini preliminari, ex art. 34 c.p.p., comma 2) e non al Tribunale per i minorenni nella composizione prevista per l'udienza preliminare.

Le decisioni di cui sopra - che hanno quale fondamento solo la previsione dell'art. 458 c.p.p. - non prendono, però, in considerazione importanti questioni poste in risalto nell'odierno ricorso. Infatti, si deve rilevare che nella maggior parte delle stesse sentenze di cui sopra si evidenzia che al secondo periodo del citato art. 1 c.p.p., comma 1, si legge che "tali disposizioni" (vale a dire, quelle del decreto n. 448 del 1988 e quelle del codice di procedura penale) "vanno applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne".

Detto principio di adeguatezza applicativa permea sia la disciplina processuale speciale, sia quella generale sussidiaria.

Si tratta di criterio, legato al più generale principio di minima offensività, che impone di evitare, nell'esercizio della giurisdizione penale, ogni pregiudizio al corretto sviluppo psico-fisico del minore, nonchè di adottare le opportune cautele per salvaguardare le correlate esigenze educative, favorendo una risposta adeguata al caso concreto.

Che si tratti di fondamentale principio della giustizia minorile è stato anche recentemente confermato dal legislatore, che ha introdotto (con la L. 24 luglio 2008, n. 125, di conversione del decreto - L. 23 maggio 2008, n. 92 - art. 12 quater) l'art. 25 c.p.p.m., comma 2 ter, esonerando il pubblico ministero dall'attivare giudizio direttissimo e giudizio immediato nel caso in cui ciò possa pregiudicare gravemente le esigenze educative del minore imputato.

Dunque il richiamo di tale indiscusso principio deve, necessariamente, condurre a valutare attentamente se l'affermata competenza del G.I.P. a decidere il giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato non menomi il predetto principio di adeguatezza.

Si deve, in proposito, rilevare che nelle citate sentenze non si affronta una questione importante: nel giudizio ordinario il G.I.P. e il G.U.P. sono sempre organi monocratici appartenenti al medesimo ufficio che si distinguono tra loro solo per le diverse attività svolte (il Giudice che ha esercitato le funzioni di giudice per le indagini preliminari non potrà tenere l'udienza preliminare nel medesimo procedimento, udienza che sarà tenuta da altro G.I.P.; art. 34 c.p.p., comma 2 bis).

Invece nel processo minorile, come si è detto, è previsto espressamente dalla legge un G.U.P., organo collegiale formato da un magistrato togato e due esperti; G.U.P. che è, quindi, composto in modo ben diverso dal G.I.P. (organo monocratico).

La partecipazione degli esperti è stata prevista dal Legislatore per tutti quei casi nei quali si debbano assumere decisioni di grande incidenza individuale (si veda ad esempio: Sez. 3, Sentenza n. 22942 del 18/10/2012 Ud. - dep. 28/05/2013 - Rv. 256154; Sez. 2, Sentenza n. 35444 del 28/05/2013 Ud. - dep. 23/08/2013 - non massimata).

Inoltre il Legislatore ha previsto che sia proprio il G.U.P. nella composizione di cui sopra a decidere normalmente il giudizio abbreviato per i minorenni.

A fronte di quanto espressamente voluto dal Legislatore per la tutela del minore (composizione del giudice minorile con esperti laici) è, allora, evidente la fragilità dell'argomento con il quale si sostiene che il G.I.P. minorile ben possa decidere - nel caso di specie - unicamente perchè si tratta di magistrato togato "specializzato" in ragione della particolare professionalità, acquisita sia attraverso corsi di formazione e di aggiornamento, sia favorendo l'esperienza giudiziaria di settore.

Infatti, se questa riconosciuta e non contestata specializzazione fosse stata ritenuta sufficiente per garantire l'esigenze del minore il Legislatore in generale non avrebbe dovuto mai prevedere l'integrazione degli organi collegiali minorili con esperti e in particolare - per ciò che ci interessa - non avrebbe dovuto differenziare la composizione del G.I.P. e del G.U.P. minorile e avrebbe dovuto, invece, adottare lo stesso sistema previsto per il giudizio ordinario (nel quale, come si è già evidenziato, G.I.P. e G.U.P. hanno la medesima composizione monocratica).

Ancor più fragile appare l'argomento - con il quale si giustifica, nelle predette sentenze, la competenza del G.I.P. - che si fonda sul fatto che negli artt. 26 e 27 c.p.p.m. il Legislatore abbia previsto che il G.I.P. possa definire il procedimento con sentenza.

Invero, si deve in proposito rilevare in primo luogo che in questi due casi il Legislatore ha espressamente previsto tale possibilità, in secondo luogo che le decisioni prese dal G.I.P. con sentenza, previste nei predetti articoli, sono favorevoli per il minore (in particolare, il G.I.P. può pronunciare sentenza di non luogo a procedere per difetto d'imputabilità nel caso di minore infraquattordicenne - art. 26 c.p.p.m. - e sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto - art. 27 c.p.p.m.); mentre nel caso di cui ci occupiamo il giudizio abbreviato può concludersi - ovviamente - anche con la condanna dell'imputato minore e, eventualmente, con decisione sulla sospensione del processo e messa in prova dello stesso imputato; nel caso di cui ci occupiamo, tra l'altro, la messa in prova al quale l'imputato era stato ammesso è stata revocata dal Tribunale per i minorenni quale Giudice dell'udienza preliminare.

A proposito di quest'ultima eventualità (sospensione del processo e messa in prova) si deve rilevare che il D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 272, art. 27 fornisce una chiara indicazione a favore del fatto che sospensione del processo e messa alla prova debbano necessariamente essere disposte dal giudice collegiale. D.Lgs. n. 272 del 1989, art. 27, che indubbiamente valorizza, in tema di messa in prova, il contributo che il giudice onorario può offrire, in virtù della sua formazione professionale, nelle peculiari valutazioni del processo penale minorile.

Appare opportuno, in proposito, ricordare anche quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza (la n. 125 del 1995) con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, art. 28, comma 4, (approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni), nella parte in cui prevede che la sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio abbreviato o immediato.

E' appena il caso di rilevare che il Giudice che sollevò la questione di legittimità costituzionale - poi accolta - del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, art. 28, comma 4, "nella parte in cui esclude che si possa disporre la sospensione del processo e messa alla prova nel caso l'imputato abbia richiesto giudizio abbreviato in seguito a decreto di giudizio immediato, disposto su richiesta del pubblico ministero" (quindi in un caso eguale a quello di cui ci occupiamo oggi) fu proprio il Tribunale per i minorenni di Catania, in funzione di Giudice dell'udienza preliminare e non già il G.I.P.

Si legge, dunque, nella motivazione della predetta sentenza della Corte Costituzionale (125 del 1995): "La sospensione del processo con messa alla prova, di cui agli artt. 28 e 29 delle disposizioni sul processo penale minorile, costituisce un istituto del tutto nuovo nel nostro ordinamento, in quanto, pur aggiungendosi ad altre analoghe ipotesi già esistenti, è caratterizzato dal fatto di inserirsi, in via incidentale, in una fase (udienza preliminare o dibattimento) antecedente la pronuncia sulla regiudicanda e di poter dar luogo, in caso di esito positivo della prova, ad una sentenza pienamente liberatoria.

Questi peculiari aspetti dell'istituto in esame sottolineano il rilievo che esso assume nell'ambito del processo penale minorile, evidenziandone la stretta aderenza alla essenziale finalità di recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale (anche attraverso l'attenuazione dell'offensività del processo), cui la giustizia minorile - come più volte questa Corte ha affermato (cfr. sentenze nn. 125 del 1992, 206 del 1987 e 222 del 1983) - deve essere improntata, in ossequio al principio della tutela dei minori di cui all'art. 31 Cost.

Tali esigenze erano, del resto, ben presenti al legislatore delegante, il quale, nel dettare la L. n. 81 del 1987, art. 3, aveva prescritto, nella prima parte, che la disciplina del processo minorile dovesse rispettare i principi generali del nuovo processo penale, ma "con le modificazioni ed integrazioni imposte dalle particolari condizioni psicologiche del minore, dalla sua maturità e dalle esigenze della sua educazione";

e poi, nella direttiva di cui alla lett. e), da cui specificamente trae origine l'istituto in esame, aveva stabilito il "dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale, anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti"; la "facoltà del giudice di sospendere il processo per un tempo determinato, nei casi suddetti"; nonché la "sospensione in tal caso del corso della prescrizione".

La messa alla prova, in conclusione, costituisce, nell'ambito degli istituti di favore tipici del processo penale a carico dei minorenni, uno strumento particolarmente qualificante, rispondendo, forse più di ogni altro, alle indicate finalità della giustizia minorile".

Dunque il ritenere la competenza del G.I.P. per il giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato anche per l'imputato minorenne solo perchè così prevede l'art. 458 c.p.p. per il processo ordinario, appare decisione che non tiene nel dovuto conto di come il Legislatore abbia modellato il processo minorile in conformità a quanto previsto dall'art. 31 Costi..

Si deve, infine, rilevare che nel caso di specie l'imputato aveva impugnato la sentenza del Tribunale per i minorenni di Bologna, in funzione di Giudice dell'udienza preliminare, dolendosi solo della revoca della messa alla prova e dell'entità della pena. La Corte di appello ha, invece, rilevato di ufficio la nullità della sentenza ex art. 604 c.p.p., ritenendo che si trattasse di questione inerente la competenza funzionale (ha deciso il G.U.P. e non il G.I.P. minorile) e, comunque, "le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario" (nullità assoluta e rilevabile di ufficio ex art. 178 c.p.p., comma 1, lett. a) e art. 179 c.p.p.).

Tale decisione - a prescindere da quanto sopra rilevato in ordine alla competenza del G.U.P. minorile - è erronea. Infatti, non può certo essere ravvisata la nullità assoluta in relazione alle condizioni di capacità del giudice e al numero dei giudici necessario per costituire i collegi perchè nel caso di specie ha giudicato il Tribunale per i minorenni di Bologna, in funzione di Giudice dell'udienza preliminare, perfettamente capace e costituito secondo quanto previsto dalle leggi e dall'ordinamento giudiziario (si veda sul punto anche la già citata Sez. 2, Sentenza n. 35444 del 28/05/2013 Ud. - dep. 23/08/2013 - non massimata, con la quale è stato rigettato il ricorso del P.G. - che si doleva del fatto che in un caso eguale a quello di cui ci occupiamo oggi avesse deciso il G.U.P. e non il G.I.P. - per mancanza di interesse).

Al più la Corte di appello avrebbe, quindi, potuto ritenere essersi verificata l'inosservanza delle disposizioni sulla competenza collegiale o monocratica del G.I.P.; ma in tal caso non può certo ravvisarsi una nullità assoluta anche in forza di quanto previsto dall'art. 33 quinquies c.p.p. per i casi di inosservanza delle disposizioni sulla competenza collegiale o monocratica del Tribunale.

P.Q.M.

Rimette il ricorso alle Sezioni Unite. In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, in quanto imposto dalla legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 11 dicembre 2013.

Depositato in Cancelleria il 18 dicembre 2013



PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE PER I MINORENNI DELL'EMILIA ROMAGNA
BOLOGNA

Eccezione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 458 c.p.p. in relazione agli artt. 3, 24 e 31 della Costituzione per omessa previsione della applicazione delle norme disciplinanti l'udienza preliminare anche con riferimento alla composizione dell'organo giudicante .

Com'è noto la Corte di Cassazione, con giurisprudenza costante sin dal 2008 (Cass. Sez. 4° penale n. 38481/08 del 16.9.2008 , Cass. Sez. 6° pen. N. 14389/09 del 5.2.2009, Cass. Sez. 2° pen. Sent. N. 44617 del 5.11.2013), in difformità dal parere della Procura Generale presso la stessa Corte e di gran parte della dottrina (per tutti vedi: Giostra – Il processo penale minorile- 3° ed. sub commenti artt. 19 e 25 ; Mazzucato in Guida al Diritto – Famiglia e minori – n. 11/08 pg. 60 e ss.) e della giurisprudenza di merito , ritiene pacifico che funzionalmente competente a celebrare il giudizio abbreviato a seguito di decreto di giudizio immediato richiesto da P.m.m. , sia il g.i.p. (ossia un giudice monocratico togato sia pure diverso da quello che ha emesso il decreto di giudizio immediato).

Giova premettere che la problematica è insorta – con più che evidente quanto significativa tardività – a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 28 comma 4 D.P.R. n. 448/1988 nelle parti in cui prevedeva che la sospensione del processo per messa alla prova fosse incompatibile con il giudizio abbreviato e con il giudizio immediato richiesto dall'imputato (corte Cost. Pres. Baldassarre –redattore Ferri : sentenza n. 125 del 1995 su G.U. 16 del 19.4.1995) .

Infatti fino alla pronuncia del 25.9.2007 del G.I.P. presso il T.M. di Ancona - che, in sede di abbreviato ammesso a seguito di decreto di fissazione di giudizio immediato richiesto dal P.M.M., disponeva la sospensione del procedimento per messa alla prova (peraltro nel corso di un'udienza tabellarmente prevista come preliminare e da celebrarsi, quindi, da parte dello speciale collegio previsto dall'Art. 50 bis dell'ordinamento giudiziario) – nessun giudice minorile aveva mai dubitato che, in mancanza di una specifica indicazione normativa , l'applicazione del codice di rito dovesse essere armonizzata , ai sensi dell'art. 1 D.P.R. n. 448/1988 , con il principio ispiratore del rito penale speciale previsto per i minori , secondo il quale è riservata sempre a un collegio ,integrato da esperti, ogni piena cognizione di merito .

Non rappresentano eccezioni a tale principio la possibilità di declaratoria di inimputabilità anche da parte del G.I.P. allorché il processo sia pendente presso allo stesso o la speciale procedura prevista dall'art. 27 D.P.R. n. 448/1988 per irrilevanza del fatto, posto che in entrambi i casi la cognizione del giudice togato monocratico viene significativamente limitata alla possibilità di dichiarare l'improcedibilità sulla base, rispettivamente, di risultanza oggettiva che esclude la capacità penale e di una richiesta del P.M.M. che, ove non condivisa, consente solo la restituzione degli atti all'organo requirente, senza alcuna altra contestuale possibilità definitoria.

D'altro canto, anche a voler tacere del dettato normativo dell'art. 27 D.lgv. n. 272/1989, ove chiaramente si prevede che la map viene disposta da un giudice collegiale con la partecipazione di esperti, il dato formale che la Suprema Corte ha voluto privilegiare attraverso un'acritica applicazione dell'art. 458 c.p.p. e svilendo la portata dell'opportuno criterio ermeneutico generale previsto dall'art. 1 del D.P.R. n. 448/1988, sta determinando, con l'annullamento, anche d'ufficio, di numerose sentenze da parte della Corte d'Appello di Bologna, non solo una sterile e penalizzante reiterazione di processi, ritardi nell'uscita degli imputati dal circuito penale e un'alta possibilità di prescrizioni ma anche una più che evidente disparità di trattamento - questa sì rilevante in quanto riguardante gli specifici apporti valutativi della componente onoraria specializzata - nei giudizi di merito e, soprattutto, nell'ammissibilità della messa alla prova e nella valutazione del suo esito.

L'affermazione della Suprema Corte secondo la quale non sarebbe irragionevole che lo stesso rito (abbreviato) - e di conseguenza un istituto finalizzato alla definizione anticipata del processo quale la messa alla prova - siano demandati alla competenza funzionale di un organo monocratico (G.I.P.) o collegiale (G.U.P. collegiale con prevalenza maggioritaria di giudici onorari esperti) a seconda delle modalità di ammissione, non solo denota un'evidente sottovalutazione, se non svalutazione, dell'apporto, molte volte decisivo, che i cd. esperti possono fornire nell'apprezzamento dei profili di personalità dell'imputato delle cause della devianza e delle possibilità trattamentali e riabilitative, ma è anche in aperto contrasto con l'orientamento chiaramente espresso dal giudice delle leggi in merito all'essenza della specializzazione nella giurisdizione minorile.

La Corte Costituzionale (Presidente Chieppa, redattore Neppi Modona) nell'ordinanza n. 330 del 2003, emessa nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 110 R.D. n. 12/1941 e 2 secondo comma R.D. n. 1579/1934, promosso dal T.M. di Catanzaro con riferimento alla sostituibilità dei magistrati togati dei Tribunali per i minorenni con magistrati dei Tribunali ordinari, richiamando il pregresso analogo orientamento della Cassazione, così si esprimeva:

:“ ...omissis.....va ribadito che le esigenze costituzionali di tutela dei minori risultano soddisfatte dalla peculiare composizione del Tribunale per i minorenni, il cui collegio è formato ,oltre che da due magistrati togati, da due cittadini ,un uomo e una donna, benemeriti dell’assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia ,di psicologia ,nonché dall’apporto di altri operatori che ne preparano e fiancheggiano l’attività e dalle specifiche garanzie e modalità procedurali che caratterizzano il procedimento minorile... omissis.....che dunque, anche nel caso limite di sostituzione integrale della componente togata del tribunale per i minorenni nel rispetto delle norme dell’ordinamento giudiziario, la specializzazione del giudice minorile ,finalizzata alla protezione della gioventù sancita dalla Costituzione, è assicurata dalla struttura complessiva di tale organo giudiziario, qualificato dall’apporto degli esperti laici “.

Ne deriva che:

- la specializzazione del giudice minorile è garantita principalmente dalla componente non togata, soprattutto con riferimento alla valutazione della personalità e alla necessità o meno di irrogare una sanzione penale ;

- privare un imputato della possibilità di beneficiare della valutazione degli esperti non togati ,garantita in analogo rito ad altri imputati , per effetto semplicemente del momento processuale in cui interviene la richiesta di esservi ammesso (dopo il decreto di giudizio immediato richiesto dal P.M.M. o in sede di udienza preliminare o, per la map, in sede dibattimentale) è sicuramente non solo irragionevole ma anche ampiamente discriminatorio e comunque viola le garanzie di specializzazione che il legislatore, in conformità anche ai principi sanciti nelle principali convenzioni internazionali (Regole di Pechino, Convenzione O.N.U. del 1989 sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza , Convenzione di Strasburgo ...), ha voluto assicurare attraverso le specifiche disposizioni sul processo penale minorile.

Ciò posto, pur consapevole della possibilità per il giudicante di pervenire ad analoghe conclusioni attraverso una corretta interpretazione , costituzionalmente orientata, delle norme vigenti , l’Ufficio del P.M. si vede costretto - dall’orientamento della Suprema Corte , dalla prassi instaurata dalla Corte d’Appello di Bologna- Sezione specializzata per i minorenni di annullare , anche d’ufficio, tutte le sentenze G.U.P. emesse in abbreviato celebrato a seguito di decreto di immediato e dagli effetti che gli stessi stanno determinando – a sollecitare il giudicante affinché valuti la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell’art. 458 c.p.p. in riferimento agli artt. 3 , 24 (disparità di trattamento e irragionevolezza) e 31 (protezione per i minori garantita dalla specializzazione) della Costituzione nella parte in cui non preveda che per i minorenni si applichi il rito previsto per l’udienza preliminare anche con riferimento alla speciale composizione collegiale dell’organo giudicante.

Ugo Pastore

Procuratore della Repubblica

Il giudice per le indagini preliminari,
Dr. Giuseppe Spadaro,
a scioglimento della riserva espressa all'udienza dell'11 novembre 2013,
sentite le parti,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

avente ad OGGETTO: giudizio abbreviato.

IN FATTO

In data 25.01.2010 D. S. nato in Marocco il 23.08.1992, veniva tratto in arresto per i reati di tentata rapina aggravata e porto illegale di coltello descritti in imputazione ed il GIP presso codesto Tribunale per i Minorenni convalidava l'arresto all'udienza del 20.01.2010.

In data 09.02.2010 il P.M.M. avanzava richiesta di giudizio immediato, accolta dal GIP con apposito decreto dell'11.02.2010.

A seguito dell'accoglimento di tale richiesta, veniva disposto il giudizio abbreviato con decreto del 14.04.2010 e successivamente svolto il relativo giudizio, all'udienza dell'08.06.2010, conclusosi con sentenza di condanna ad anni 2 di reclusione ed euro 200,00 di multa.

In data 27.07.2010 il difensore dell'imputato proponeva appello avverso tale sentenza e all'udienza del 20.10.2010 la Corte di Appello di Bologna emetteva ordinanza di sospensione del processo e messa alla prova dell'imputato per la durata di anni 2, ai sensi dell'art. 28 d.P.R. n. 448/88, revocando contemporaneamente la misura cautelare cui il D. era ancora sottoposto.

All'udienza del 19.12.2012, la Corte non accoglieva la richiesta del Procuratore Generale di declaratoria di estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova e dichiarava la nullità della sentenza di 1° grado.

Avverso tale sentenza, la Procura Generale avanzava ricorso per Cassazione che veniva rigettato dalla Suprema Corte in data 15.07.2013.

Gli atti venivano conseguentemente restituiti al Giudice di prime cure che fissava l'odierna udienza per la rinnovazione del giudizio, ove il P.M.M. solleva eccezione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 458 c.p.p..

Questo Giudice ritiene di dovere rimettere gli atti alla Consulta, ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 458 c.p.p. e dell'art. 1 comma I d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, in relazione agli artt. 3, 24 e 31 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono l'applicazione delle norme disciplinanti l'udienza preliminare anche con riferimento alla composizione dell'organo giudicante, alla luce del diritto vivente della Suprema Corte (secondo Cass. pen., Sez. IV, 16 settembre 2008, n. 38481: “*ai sensi dell'art. 458 c.p.p. - norma generale applicabile in difetto di diversa previsione speciale, ai sensi dell'art. 1, 1° comma, D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, anche nel processo penale a carico di minorenni, - la competenza a celebrare il giudizio abbreviato richiesto dall'imputato dopo la notifica del decreto di giudizio immediato appartiene al giudice per le indagini preliminari*”).

In punto di rilevanza e non manifesta infondatezza

OSSERVA

quanto segue:

1. In punto di rilevanza, la questione è da considerarsi senz'altro rilevante. Dalla risoluzione della quaestio costituzionale, difatti, dipende la composizione dell'organo giudicante penale investito del procedimento (monocratica o collegiale) e, pertanto, la stessa validità della procedura nel suo complesso. In punto di non manifesta infondatezza, la questione non si palesa manifestamente infondata per le ragioni che si andranno di seguito ad esplicitare.

2. Quanto all'oggetto della questione, trattasi dell'art. 458 c.p.p. e dell'art. 1 comma I d.P.R. 448/1988, nella parte in cui prevedono che, nel giudizio minorile, la composizione dell'organo giudicante sia quella del GIP (monocratica) e non quella del Tribunale per i Minorenni nella composizione collegiale prevista per l'udienza preliminare.

2.1. Sempre in punto di ammissibilità della questione, si ritiene che un'interpretazione adeguatrice delle norme sospette di incostituzionalità risulti infruttuosa ed inadeguata alla luce delle seguenti considerazioni. Il giudice a quo è onerato di sperimentare la cd. *interpretatio secundum constitutionem* (Corte Costituzionale, ordinanza 10.02.2006 n. 57), sussistendo in capo al rimettente “la necessità di motivare sull'impossibilità di interpretare la norma in senso conforme alla Costituzione”(cfr. Corte Cost., 19/10/2001, n. 336 in *Giur. Costit.*, 2001, f. 5; Corte Cost. ord., 21/11/1997, n. 361 in *Giur. Costit.*, 1997, fasc. 6). Questo onere impone pertanto al Giudice di selezionare, tra i diversi significati giuridici astrattamente possibili di una norma, quello che sia più conforme alla Costituzione. Il sospetto di illegittimità costituzionale, infatti, è legittimo solo allorquando nessuno dei significati che è possibile estrapolare dalla disposizione normativa si sottragga alle censure di incostituzionalità (Corte Cost., 12/03/1999, n. 65 in *Cons. Stato*, 1999, II, 366).

E tuttavia, se è vero che, in linea di principio, le leggi si dichiarano incostituzionali perché è impossibile darne interpretazioni "secundum Constitutionem" e non in quanto sia possibile darne interpretazioni incostituzionali, è anche vero che esiste un preciso limite all'esperimento del tentativo salvifico della norma a livello ermeneutico: il Giudice non può, infatti, "piegare la disposizione fino a spezzarne il legame con il dato letterale". Ed in tal senso, di fatto, vi sarebbe il rischio, dinnanzi ad una redazione chiara ed inequivoca di una data norma, di invadere una competenza che al giudice odierno non compete, se non altro perché altri Organi, nell'impalcatura Costituzionale (come l'adita Corte delle Leggi), sono deputati ad espletare talune funzioni ad essi esclusivamente riservate. In sostanza, l'interpretatio secundum constitutionem presuppone, indefettibilmente, che l'interpretazione "altra" sia "possibile", cioè, praticabile: differentemente, si creerebbe un vulnus alla certezza del diritto poiché, anche dinnanzi a norme "chiare", ogni giudicante adito potrebbe offrire uno spunto interpretativo diverso.

Svolte le considerazioni sopra riportate, reputa l'odierno giudicante che il dato normativo non si possa prestare ad interpretazioni diverse da quella emergente dalla mera lettura del testo, se non altro per la interpretazione costante e pacifica (c.d. diritto vivente) che ne ha dato finora la Suprema Corte (v. ad es., Cass. Pen., sez. VI, 5 febbraio 2009 n. 14389 *"in tema di procedimento a carico di minorenni, la competenza per il giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato spetta al giudice delle indagini preliminari e non al tribunale per i minorenni nella composizione prevista per l'udienza preliminare"*; oltre alla conforme decisione del 15.07.2013 che ha riguardato il presente procedimento penale).

3. Introdotta nel rito la questione sollevata, si ritiene che nel merito siano diversi i profili sotto i quali l'art. 458 c.p.p. e l'art. 1 comma I d.P.R. 448/1988 appaiono sospettabili di incostituzionalità.

Va evidenziato che, nel procedimento penale con imputati minorenni, la delicatezza della materia, la peculiarità delle posizioni giuridiche e dei rapporti oggetto di giurisdizione, hanno fatto sì che il legislatore, in piena armonia con i principi costituzionali vigenti, garantisse al "fanciullo" un giudice minorile specializzato, in cui la previsione della componente collegiale era resa necessaria dall'esigenza di integrare l'organo giudicante con il parere esperto dei giudici laici, tratti dai settori professionali afferenti alle scienze pedagogiche e psicologiche.

La scelta della specificità della potestas iudicandi è stata presa dal nostro legislatore al fine di tutelare al meglio i minori che si trovino coinvolti in una vicenda processuale, in quanto categoria di soggetti ritenuti meritevoli di tutela peculiare. Si è trattato di una presa di coscienza importantissima derivata dalla considerazione che la personalità del minore è in continua evoluzione e il processo educativo fino al raggiungimento della maggiore età non è ancora ultimato.

Questa considerazione ha consentito di colorare la funzione rieducativa dei minori di tratti specifici in quanto, nel processo minorile, già nella stessa fase processuale e ancora più del giudizio e della pena, deve essere predisposto un progetto individuale personalizzato volto alla rieducazione del minore. Non a caso il d.P.R. n. 448/1988 sancisce espressamente che il processo penale minorile “non deve interrompere i processi educativi in atto”.

Per quanto riguarda i riferimenti costituzionali, l’art. 27 Cost. che al terzo comma codifica il fondamentale principio della finalità rieducativa della pena (“Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”), non menziona espressamente i minori. Tuttavia, sono state le numerose pronunce della Corte Costituzionale ad evidenziare l’importanza che tutto il sistema della giustizia minorile debba essere improntato in via pressoché esclusiva alla rieducazione, qualificata come “interesse-dovere” dello Stato, ed a cui viene subordinata, addirittura, la stessa pretesa punitiva (sent. n. 49 del 1973). Ancor più esplicita, in tal senso, è Corte Cost. n. 168 del 1994, ove si chiarisce che la funzione rieducativa della pena per i minorenni “è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente”.

L’art. 31, comma 2, della Costituzione identifica, tra i compiti affidati allo Stato, la protezione della “maternità, l’infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”. Proteggere la gioventù nel contesto processuale minorile si traduce, essenzialmente ed ancora una volta, nella necessità di preservare il processo educativo in atto nel minore.

Da qui la impellente necessità che a giudicare un minore sia il giudice minorile, in composizione collegiale. Parafrasando le direttive ermeneutiche della Corte Costituzionale (ordinanza n. 330 del 2003, emessa nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 110 R.D. n. 12/1941 e 2 secondo comma R.D. n. 1579/1934) va ricordato che “le esigenze costituzionali di tutela dei minori risultano soddisfatte dalla peculiare composizione del Tribunale per i minorenni, il cui collegio è formato, oltre che da due magistrati togati, da due cittadini, un uomo e una donna, benemeriti dell’assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, nonché dall’apporto di altri operatori che ne preparano e fiancheggiano l’attività e dalle specifiche garanzie e modalità procedurali che caratterizzano il procedimento minorile”.

Il principio che si trae dalla giurisprudenza costituzionale è che le norme procedurali previste per il “processo degli adulti” non possono essere tout court applicate all’imputato di minore d’età (se non a sacrificio della sua dignità e della sua protezione), in quanto il fine ultimo della tutela e della rieducazione del minore va posto al centro dell’attenzione statale fin dal primo momento di ingresso del soggetto minore nel circuito processuale.

Il Tribunale per i Minorenni, come si poteva leggere nella “Relazione del Consiglio superiore della magistratura per il 1971 sullo stato della giustizia”, venne istituito proprio perché si ritenne che il minore, in genere portato al delitto da gravi carenze di personalità dovute a fattori familiari, ambientali e sociali, dovesse essere valutato da giudici specializzati che avessero strumenti tecnici e capacità personali particolari per vagliare adeguatamente la sua personalità al fine di individuare il trattamento rieducativo più appropriato. Proprio a conferma di ciò, venne predisposta sia la particolare struttura del collegio giudicante (composto, accanto ai magistrati togati, da esperti magistrati togati, benemeriti dell’assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia), sia l’affiancamento di altri organi e professionalità, quali i servizi sociali, in grado di indirizzare il minore verso il proprio recupero, insieme a tutte le peculiari garanzie che assistono l’imputato minorenni nell’iter processuale davanti al Tribunale per i Minorenni. L’obiettivo era proprio quello di dar vita ad una magistratura specializzata che, per competenze, composizione e formazione, fosse realmente in grado di porsi quale anello di congiunzione tra il legislatore e la comunità civile.

La stessa Corte costituzionale aveva così potuto inquadrare il tribunale per i minorenni nell’ambito di quella “protezione della gioventù”, che trova fondamento nell’ultimo comma dell’art. 31 Cost.. Il processo minorile, in sostanza, è diventato il primo luogo ed il primo strumento offerto dall’ordinamento ai fini del recupero sociale del minore, con sottoposizione della pretesa punitiva statale alla finalità rieducativa.

3.1 Continuando ad attribuire al procedimento ex art. 458 c.p.p. una competenza monocratica del GIP, si finisce per creare una “sacca” di area grigia nella tutela del minore durante il processo penale, in cui vengono meno le garanzie previste dal d.P.R. 448/88 e tutto ciò, peraltro, a fronte di situazioni analoghe (qual è l’udienza preliminare) in cui l’organo giudicante è e resta collegiale. Attualmente esiste, di fatto, un diverso approccio processuale nei confronti del minore, basato su due differenti metri di misura, a fronte di un unico interesse supremo (la rieducazione e la promozione del diritto del minore al migliore sviluppo della personalità) e di una identica situazione soggettiva.

Il momento processuale in cui interviene la richiesta di essere ammesso al giudizio abbreviato (dopo il decreto di giudizio immediato richiesto dal P.M.M. o in sede di udienza preliminare o, per la messa alla prova, in sede dibattimentale) diventa fattore selettivo rispetto alla possibilità del minore di beneficiare o meno della valutazione degli esperti non togati, garantita in analogo rito ad altri imputati minorenni.

Il tutto è sicuramente non solo irragionevole, ma anche ampiamente discriminatorio e comunque viola le garanzie di specializzazione che il legislatore, in conformità anche ai principi sanciti nelle principali Convenzioni internazionali (Regole di Pechino, Convenzione O.N.U. del 1989 sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, Convenzione di Strasburgo), ha voluto assicurare attraverso le specifiche disposizioni sul processo penale minorile.

Da qui, conseguentemente, deriva la violazione dell'art. 3 Cost. (quanto a uguaglianza e ragionevolezza), dell'art. 31 Cost. (quanto a tutela del minore) e dell'art. 24 Cost. (quanto a tutela del diritto di difesa).

Per quanto riguarda il contrasto con l'art. 3, co. 1, Cost., si dà attualmente luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento tra i minori che vengano a trovarsi nella descritta situazione e gli altri minori, autori di reati, che restano sottoposti al giudizio collegiale del tribunale per i minorenni, pur essendo, gli uni come gli altri, su un piano di sicura parità quanto all'esigenza di recupero e reinserimento sociale, maggiormente garantita dal procedimento avanti all'organo specializzato, in composizione collegiale.

Esiste anche un contrasto con il comma secondo dello stesso art. 3, in quanto il tribunale minorile svolge, come più volte sottolineato, una precisa funzione di garanzia dello sviluppo della personalità dell'adolescente e un'eccezione alla sua generale composizione collegiale finisce per configurarsi come un ostacolo a tale sviluppo.

Inoltre, vi è violazione dell'art. 31 Cost., essendo l'organo giudiziario minorile, a differenza dal tribunale ordinario, uno degli strumenti di protezione della gioventù costituzionalmente previsti.

Infine, vi è contrasto anche con l'art. 24, co. 2, Cost., in quanto il minore, per effetto della denunciata norma, si trova dinanzi alla negazione della possibilità di avvalersi, per la sua difesa, delle particolari garanzie offerte dal procedimento innanzi al tribunale per i minorenni, in funzione collegiale.

Preme sottolineare che la vera specializzazione del giudice minorile è oggi garantita principalmente dalla componente non togata, soprattutto con riferimento alla valutazione della personalità dei minori e alla necessità o meno di irrogare una sanzione penale. In effetti, il legislatore ha optato per una competenza "unitaria" (penale-civile-amministrativa) dell'organo giudiziario minorile essendo possibile, anzi auspicabile, che un minore sottoposto a procedimento penale sia, nell'ambito del medesimo processo penale, anche oggetto di un provvedimento civile o amministrativo: sembra al remittente, che solo la componente privata di tale organo giurisdizionale possa garantire il necessario contributo di natura scientifica, o meglio, che solo l'interazione tra giudice togato e componenti cc.dd. laici, istituzionalizzata nella collegialità dell'autorità deputata ad assumere decisioni in ambito minorile, possa effettivamente assicurarla.

La decisione di privare un minore di tali garanzie, con sacrificio dell'interesse superiore del fanciullo e derogando così alla tutela e alla realizzazione del preminente interesse dello Stato al reinserimento sociale del minore, necessita di essere sorretta da valide ragioni giustificative, che non si ritengono sussistenti.

4. Questo giudice, concordemente a quanto asserito dal procuratore generale nel suo ricorso per cassazione, non condivide, infatti, l'orientamento degli Ermellini che fin dal 2008 (Cass. sez. V pen., 16 settembre 2008 n. 38481) ritengono che il giudice delle indagini preliminari del tribunale per i minorenni sia un giudice specializzato, pur nella sua composizione monocratica e, di conseguenza, lo considerano idoneo a giudicare autonomamente e con pienezza di poteri un minore nel giudizio abbreviato. La Cassazione motiva la propria convinzione sostenendo che la magistratura togata sia specializzata in ragione delle competenze acquisite da quest'ultima con l'esperienza e la pratica nel settore minorile e tramite la partecipazione ai vari corsi per la formazione e l'aggiornamento dei magistrati. Tale orientamento sembra passibile di censura costituzionale per le ragioni sopra accennate e che qui, di seguito, si intendono meglio illustrare.

L'indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte sembra a codesto giudice in contrasto con la ratio ed i principi che hanno portato il nostro legislatore, nel 1934, a costituire il giudice del tribunale per i minorenni, la cui principale caratteristica e differenziazione rispetto alla magistratura ordinaria era ed è proprio la composizione collegiale mista. Fin dalla istituzione del tribunale per i minorenni, in sostanza, il sapere giuridico dei giudici togati si è confrontato con quello tecnico dei giudici onorari. Dell'importanza di tale combinazione di saperi si è resa conto l'adita Corte Costituzionale che, nell'ordinanza del 27 ottobre 2003 n. 330, ha difatti affermato che “la specializzazione del giudice minorile è assicurata dalla struttura complessiva di tale organo giudiziario, qualificato dall'apporto degli esperti laici”. Dunque solamente la struttura collegiale e mista dell'organo giudicante assicura la specializzazione del giudice minorile.

5. Non sembra superfluo, a questo punto, continuare a spendere alcuni cenni storici sulle ragioni della scelta della collegialità mista nei tribunali per i minorenni.

Innanzitutto, il legislatore, con la legge istitutiva del tribunale per i minorenni nel nostro Paese, dimostrò di essere animato dalla convinzione per cui: “L'inclusione di un componente privato nella formazione del collegio “giudicante” è giustificata dalla considerazione che la funzione giudiziaria nei riguardi dei minorenni deve essere animata da un soffio vivo e palpitante di umanità e nutrita di conoscenza specifica almeno di alcuna delle scienze che più efficacemente contribuiscono alla conoscenza della personalità del minore e di mezzi più idonei per correggerne le deficienze. ...

Il riconoscimento della utilità della persona scientificamente specializzata nella funzione del giudice minorile spiega la preferenza avuta per il sistema collegiale in luogo di quella del giudice unico, auspicato da una parte della dottrina ed accolto da alcune legislazioni ... Elementi giuridici ed elementi scientifici devono concorrere al successo della difficile missione, e non si può affermare, senza rinnegare la realtà, che sia frequente trovare nella stessa persona il possesso di tali elementi. D'altra parte, lo sviluppo dato alle funzioni giuridiche del tribunale, anche nel campo del diritto privato, non consentiva di rinunciare all'intervento del magistrato ordinario (Novelli, 1934)”.

Il Legislatore diventò pian piano sempre più consapevole del fatto che ogni decisione riguardante l'applicazione di una misura (di protezione e/o di recupero) ad un minore dovesse essere il frutto di una accurata valutazione del "background" affettivo/educativo di quest'ultimo e delle effettive ragioni che lo abbiano portato all'attuale condizione di disattamento sociale. Solo immergendosi, con grande attenzione e sensibilità, nelle difficili dinamiche della crescita minorile, una volta analizzate tutte le variabili del caso specifico, un giudice minorile potrà, alla fine, individuare la misura più adatta a conseguire l'obiettivo primario della rieducazione del minore, facendo uso di quella discrezionalità che solo una persona altamente specializzata (in ambiti che trascendono il puro diritto) può rendere strumento preziosissimo al servizio della tutela dei più piccoli. Due dei tratti caratterizzanti la giurisdizione minorile e che la contraddistinguono nettamente rispetto alla giurisdizione ordinaria, sono proprio la personalizzazione e la flessibilità della potestas iudicandi: è sempre la Corte Costituzionale, con la decisione n. 109 del 1997 (che riprende, in parte, considerazioni già espresse da C. Cost. n. 125/1992), ad esplicitarlo, evidenziando come la protezione della gioventù di cui all'art. 31, co. 2, Cost., coincide con "l'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono".

6. Tornando alla legge del 25 luglio 1956 n. 888 e al rapporto che l'accompagnava, vi si riconosceva espressamente che le "speciali ricerche" prescritte dall'art. 11 del decreto del 1934 allo scopo di determinare la personalità del minore e le cause della sua condotta irregolare (cioè quelle che già la circolare Orlando del 1908 prescriveva) devono essere effettuate anche dalla componente privata del tribunale per i minorenni, la quale sola, tramite le proprie specifiche competenze, permette un'attendibile osservazione della personalità e delle potenzialità rieducative del minore e una maggiore sensibilità verso i disagi che il minore ha vissuto e che sta attualmente vivendo, tra i quali quello di trovarsi seduto in un'aula di udienza in veste di imputato. Tutto ciò riconduce ancora una volta alla considerazione del fatto che la peculiare composizione collegiale del giudice minorile, nella sua unitarietà, sia l'unica a garantire una approfondita ricerca, comprensione e valutazione delle ragioni alla base di un comportamento criminoso messo in atto da un minore, nonché la previsione delle possibili conseguenze sul piano psichico e sociale e, di conseguenza, l'adozione di misure personalizzate adeguate alle specifiche esigenze del minore. Pertanto, a parere dello scrivente, il giudice dei minori non può essere solo un mero giurista con una semplice conoscenza teorico-astratta delle dinamiche di insorgenza del disagio minorile e dei possibili strumenti e metodi in uso per la tutela e il recupero dei minori.

Al contrario, deve essere un insieme di persone, altamente qualificate, in grado di osservare e valutare concretamente l'interazione dei molteplici fattori soggettivi e giuridici che renderanno una misura più adatta dell'altra, un metodo educativo più efficace di un altro e, soprattutto, deve essere un collegio specificamente competente per le persone ed i rapporti familiari, chiamato attivamente a partecipare alla realizzazione della personalità dei minori che necessitano di sostegno per le carenze del contesto familiare di naturale appartenenza. In altre parole, si ritiene che solo la stretta collaborazione ed interazione tra le conoscenze giuridiche del giudice togato e le conoscenze scientifiche dei componenti cc.dd. laici, possa portare ad una effettiva tutela del minore tramite l'applicazione di misure rieducative a schema libero, adattabili alle specifiche esigenze del caso di specie.

E' di fondamentale importanza che la giustizia minorile sia dotata di una "particolare struttura in quanto è diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni" e tale struttura pone le proprie radici proprio sull'interazione tra giudici togati e laici. Tale principio, è stato ribadito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 222 del 1983, ulteriormente specificato nel 1989 (con la sentenza n. 79) e nel 1996 (con la decisione n. 143).

La specifica professionalità del giudice minorile togato, cui fa riferimento la Corte di Cassazione per giustificare l'applicazione dell'art. 458 c.p.p., non può quindi che individuarsi ed intendersi esclusivamente nella peculiare capacità dello stesso di relazionarsi con il "sapere altro" proveniente dai giudici onorari, appositamente selezionati attraverso una complessa procedura dal Consiglio Superiore della Magistratura; e non anche nel possedere anch'egli tale competenza, tra l'altro, non di natura giuridica, ma bensì scientifica, non appartenente al patrimonio di conoscenze richieste per accedere all'ordine giudiziario tramite apposito concorso pubblico.

In questo e solo in ciò può consistere la specializzazione del giudice togato minorile e non in una sua omnicomprensiva scienza che gli consentirebbe di adottare la giusta decisione, anche autonomamente, senza il contributo tecnico e proprio della componente laica. L'intero sistema processuale, ponendo in contatto il giudice togato minorile con i giudici onorari minorili, spinge inevitabilmente il primo ad osservare ogni nuovo caso da una prospettiva diversa, multidisciplinare, e soprattutto a confrontarsi e a focalizzarsi su dettagli spesso trascurati dalla cultura giuridica e che solo i componenti cc.dd. laici possono pienamente decifrare, persino nella fase esecutiva (tant'è che anche il magistrato minorile di sorveglianza svolge le sue funzioni con tale composizione).

D'altronde, qualora la collegialità "mista" e la specializzazione del giudice onorario non fossero necessarie per "giudicare" un minore in sede di giudizio abbreviato, non si comprenderebbe la loro necessità e, di conseguenza, la loro previsione presso le sezioni per i minorenni delle corti di appello.

Si crea, di fatto, una ulteriore discrasia tra un processo minorile di primo grado (il quale, secondo il contestato orientamento giurisprudenziale potrebbe, anzi dovrebbe, essere “affrontato” dal solo giudice togato) ed un eventuale giudizio di secondo grado, vertente sul medesimo fatto-reato a carico del medesimo imputato, ove è invece richiesto l’apporto specialistico e l’indispensabile integrazione del sapere giuridico e del sapere tecnico.

La norma che prevede, nel giudizio minorile, la composizione monocratica del tribunale per i minorenni in funzione di GIP e non quella collegiale prevista per l’udienza preliminare oltre a non trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza, pare in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, quali la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti, la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario.

Sembra a questo giudice che l’intero apparato normativo e la stessa Corte adita ritenga prevalente le esigenze trattamentali del minore su ogni altra esigenza e spinga nel senso che il giudice dei minori, in forza della peculiarità delle sue funzioni, non debba presentarsi quale mero “giudice delle sanzioni”, ma piuttosto come il garante e il promotore del diritto del minore ad essere educato e reinserito nella società civile, in particolar modo per quanto riguarda il processo penale minorile. Il minore imputato, infatti, quale soggetto da tutelare in quanto tale, titolare pleno iure di diritti e non più mero oggetto di posizioni giuridiche altrui, ha il diritto di essere valutato alla luce della sua personalità, nonché della sua situazione personale/familiare, prima che lo Stato porti avanti la sua pretesa punitiva, la quale ultima non potrà prescindere dalle suddette considerazioni.

La protezione del minore, anche quando abbia commesso un reato, è affidata allo Stato, che se ne fa carico, in termini di interesse-dovere al recupero e alla rieducazione, sin dalla fase processuale, attraverso le specificità della giurisdizione minorile. In altre parole, il minore ha il diritto di rivendicare il dettato dell’art. 24 Cost., ad avere, cioè, il proprio giudice naturale: diritto che ha per oggetto proprio la giurisdizione minorile, con tutte le specificità per la stessa predisposte dal legislatore, tra le quali spicca la composizione collegiale dell’organo giudicante.

6.1 Ancora, non appare insuperabile l’argomento utilizzato dalla Suprema Corte in ordine all’esclusività delle funzioni giurisdizionali minorili introdotto con la legge 9 marzo 1971 n. 35 “*Determinazione delle piante organiche dei magistrati addetti ai tribunali per i minorenni e alle procure della Repubblica presso gli stessi tribunali*”. Il richiamato disposto normativo sottolinea esclusivamente che il tribunale per i minorenni è diventato un organo autonomo rispetto al tribunale ordinario, del quale prima costituiva una sezione e, pertanto, non fa altro che riconfermare la necessità di una specifica professionalità del giudice minorile e, di conseguenza, di una composizione collegiale che si avvalga del prezioso ed insostituibile contributo dei giudici onorari, esperti di scienze umane e sociali.

Di contro, l'applicazione letterale del disposto normativo che si ritiene incostituzionale, propugnata dalla Corte di Appello di Bologna e dalla Corte di Cassazione nel caso de quo, evidentemente stride con quanto sopra asserito. Il GIP minorile svolge indubbiamente un ruolo completamente diverso dal corrispondente giudice presso il tribunale ordinario, dovendo relazionarsi con un imputato minorenni (e non con un adulto) al quale vanno chiarite le proprie responsabilità, illustrato il significato delle attività processuali che si svolgono in sua presenza, così come il contenuto e le ragioni etico-sociali delle decisioni, unendo a tutto ciò anche un ruolo di persuasione costruttiva al fine di cercare di evitare la commissione di futuri atteggiamenti *contra legem*. Di conseguenza, anche il GIP, in sede di giudizio abbreviato ex art. 458 c.p.p., non potrà unicamente fare il portavoce di una generica *voluntas legis*, ma dovrà, in particolare, farsi garante di un progetto educativo personalizzato che tuteli il minore.

E' la stessa Corte delle Leggi che auspica un giudice promotore della "cura" dell'interesse superiore del minore. Quest'ultimo dovrebbe essere un criterio guida per tutte le decisioni prese dal tribunale per i minorenni, anche nell'applicazione di norme processuali ed indipendentemente dall'esistenza di parametri scritti di giudizio. E' lo stesso organo di rilevanza costituzionale, deputato alla formazione professionale della magistratura (togata e onoraria), ad affermare: *"Il magistrato minorile ... viene sempre più a configurarsi come garante del diritto dei minori alla educazione e alla formazione della loro personalità con funzioni di tutela e di protezione. Egli si sostituisce alla volontà dei genitori e ne integra l'opera. ... <egli> ha poteri ampiamente discrezionali e di scelta nell'adozione dei suoi provvedimenti, sia per il contenuto che per i modi"*. (C.S.M., 1971, p. 492 e ss.) Le osservazioni del Consiglio Superiore si conformano, quindi, alla scelta del legislatore di prevedere una collegialità mista.

In buona sostanza, è l'intero sistema legislativo a ritenere, in primis, che i magistrati togati non possano giudicare in autonomia un minore e, in secondo luogo e di conseguenza, che il giudice minorile professionale debba essere sempre supportato dagli esperti onorari. Tutte queste considerazioni rimarrebbero, tuttavia, vanificate dalla pedissequa applicazione delle norme processuali tacciate di incostituzionalità.

Gli stessi lavori preparatori del vigente processo penale minorile, dopo un lungo dibattito sulla composizione monocratica o collegiale del giudice dell'udienza preliminare, hanno fatto prevalere la tesi favorevole alla collegialità mista, peraltro con maggioranza dei giudici onorari sui togati.

La portata del d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, recante "Disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni" ha rivoluzionato il ruolo del tribunale per i minorenni, a cui vengono richieste esplicitamente capacità di comunicazione con i minori e di interazione con i servizi sociali che solo la scelta della collegialità mista garantisce appieno.

6.2 Sfugge a questo giudice come e perché la pedissequa interpretazione ed applicazione della norma processuale di cui all'art. 458 c.p.p., norma generale applicabile in difetto di diversa previsione speciale, ai sensi dell'art. 1, 1° comma, D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, anche nel processo penale a carico di minorenni, possa consentire, anzi imporre, il mancato contributo degli esperti dell'età evolutiva, arrecando un evidente vulnus all'imputato minorenne e all'intera giustizia minorile, caratterizzata generalmente da un'interazione forte tra il momento giuridico e il momento psicosociale, tra giudici togati e giudici onorari.

La specializzazione del giudice minorile, cui si rifà la Suprema Corte al fine di giustificare la suddetta interpretazione della norma de qua, nulla ha a che vedere con l'interazione tra i due contributi, forniti dal giudice togato e da quello onorario. Il giudice rimettente si permette di ritenere, contrariamente alla Cassazione, che la specifica professionalità di cui sono, di per sé, autonomamente portatori tali giudici, non costituisca la specializzazione richiesta dal nostro ordinamento giuridico. Tale specializzazione deriva, invece, unicamente dalla collegialità mista, ossia dal loro "incontro".

Il legislatore ha realizzato un delicato bilanciamento tra giudici togati e giudici onorari, proprio al fine di proteggere e promuovere il superiore interesse del minore. L'incontro e l'ascolto del minore, l'osservazione della sua personalità, la disamina della sua anamnesi familiare e del contesto sociale di appartenenza, si ribadisce, costituiscono il proprium della professione di magistrato minorile specializzato, lo specifico ineludibile che giustifica la stessa esistenza del tribunale per i minorenni; mentre, lo specifico professionale individuato dalla Corte di Cassazione sembra non reggere ulteriormente alla luce di precise scelte a livello legislativo e, prima ancora, a livello politico e culturale.

Aderendo al disapprovato orientamento giurisprudenziale che applica passivamente la norma impugnata, si avrebbe quale risultato irragionevole che la mera scelta processuale del P.M. prima (richiesta di giudizio immediato) e quella successiva dell'imputato (richiesta di giudizio abbreviato) vanificherebbero la valenza educativa del processo penale minorile e, principalmente, creerebbero una irragionevole situazione di disparità trattamentale tra imputati che hanno commesso illeciti penali, i quali verrebbero giudicati da un giudice monocratico o collegiale in virtù di una scelta di natura meramente strategica-processuale.

Visti gli interessi in gioco e la tenera età dei soggetti processuali, è doveroso che il nostro ordinamento sia chiamato a farsi carico della rimozione di quelle impalcature giurisdizionali e processuali che si rivelano del tutto inadeguate a tutelare compiutamente posizioni giuridiche peculiari, quali la tutela e la rieducazione di un minore entrato nel circolo penale.

P.Q.M.

visti gli artt. 134 Cost. e 23 legge 11 marzo 1953 n. 87;

Ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 458 c.p.p. e dell'art. 1 comma I D.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, nella parte in cui prevedono che, nel giudizio minorile, la composizione del Tribunale per i Minorenni in funzione di GIP sia quella monocratica e non quella collegiale.

Sospende il giudizio e dispone la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, unitamente alla prova delle intervenute notificazioni e comunicazioni di Legge.

Ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza venga notificata alle parti del processo, al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna 11 novembre 2013

Il Giudice per le indagini preliminari
Giuseppe Spadaro

LA CORTE COSTITUZIONALE
ORDINANZA N. 330 DEL 27 OTTOBRE - 4 NOVEMBRE 2003

composta dai signori: Presidente: Riccardo CHIEPPA; Giudici: Gustavo ZAGREBELSKY, Valerio ONIDA, Carlo MEZZANOTTE, Fernanda CONTRI, Guido NEPPI MODONA, Piero Alberto CAPOTOSTI, Annibale MARINI, Francesco AMIRANTE, Romano VACCARELLA, Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 110 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), e 2, secondo comma, del regio decreto 20 settembre 1934, n. 1579 (Norme di attuazione e transitorie del regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, sulla istituzione e sul funzionamento del tribunale per i minorenni), promosso, nell'ambito di un procedimento penale, dal Tribunale per i minorenni di Catanzaro con ordinanza in data 8 novembre 2002, iscritta al n. 21 del registro ordinanze 2003 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 5, prima serie speciale, dell'anno 2003.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri; udito nella camera di consiglio del 1° ottobre 2003 il Giudice relatore Guido Neppi Modona.

Ritenuto che il Tribunale per i minorenni di Catanzaro ha sollevato, in riferimento agli artt. 24, secondo comma, 31 e 111, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), e 2, secondo comma, del regio decreto 20 settembre 1934, n. 1579 (Norme di attuazione e transitorie del regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, sulla istituzione e sul funzionamento del tribunale per i minorenni), nella parte in cui «consentono la sostituzione di tutti i giudici togati del tribunale per i minorenni astenuti (o ricusati) con magistrati dei tribunali ordinari»;

che dall'esposizione in fatto emerge:

- che nel corso di un procedimento nei confronti di un imputato minorenne, a seguito della astensione di tutti i componenti del collegio, il Presidente del Tribunale per i minorenni, «esponendo che tutti i giudici (togati) dell'ufficio versa[va]no in situazione di incompatibilità», aveva chiesto al Presidente della Corte d'appello di disporre «l'applicazione di un giudice del distretto, nonché la destinazione in supplenza di altro giudice per la composizione del collegio giudicante»;

- che il Presidente della Corte d'appello, in conformità alla richiesta e «previo interpellato di disponibilità tra tutti i magistrati dei tribunali ordinari del distretto», aveva disposto «l'applicazione» del presidente e «la destinazione in supplenza del giudice togato», entrambi in servizio presso il Tribunale ordinario di Catanzaro;

che il rimettente osserva che, a norma dell'art. 43, comma 1, cod. proc. pen., il giudice astenuto o ricusato è sostituito con altro magistrato dello "stesso ufficio" e che ai sensi del comma 2, qualora la sostituzione non sia possibile, il tribunale rimette il procedimento al giudice ugualmente competente per materia determinato a norma dell'art. 11 cod. proc. pen.;

che, al riguardo, il giudice a quo precisa che secondo la giurisprudenza di legittimità «alla rimessione non può farsi luogo senza che preventivamente (e infruttuosamente) si sia fatto ricorso agli istituti, ritenuti, peraltro, cumulabili: a) del provvedimento tabellare urgente ai sensi dell'art. 7-bis, secondo comma, ultimo inciso, dell'ordinamento giudiziario; b) della supplenza esterna, ai sensi dell'art. 97 [dell'ordinamento giudiziario]; c) dell'applicazione con magistrati di altri uffici, ai sensi dell'art. 110 [dell'ordinamento giudiziario]»;

che, secondo il rimettente, a fronte di tale orientamento, che costituisce ormai, salvo una isolata pronuncia di un giudice di merito, «vero e proprio diritto vivente», «poco contano l'obiezione che, così opinando, la surrogazione del giudice astenuto non rispetterebbe il principio della precostituzione del magistrato giudicante (art. 7-bis, primo comma, dell'ordinamento giudiziario) e il requisito, pure fissato dalla legge, dell'appartenenza del sostituto allo "stesso ufficio" del giudice sostituito (art. 43, comma 1, cod. proc. pen.)», nonché l'ulteriore rilievo che una tale lettura si risolve, in relazione al tribunale per i minorenni, al tribunale di sorveglianza e alla corte d'assise, in una «interpretazione abrogante della norma di cui all'art. 43, comma 2, cod. proc. pen.», dal momento che è sempre possibile, mediante il ricorso alla supplenza e alla applicazione, ricostituire «comunque ed ex post» la componente togata dei collegi;

che il rimettente prende inoltre atto che a tale orientamento si è uniformato il Presidente della Corte d'appello nel disporre l'applicazione del presidente del collegio e la supplenza del giudice togato a latere con un provvedimento che, pur in assenza di riferimenti normativi, deve ritenersi adottato ai sensi dell'art. 110 del regio decreto n. 12 del 1941 per quanto riguarda l'applicazione del presidente e dell'art. 2, secondo comma, del regio decreto n. 1579 del 1934 per ciò che concerne la supplenza del giudice togato;

che, nel merito, il giudice a quo, richiamando alcune sentenze della Corte costituzionale relative alla tutela del minore, rileva che i reati commessi da imputati minorenni devono inderogabilmente essere conosciuti da «giudici specializzati minorili» e che pertanto l'integrale sostituzione della componente togata del tribunale per i minorenni con magistrati del tribunale ordinario «non specializzati» è suscettibile di «compromettere o, quanto meno, attenuare» la tutela dei minori sancita dall'art. 31, secondo comma, della Costituzione e, conseguentemente, il diritto di difesa e quello al giusto processo;

che il rimettente, pur riconoscendo che analoga questione è stata dichiarata manifestamente infondata da una recente sentenza della Corte di cassazione (Sezione quinta, 28 novembre 2000, n. 12222), in base alla considerazione che ciò che rileva non è la persona fisica del giudice togato, ma la composizione e i poteri dell'organo giudicante, nonché la procedura che dinanzi a questo deve essere seguita, e che l'esigenza di specializzazione viene soddisfatta anche mediante l'inserimento nel collegio giudicante di esperti non togati, contesta l'assunto secondo cui «la componente togata dei collegi giudicanti e la relativa provvista» siano irrilevanti ai fini della esigenza di specializzazione del giudice minorile;

che, in particolare, il giudice a quo rileva che l'ordinamento della giustizia minorile «ha nettamente ripudiato il sistema dell'avvicendamento tabellare dei giudici del tribunale (ordinario) della sede capoluogo di distretto nella investitura degli uffici minorili» ed «ha escluso ogni ipotesi di fungibilità tra i giudici o di cumulativo esercizio delle funzioni, ordinarie e specializzate»: così che per i minorenni gli uffici giudiziari giudicanti di primo grado risultano «dotati di piena e perfetta autonomia, con correlato ufficio specializzato del pubblico ministero»;

che l'ordinamento considera pertanto essenziale ai fini della specializzazione del giudice togato minorile la stabilità delle relative funzioni e l'autonomia degli uffici, sino a riservare allo status di tale giudice «specifico e positivo rilievo normativo» nell'art. 5 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272;

che nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione venga dichiarata non fondata;

che in via preliminare l'Avvocatura precisa che sia l'istituto dell'applicazione, sia quello della «sostituzione» rispondono a «esigenze di servizio [...] imprescindibili e prevalenti», indirizzate a fronteggiare «situazioni di impedimento» nelle quali, se non si provvedesse ad integrare il collegio, sarebbe violato il diritto al giusto processo, che postula innanzitutto la continuità della funzione giurisdizionale;

che l'individuazione dei rimedi per superare la stasi del procedimento è di esclusiva spettanza del legislatore e comunque, nella specie, le norme censurate non impongono affatto che la scelta delle persone, con le quali sostituire i magistrati impediti, cada su soggetti privi di specifiche conoscenze: anzi il riferimento contenuto nell'art. 110 dell'ordinamento giudiziario a "criteri obiettivi e predeterminati" da osservare nella applicazione farebbe ritenere proprio il contrario;

che, a voler seguire la logica del rimettente, «nessuna composizione di organi specializzati sarebbe possibile ove si pretendesse che i componenti fossero dotati di già acquisita esperienza specifica», mentre ai fini della corretta composizione dell'organo collegiale specializzato sarebbe rilevante «la presenza dei soggetti titolati come dalla legge è prescritto» e non già «la personale attitudine o capacità del singolo, che è questione di mero fatto», per cui sarebbe del tutto condivisibile la decisione della Corte di cassazione che ha dichiarato manifestamente infondata la questione;

che, in conclusione, la composizione del Tribunale per i minorenni (con due magistrati togati e con gli esperti), i suoi «organi di supporto» e il suo rito garantiscono le esigenze, anche di rilevanza costituzionale, di tutela dei minori.

Considerato che il Tribunale per i minorenni di Catanzaro dubita della legittimità costituzionale degli artt. 110 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), e 2, secondo comma, del regio decreto 20 settembre 1934, n. 1579 (Norme di attuazione e transitorie del regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, sulla istituzione e sul funzionamento del tribunale per i minorenni), nella parte in cui «consentono la sostituzione di tutti i giudici togati del tribunale per i minorenni astenuti (o ricusati) con magistrati dei tribunali ordinari»;

che ad avviso del rimettente la sostituzione integrale «della componente togata del tribunale per i minorenni con magistrati del tribunale ordinario (giudici non specializzati)» si pone in contrasto con gli artt. 24, secondo comma, 31 e 111, primo comma, della Costituzione, in quanto non assicura adeguatamente la protezione dei minori imputati e, conseguentemente, lede il loro diritto di difesa e il principio del giusto processo;

che il giudice a quo non ignora che analoga questione è stata ritenuta manifestamente infondata da una recente sentenza della Corte di cassazione in base al rilievo che le esigenze di specializzazione del giudice sono assicurate dalla composizione e dalle competenze dell'organo giudicante, in particolare grazie all'inserimento nel collegio di due esperti, nonché dalla speciale procedura prevista avanti al tribunale per i minorenni, ma ritiene che «la componente togata dei collegi giudicanti e la relativa provvista» non siano irrilevanti ai fini della tutela degli imputati minorenni, come sarebbe dimostrato dalla disciplina che l'ordinamento della giustizia minorile riserva alle esigenze di specializzazione dei giudici minorili mediante le norme che sanciscono la stabilità delle funzioni e l'autonomia dei relativi uffici giudicanti e requirenti;

che il rimettente ritiene che non sarebbe possibile ovviare ai denunciati profili di illegittimità costituzionale rimettendo il procedimento, ex art. 43, comma 2, cod. proc. pen., ad altro tribunale per i minorenni determinato a norma dell'art. 11 dello stesso codice, in quanto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la rimessione del procedimento è possibile solo dopo che si sia infruttuosamente fatto ricorso agli istituti dell'applicazione e della supplenza;

che a tale orientamento il giudice a quo mostra di prestare acquiescenza, sul presupposto che ad esso si sia uniformato il Presidente della Corte d'appello nel disporre la sostituzione dei giudici togati e che i provvedimenti di designazione, mediante interpellò, dei due giudici per la trattazione di un determinato procedimento potessero legittimamente essere ricondotti agli istituti della applicazione e della supplenza previsti dall'ordinamento giudiziario e non fosse quindi necessario ricorrere all'istituto della rimessione;

che peraltro, stando ai termini della questione posta dal rimettente, va ribadito che le esigenze costituzionali di tutela dei minori risultano soddisfatte dalla peculiare composizione del tribunale per i minorenni, il cui collegio è formato, oltre che da due magistrati togati, da due cittadini, un uomo e una donna, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, nonché dall'apporto di altri operatori che ne preparano o fiancheggiano l'attività e dalle specifiche garanzie e modalità procedurali che caratterizzano il procedimento minorile (v. sentenza n. 222 del 1983 e i precedenti dalla stessa richiamati, nonché, con particolare riferimento ai membri non togati, ordinanza n. 172 del 2001); che dunque, anche nel caso limite di sostituzione integrale della componente togata del tribunale per i minorenni nel rispetto delle norme dell'ordinamento giudiziario, la specializzazione del giudice minorile, finalizzata alla protezione della gioventù sancita dalla Costituzione, è assicurata dalla struttura complessiva di tale organo giudiziario, qualificato dall'apporto degli esperti laici;

che la questione va pertanto dichiarata manifestamente infondata in relazione a tutti i parametri evocati dal rimettente. Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, secondo comma, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), e 2, secondo comma, del regio decreto 20 settembre 1934, n. 1579 (Norme di attuazione e transitorie del regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, sulla istituzione e sul funzionamento del tribunale per i minorenni), sollevata, in riferimento agli artt. 24, secondo comma, 31 e 111, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale per i minorenni di Catanzaro, con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 27 ottobre 2003.

La Cassazione affronta le problematiche inerenti la riabilitazione speciale minorile

Un intervento della Cassazione, che possiamo definire chiarificatore in tema di riabilitazione speciale ai sensi dell'art. 24 R.D.L. 1404/1934, è rappresentato dalla sentenza n. 2851/2013 resa dalla prima sezione penale della Suprema Corte in data 07.11.2013

La pronuncia degli Ermellini è stata stimolata da un ricorso per Cassazione proposto dall' Avv. Mario Covelli, difensore di fiducia del condannato minorente P.N., avverso l'ordinanza del Tribunale per i Minorenni di Napoli – Sezione Sorveglianza del 30.01.2013, che aveva rigettato la richiesta di riabilitazione speciale ai sensi dell'art. 24 R.D.L. 1404/1934.

P.N., infatti, era stato condannato dal Tribunale per i Minorenni di Napoli – G.U.P., con rito abbreviato, per il reato di rapina aggravata alla pena di anni di reclusione e multa, con il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Il Tribunale per i Minorenni aveva motivato il rigetto affermando che non era ancora maturato il termine dilatorio di tre anni stabilito dell'art. 179, comma quarto, cod. pen.

Di fronte a tale motivazione del giudice il difensore di P.N. ha proposto ricorso per Cassazione, puntualizzando che il T.p.M. era incorso in un'erronea applicazione della legge penale, violando l'art. 24 R.D.L. 1404/1934.

Erroneamente il Tribunale di Sorveglianza aveva rigettato l'istanza di riabilitazione con la seguente motivazione: “non sono trascorsi i tre anni di cui all'art. 163 primo comma, richiamato dall'art. 179 I e IV comma c.p.” applicando in tema di riabilitazione speciale, l'art. 179 cod. pen., che disciplina l'istituto della riabilitazione ordinaria, non considerando la disciplina specifica, più favorevole al condannato minorente, prevista dall'art. 24 R.D.L. 1404/1934.

Invero la riabilitazione speciale è ispirata ai caratteri di indulgenza e di protezione, tipici degli istituti della legislazione penale minorile.

Pertanto, la concessione di tale riabilitazione non è soggetta alla decorrenza di almeno tre anni dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o in altro modo estinta, così come dispone l'art. 179, comma 1 c.p.

La Corte di Cassazione risponde annullando la ordinanza impugnata, con rinvio al Tribunale per i Minorenni di Napoli per nuovo esame.

La pronuncia della Suprema Corte è di grande rilievo, in quanto, da un lato definisce i profili di competenza funzionale in tema di riabilitazione speciale, affermando che in tal caso la competenza non è della magistratura di sorveglianza, ma è propria del Tribunale per i Minorenni “non in funzione di tribunale di sorveglianza”; dall'altro chiarisce che le condizioni ed i presupposti della riabilitazione speciale sono indicati esclusivamente nel secondo comma dell'art. 24 R.D.L. 1404/1934 e precisamente l'età del riabilitando, richiedendosi che il minore abbia compiuto gli anni diciotto, ma non ancora i venticinque, ed inoltre che l'interessato non sia sottoposto ad esecuzione di pena o misura di sicurezza.

I giudici di legittimità, dunque, specificatamente dichiarano tutta l'estraneità dei termini dilatori prescritti in tema di riabilitazione ordinaria ai sensi dell'art. 179 cod. pen. alla disciplina della riabilitazione speciale prevista dalla legge istitutiva del Tribunale per i Minorenni del 1934.

Di seguito si riporta per intero la sentenza *de qua agitur*.

ALDO CIMMINO
Presidente della
Camera Penale Minorile - Associazione Nazionale



REPUBLICA ITALIANA
 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
 LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
 PRIMA SEZIONE PENALE

UDIENZA CAMERA DI
 CONSIGLIO
 DEL 18/09/2013

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. MARIA CRISTINA SIOTTO
- Dott. MASSIMO VECCHIO
- Dott. FRANCESCO MARIA SILVIO BONITO
- Dott. MAURIZIO BARBARISI
- Dott. GIUSEPPE LOCATELLI

- Presidente - SENTENZA
- Rel. Consigliere - N. 2854/2013 -
- Consigliere - REGISTRO GENERALE
- Consigliere - N. 6592/2013
- Consigliere -
- Consigliere -

In caso di diffusione del
 presente provvedimento
 omettere le generalità e
 gli altri dati identificativi,
 a norma dell'art. 52
 d.lgs. 196/03 in quanto:
 disposto d'ufficio
 a richiesta di parte
 imposto dalla legge

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

avverso l'ordinanza n. 10/2012 TRIB. SORV. MINORI di NAPOLI, del
 30/01/2013

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. MASSIMO VECCHIO;
~~letto/sentite le conclusioni del PG Dott.~~

1e

Udit i difensor Avv.:

Letta la requisitoria del Pubblico Ministero, in persona del dott. Francesco Salzano, sostituto procuratore generale della Repubblica presso questa Corte suprema di cassazione, il quale ha concluso per l'annullamento del provvedimento impugnato con rinvio al giudice *a quo*.

Rileva

1. – Con ordinanza, deliberata il 31 gennaio 2013 e pubblicata in pari data, colla inserzione nel provvedimento nel processo verbale della udienza camerale di trattazione, il Tribunale per i minorenni di Napoli, in funzione di Tribunale di sorveglianza, ha respinto «*allo stato*» la richiesta di riabilitazione avanzata dal condannato in relazione alla sentenza di quello stesso tribunale 13 dicembre 2011 (irrevocabile dal 28 gennaio 2012) che aveva concesso la sospensione condizionale della esecuzione della pena, motivando che non era ancora maturato il termine dilatorio di tre anni stabilito dall'articolo 179, comma quarto, cod. pen.

2. – Il condannato ha proposto ricorso per cassazione, col ministero del difensore di fiducia, avvocato Mario Covelli, mediante atto recante la data dell'8 febbraio 2013, col quale denuncia, ai sensi dell'articolo 606, comma 1, lettera *b*), cod. proc. pen., inosservanza ed erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tenere conto nella applicazione della legge penale, in relazione all'articolo 24 del regio decreto legge 20 luglio 1934, n. 1404, recante istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni.

Il difensore deduce: il Tribunale è incorso in errore di diritto; infatti la riabilitazione speciale per i minorenni, contemplata nella disposizione indicata, a differenza della riabilitazione ordinaria, disciplinata dagli articoli 178 e 179 cod. pen., non è subordinata alla decorrenza del termine dilatorio di tre anni, prescritto dall'articolo 179 cod. pen.

3. – Il procuratore generale della Repubblica presso questa Corte, con atto s.d. depositato nella segreteria l'11 aprile 2013, ha osservato *ad adiuvandum*: la sospensione condizionale

della esecuzione della pena non è di ostacolo alla speciale riabilitazione minorile, la quale, a sua volta, non osta alla eventuale revoca del beneficio di cui all'articolo 163 cod. pen.

4. – Il ricorso per cassazione proposto – esperibile in via esclusiva in quanto la pronuncia del Tribunale per i minorenni che respinge la richiesta di riabilitazione speciale prevista dall'art. 24 r.d.l. 20 luglio 1934 n. 1404, convertito nella legge 27 maggio 1935 n. 835, è inappellabile (Sez. 1, n. 45776 del 02/12/2008 - dep. 11/12/2008, B., Rv. 242575), risulta fondato.

Il Tribunale per i minorenni è incorso nella inosservanza della legge penale.

«*Sopravvissuto all'entrata in vigore del codice di procedura penale*» vigente (Sez. 1, n. 43423 del 25/10/2001 - dep. 01/12/2001, Di Bitetto, Rv. 220244; Sez. 1, n. 78 del 14/01/1992 - dep. 10/03/1992, P.M. in proc. Calandrini, Rv. 189602), l'istituto della riabilitazione speciale per i minorenni, improntato alla preminente esigenza di assicurare il pieno reinserimento nella vita sociale del riabilitando attraverso la rimozione di ogni effetto pregiudizievole dei precedenti giudiziari, si caratterizza per la peculiarissima e autonoma disciplina, connotata da profili di eccezionalità e compitamente racchiusa – salvo il rinvio agli articoli 180 e 181 cod. pen. – nelle disposizioni dell'articolo 24 del regio decreto legge 20 luglio 1934, n. 1404, recante *Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni*, sostituito dall'articolo 4 del regio decreto legge 15 novembre 1938, n. 1802, convertito nella legge 16 gennaio 1939, n. 90.

Per vero la riabilitazione speciale, innanzi tutto, non rientra nelle attribuzioni della magistratura di sorveglianza ed appartiene alla competenza propria del tribunale per i minorenni «*non in funzione di tribunale di sorveglianza*» (Sez. 1, n. 3907 del 23/10/1991 - dep. 04/12/1991, Proc. Rep. Min. in proc. Altana, Rv. 189751; Sez. 1, n. 303 del 25/01/1991 - dep. 19/03/1991, Proc. Rep. Mil. in proc. Alfonso, Rv. 186668; *cui adde* Sez. 2, n. 870 del 20/06/1975 - dep. 15/11/1975, Moschetta, Rv. 131153).

Sicché, non trovando applicazione la previsione dell'articolo 3, comma 2, del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, recante *Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, deve – per incidens – rilevarsi la erroneità della intestazione della ordinanza impugnata che recita «*il Tribunale per i minorenni di Napoli in funzione di Tribunale di sorveglianza*».

La riabilitazione speciale non presuppone necessariamente la condanna e, infatti, è ammessa «*per i fatti compiuti da minori di anni diciotto, sia che abbiano dato luogo a condanna, sia a proscioglimento*».

Fatte salve le limitazioni stabilite per la concessione della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale, il beneficio comporta la cessazione non solo delle pene accessorie e degli effetti penali, ma anche di tutti gli altri effetti «*preveduti da leggi e regolamenti civili e amministrativi*».

Il procedimento relativo prescinde dall'impulso di parte e può essere incoato anche di ufficio.

Lo speciale rito camerale previsto, caratterizzato, peraltro, dalla semplificazione delle forme e dalla espressa esclusione della assistenza difensiva, resta sottratto alla osservanza delle disposizioni dell'articolo 666 cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 3907 del 23/10/1991 - dep. 04/12/1991, Proc. Rep. Min. in proc. Altana, Rv. 189751).

Le condizioni e i presupposti di legge formali della riabilitazione speciale sono indicati nel secondo comma dell'articolo 24 *cit.*, e risultano esclusivamente costituiti (a) dalla età del riabilitando, richiedendosi che il minore abbia «*compiuto gli anni diciotto, ma non ancora i venticinque*», e (b) dalla circostanza che l'interessato «*non sia tuttora sottoposto a esecuzione di pena o misura di sicurezza*».

Orbene appare evidente che i termini dilatori prescritti, in relazione alla riabilitazione ordinaria, dall'articolo 179 cod. pen., sono affatto estranei alla disciplina della riabilitazione speciale.

13

Conseguono l'annullamento della ordinanza impugnata e il rinvio per nuovo esame al Tribunale per i minorenni di Napoli, la quale si uniformerà al seguente principio di diritto che questa Corte di legittimità enuncia ai sensi dell'articolo 173, comma 2, disp. att. cod. proc. pen.:

«Ai fini della riabilitazione speciale per i minorenni non trovano applicazione le prescrizioni dei termini dilatori stabiliti dall'articolo 179 cod. pen. per la riabilitazione ordinaria».

P. Q. M.

Annulla la ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale per i minorenni di Napoli.

Così deciso, il 18 settembre 2013.

IL CONSIGLIERE ESTENSORE
(Massimo Vecchio)

IL PRESIDENTE
(Maria Cristina Stotto)

Massimo Vecchio

Maria Cristina Stotto

DEPOSITATA
IN CANCELLERIA

- 7 NOV. 2013



IL CANCELLIERE
(Grazia Fucilla)

Grazia Fucilla

È COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE
Roma - 7 NOV 2013
IL CANCELLIERE
IL CANCELLIERE
Grazia Fucilla

L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati

Intervista al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli, Dott. Roberto Gentile.

La Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli, guidata dal Dott. Roberto Gentile, ha promosso, unitamente alle maggiori istituzioni che operano nel settore della Giustizia Minorile, la redazione di un protocollo d'intesa volto a stabilire le linee guida per l'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati.

Il Dott. Gentile, nell'intervista che segue, illustra questo importante documento che pubblichiamo a margine dell'intervista.

Da quali esigenze e da quali premesse si è avviato il percorso inter-istituzionale che ha poi condotto alla firma del Protocollo di intesa?

Il problema che sta alla base del protocollo di intesa di cui parliamo è di questa natura: non è infrequente il caso di minori stranieri non accompagnati rispetto ai quali l'erroneo accertamento dell'età ha dato luogo a problemi di non poco rilievo; mi spiego: precedentemente, prima che il protocollo fosse stilato, l'accertamento dell'età veniva fatto effettuare presso qualsiasi presidio ospedaliero.

Poteva darsi il caso che fosse presente un medico esperto in auxologia, ma la cosa più probabile era che lo specialista non vi fosse, cosicché l'accertamento veniva effettuato da un sanitario che poteva essere bravissimo nel suo campo, ma poco esperto in materia di auxologia.

A causa di ciò l'accertamento, di per se non preciso al cento per cento, diveniva ancor più approssimativo.

La conseguenza pratica era che, non di rado, un soggetto inizialmente ritenuto maggiorenne, in corso di causa, all'esito di una consulenza fatta dal pubblico ministero o di una perizia disposta dal giudice, risultasse minorenni.

A questo punto il pubblico ministero presso il Tribunale ordinario trasmetteva gli atti al pubblico ministero per i minorenni dopo avere dichiarato la propria incompetenza; ma, siccome i termini di durata massima delle misure cautelari per i minorenni sono molto più brevi di quelli ordinari (vengono ridotti della metà o di due terzi in relazione all'età del minore, secondo cioè che si tratti di minore infradiciottenne o infrasedicenne) poteva avvenire che il termine fosse già spirato, se computato secondo la normativa applicabile ai minorenni;

ma poteva addirittura darsi il caso che il titolo del reato indicato nell'ordinanza applicativa della misura non fosse idoneo a legittimarne l'applicazione nei confronti di un soggetto minorenni. E questo, in passato, ha causato problemi non indifferenti.

Per risolverli, le autorità maggiormente interessate a queste problematiche si sono riunite ed hanno stipulato il protocollo in questione, con il quale si è stabilito che, nella città di Napoli, ogni qual volta si debba accertare l'età di un soggetto straniero, quando non sia chiaro se si tratti di un maggiorenne o minorenne e non esistano documenti attendibili, l'accertamento medico legale dell'età sarà fatto in ogni caso dall'Azienda ospedaliera "Santobono", il che vuol dire da una struttura attrezzata per eseguirlo con la massima precisione possibile, perché dotata di medici specializzati in auxologia.

L'azienda ospedaliera dal suo canto, poi, ha preso un ulteriore impegno: nei casi di particolare urgenza (pensiamo al caso in cui vi siano dei minori che debbano essere arrestati, fermati o accompagnati, ossia ristretti nella libertà personale) la decisione se procedere secondo la procedura ordinaria o secondo quella prevista per i minorenni deve essere presa con rapidità.

In questi casi l'Azienda ospedaliera Santobono si è impegnata ad eseguire un primo accertamento, necessariamente sommario, in via di urgenza, con riserva di eseguirne un altro, approfondito con le più aggiornate metodologie, nelle successive settantadue ore, quindi in tempo utile affinché il Giudice per le indagini preliminari nel corso dell'udienza di convalida possa assumere con serenità le sue determinazioni.

Quali sono state le tappe che hanno condotto alla firma di questo importante documento?

Il tavolo tecnico era nato per affrontare un'altra problematica; e qui va reso merito all'associazione Dedalus, la quale evidenziò che i minori stranieri non accompagnati dell'area civile ed amministrativa venivano a subire una penalizzante disparità di trattamento rispetto ai minori stranieri non accompagnati provenienti dall'area penale per quanto riguarda l'ottenimento del permesso di soggiorno al raggiungimento della maggiore età: ciò perché la normativa all'epoca vigente faceva sì che i minori dell'area penale avessero innanzi a sé un lungo periodo di tempo dopo il raggiungimento della maggiore età per chiedere ed ottenere un permesso di soggiorno;

ciò non avveniva invece per i minori dell'area civile ed amministrativa, i quali, sé al compimento del diciottesimo anno non si trovavano nelle condizioni per ottenere il permesso di soggiorno, diventavano clandestini dall'oggi al domani, con tutte le conseguenze negative facilmente intuibili.

Non è il caso in questa sede di ripercorrere le tappe di questo tavolo tecnico, i cui lavori non sono ancora conclusi;

ma ne ho fatto cenno perché nell'ambito di tali lavori emerse anche il problema dell'accertamento dell'età, che è a monte, in quanto è fondamentale l'esigenza di identificare lo straniero stabilendo innanzitutto se sia minorenni o meno.

Il disagio degli operatori nel doversi avvalere di accertamenti approssimativi e non rispondenti alle esigenze di garanzia dei diritti dei minori, indusse ad indire un apposito tavolo per la elaborazione del protocollo di intesa sull'accertamento dell'età.

Questo protocollo per il momento è valido per la sola città di Napoli, ma è - come si suol dire - un protocollo aperto, perché prevede che le varie istituzioni che hanno preso parte alla sua redazione si riuniscano ogni sei mesi per verificare le esperienze avute e per apportare eventuali modifiche o miglioramenti, nonché per consentirne la sottoscrizione da parte delle autorità di altri territori che intendano aderirvi.

E' auspicabile che ciò avvenga, in quanto il meccanismo individuato dal protocollo consente di ridurre al minimo i rischi legati ad un accertamento sommario e non condotto con rigore scientifico.

L'iter del tavolo tecnico è stato piuttosto lungo perché man mano che i lavori andavano avanti si ravvisava l'opportunità di invitare altri interlocutori e questa è la ragione per cui i lavori si sono più di una volta aggiornati, onde consentire di estendere l'invito ad altre autorità come l'associazione "La Bacchetta Magica", l'Unicef, la Croce Rossa Italiana, ed altre, ciascuna delle quali ha assunto qualche impegno particolare.

Il Protocollo è ristretto al territorio del solo Comune di Napoli, quali iniziative si assumeranno per estenderlo ad altri territori?

Il compito di diffondere il protocollo è stato assunto dall'Unicef e dalla Croce Rossa.

È imminente un convegno organizzato dall'Unicef che si terrà a Polla in provincia di Salerno, durante il quale si parlerà di questo protocollo e tutte le istituzioni che prenderanno parte al convegno, oltre ad esserne informate, potranno valutare la opportunità darvi adesione.

Il Protocollo si inserisce nell'ambito di quelle iniziative inter-istituzionali per la protezione dei fondamentali diritti dei minori. Quanto sono importanti, secondo il Suo punto di vista, tali attività nell'ambito della Giustizia Minorile?

In effetti l'instaurazione del tavolo tecnico che ha portato all'elaborazione del protocollo rientra nella generale tendenza dei tempi moderni, o come usa dire, della buona prassi di cercare di mettere in rete le varie istituzioni coinvolte nell'affrontare determinati problemi, per evitare che si agisca in maniera dissociata, laddove invece è molto più funzionale cercare di coordinare gli interventi e far sì che si integrino in un'azione coordinata, diretta al perseguimento di un fine comune.

ALDO CIMMINO

PROTOCOLLO DI INTESA

PER L'ACCERTAMENTO DELL'ETA' DEI MINORI MIGRANTI NON ACCOMPAGNATI DEL COMUNE DI NAPOLI NELL'AMBITO DEI PROCEDIMENTI CIVILI E PENALI

I minori stranieri non accompagnati si trovano molto spesso sul territorio nazionale privi di documenti di identità che ne accertino con sicurezza l'età. Nel contempo, gli stessi minori versano in una condizione di forte vulnerabilità che deve trovare una adeguata risposta nella più favorevole normativa a loro riservata dall'ordinamento giuridico italiano, in ossequio alle direttive contenute nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'ONU il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con L. 27/05/1991, n°176.

Il minore, in quanto tale e senza distinzione di nazionalità, infatti, è destinatario di una complessa serie di norme di protezione, che ne garantiscono il diritto a non essere espulso, a non essere trattenuto nei centri di identificazione ed espulsione, ad essere sempre coadiuvato e supportato da una adeguata figura adulta, ad ottenere un permesso di soggiorno, ad accedere al sistema sanitario e scolastico e ad altre forme di tutela, così come previsto dall'art. 19 e seguenti e dagli artt. 31 - 32 del Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. Immigrazione).

Allo stesso modo, il sistema penale italiano riserva a tutti i minori indiziati di reato un trattamento differente e più favorevole rispetto a quello previsto per gli adulti che, nel caso di accertamento della penale responsabilità, sia finalizzato, non soltanto alla punizione, quanto soprattutto al reinserimento sociale.

Nasce dunque la necessità di determinare, con un ragionevole margine di certezza, l'età dei giovani migranti non accompagnati presenti sul territorio italiano, allorquando le Forze dell'Ordine o l'Autorità Giudiziaria nutrono fondati dubbi sulla dichiarazione di minore età proveniente dal cittadino straniero privo di documenti di identità, poiché se il minore viene erroneamente

identificato come maggiorenne, può andare incontro a provvedimenti gravemente lesivi dei suoi diritti (quali l'espulsione, il respingimento o il trattenimento in un Centro di Identificazione ed Espulsione, ecc.).

Di contro, non esiste scientificamente alcun metodo infallibile per operare l'accertamento dell'età, poiché può accadere che il margine di errore comprenda al suo interno sia la minore che la maggiore età.

In un quadro così incerto diviene ancor più necessario assicurarsi che le attività di accertamento dell'età vengano poste in essere esclusivamente da strutture pubbliche, che assicurino l'uso di tecniche e di metodologie il più possibile rispettose delle attuali conoscenze scientifiche e che contemporaneamente tutelino i diritti dei minori, considerando che in caso di dubbio o di incertezza nella definizione dell'età va ritenuta come *minore* l'età del giovane, al fine di consentirgli di accedere al sistema di protezione e tutela previsto dalla normativa vigente nei confronti dei minorenni (così come prescritto dall'art. 8, c. 2 del D.P.R. 22/09/1998, n. 448 che stabilisce la presunzione della minore età in caso di dubbio della perizia, al quale ha fatto eco la Circolare del Ministero dell'Interno del 9 luglio 2007¹).

A tale scopo, i soggetti sottoscrittori del presente protocollo, sul tema dell'accertamento dell'età dei minori migranti non accompagnati relativi al territorio del comune di Napoli, convengono quanto segue:

L'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale (A.O.R.N.) Santobono Pausilipon, referente pediatrico cittadino per l'espletamento dell'esame teso all'accertamento dell'età, si impegna a:

¹ La Circolare del Ministero dell'Interno del 9 luglio 2007, avente per oggetto "Identificazione di migranti minorenni", richiama, tra gli altri, il punto 31 del Commento Generale del Comitato sui diritti dell'infanzia dell'Unicef n.6 del 03/06/2005 alla Convenzione di New York sull'infanzia del 1989 dove si raccomanda, nei casi incerti, di "accordare comunque alla persona il beneficio del dubbio, trattandola come fosse un bambino".

1. Effettuare tale esame con le tecniche mediche interdisciplinari specificamente indicate nel c.d. Protocollo Ascone², che prevede accertamenti radiografici e visite auxologiche (Allegato 1) e, in ogni caso, senza ricorrere ad alcun esame radiologico per le donne per le quali vi sia fondato motivo di supporre che possano trovarsi in stato di gravidanza;
2. Per i tutti i minori stranieri, sia di area amministrativa che di area penale, privi di riferimenti familiari che possano esercitare la potestà genitoriale, ai fini della sottoscrizione del necessario consenso informato, per assicurare la massima tutela di questi ultimi, l'A.O.R.N. contatterà immediatamente un mediatore culturale, che avrà il compito di fornire tutte le informazioni necessarie al minore, e il legale rappresentante del minore³, per la raccolta del consenso informato del minore stesso;
3. Per i casi di area penale, effettuare la valutazione nell'immediato, mediante il solo esame radiografico del polso, anche senza osservare le procedure descritte al punto 1 e comunicare alla P.G., al minore e al suo difensore, l'esito dell'esame. Contestualmente, l'A.O.R.N., ove sussistano dubbi sull'età accertata, fissa un nuovo appuntamento nelle successive 72 ore per procedere a una valutazione più approfondita, il cui esito è da considerarsi prevalente rispetto al primo fornito;
4. Svolgere ogni esame alla presenza del mediatore culturale e del legale rappresentante del minore, in modo da raccogliere il consenso informato del minore in merito all'espletamento degli esami radiologici;
5. Comunicare il risultato della valutazione dell'accertamento per iscritto all'istituzione richiedente, all'interessato, al suo rappresentante legale e al difensore.

² Alla luce delle indicazioni del Consiglio Superiore della Sanità (trasmesse nella seduta del 25 febbraio 2009) così come approvate dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e trasfuse nel c.d. *Protocollo Ascone* (Allegato al presente protocollo)

³ Il legale rappresentante del minore è: il rappresentante legale della struttura ove il minore sia stato collocato ai sensi dell'art. 403 c.c., o suo delegato secondo normativa vigente in materia, ovvero il rappresentante legale della struttura (CPA o IPM), o suo delegato secondo normativa vigente in materia, ove sia stato ristretto il minore in stato di fermo, arresto o accompagnamento ovvero il tutore eventualmente nominato.

L'Autorità di Polizia Giudiziaria del territorio napoletano (Questura di Napoli, Comando provinciale Carabinieri di Napoli, Comando provinciale Guardia di Finanza di Napoli, Polizia Municipale di Napoli) si impegna a:

1. Riservare al cittadino straniero, per tutta la durata della procedura, il trattamento sancito per i minori;
2. Procedere all'accertamento dell'età del presunto minore rivolgendosi all'A.O.R.N. Santobono Pausillipon di Napoli.

Le Procure di Napoli (presso il Tribunale e presso il Tribunale Minorenni), per quanto di rispettiva competenza, si impegnano a:

1. Riservare al cittadino straniero, per tutta la durata della procedura, il trattamento sancito per i minori;
2. Procedere all'accertamento dell'età del presunto minore rivolgendosi - di regola - all'A.O.R.N. Santobono Pausillipon di Napoli;

Il Comune di Napoli, per il tramite del Servizio Politiche per Minori, Infanzia e Adolescenza, si impegna:

- Al pronto reperimento di una struttura di accoglienza presso cui collocare i minori, impartendo precise disposizioni in ordine al pronto intervento del legale rappresentante della struttura presso l'A.O.R.N. Santobono per l'esercizio dei poteri tutori.

La Cooperativa Sociale Dedalus si impegna a:

1. Fornire una tempestiva attività di mediazione linguistico-culturale su richiesta dell'A.O.R.N. per le principali lingue di interesse;
2. Essere reperibile telefonicamente nell'arco dell'intera giornata ed anche nei giorni festivi, per recarsi nella struttura sanitaria nel più breve tempo possibile dalla richiesta;

3. Fornire gratuitamente la disponibilità di mediatori culturali esperti in ambito di minori, di lingua inglese, francese, araba, russa, rumena, cinese e tutte le altre lingue in disponibilità degli operatori della Dedalus;
4. Fornire gratuitamente eventuali consulenze giuridiche sul tema dell'accertamento dell'età richieste dagli altri firmatari.

L'Associazione Bacchetta Magica si impegna a:

- Fornire gratuitamente, se richiesta, negli stessi casi e con la stessa tempistica, la disponibilità di soggetti idonei a fornire ogni assistenza legale alle persone soggette ad accertamento dell'età.

Il presente protocollo, sorto con lo scopo di sperimentare una pratica di collaborazione interistituzionale in favore dei minori migranti non accompagnati presenti sul territorio del Comune di Napoli, ha visto il contributo di altri soggetti coinvolti nell'attività preparatoria e di redazione dello stesso (Unicef Campania e Croce Rossa della Campania). Costoro, insieme ad eventuali altri soggetti che potranno essere coinvolti in futuro, contribuiranno al consolidamento, alla riuscita e al sostegno delle procedure in esso contenute mediante un'azione di divulgazione, di diffusione e di promozione verso i territori e le istituzioni.

Il *“Protocollo d'intesa sull'accertamento dell'età dei minori migranti non accompagnati del Comune di Napoli nell'ambito dei procedimenti civili e penali”* entrerà in vigore dopo il sessantesimo giorno successivo dalla data di sottoscrizione, onde consentire ai firmatari la diffusione nell'ambito dei propri settori di competenza.

Il presente Protocollo verrà monitorato periodicamente dai soggetti firmatari al fine di apportare i necessari aggiustamenti e correttivi che emergeranno nel corso della sua applicazione: a tal fine i sottoscrittori del Protocollo si riuniranno con cadenza semestrale su invito del CGM della Campania.

Napoli, 13 Novembre 2013

I firmatari

Per la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello del Tribunale di Napoli

Dott. Vittorio Martusciello



DELEGATO

Per la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli

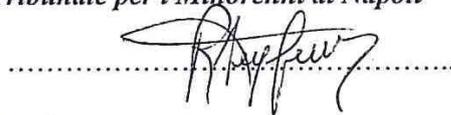
Dott. Giovanni Colangelo



DELEGATO

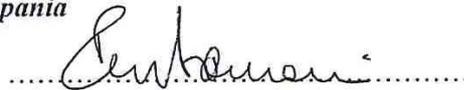
Per la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli

Dott. Roberto Gentile



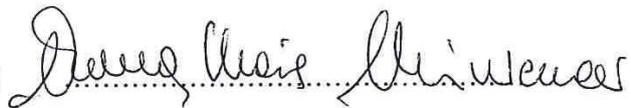
Per il Centro Giustizia Minorile della Campania

Dott. Giuseppe Centomani



Per l'A.O.R.N. Santobono Pausilipon

Dott.ssa Anna Maria Minicucci



Per la Questura di Napoli

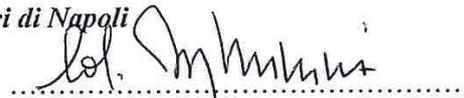
Dott. Luigi Merolla



DELEGATO

Per il Comando provinciale dei Carabinieri di Napoli

Col. t. ISSMI Marco Minicucci



Per il Comando provinciale della Guardia di Finanza di Napoli

Generale B. Salvatore Tatta



Per il Comune di Napoli

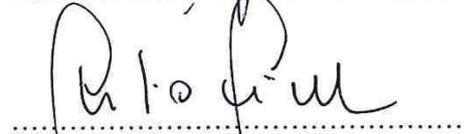
On Luigi De Magistris



DELEGATO

Per la Polizia Municipale di Napoli

Dott. Attilio Auricchio



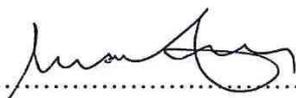
Per la Cooperativa sociale Dedalus

Dott.ssa Elena de Filippo



Per *l'Associazione La Bacchetta magica*

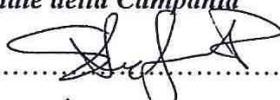
Avv. Mario Covelli



.....

Per *la Croce Rossa Italiana – Comitato Regionale della Campania*

Avv. Stefania Pisciotta



.....

Per *l'Unicef Campania*

Dott.ssa Margherita Dini Ciacci



.....



*Ministero del Lavoro, della Salute
e delle Politiche Sociali*
DIPARTIMENTO DELLA PREVENZIONE E COMUNICAZIONE
Direzione Generale della Prevenzione Sanitaria
Ufficio X
dell'ex Ministero della Salute

Roma,

Al Prefetto MARIO CICLOSI
Direzione Generale per le Politiche
dell'Immigrazione e dell'Asilo
Ministero dell'Interno
Piazza del Viminale n. 1
00184 Roma

O g g e t t o: Procedura di identificazione dei minori non accompagnati.

La Conferenza di Servizi sulla "*Procedura di identificazione dei minori stranieri non accompagnati e di accertamento della minore età*", indetta da Codesto Ministero, in data 15 maggio 2008, aveva evidenziato la necessità di definire un protocollo sanitario uniforme sul territorio nazionale per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati, in relazione a casi molto spesso dubbi nei quali diviene incerta la determinazione della maggiore o minore età, con conseguenze lesive dei diritti del minore.

Per la definizione del suddetto protocollo la Conferenza di Servizi decideva per la costituzione, presso il Ministero del Lavoro, della salute e delle politiche sociali, di un Gruppo Tecnico interistituzionale e multidisciplinare.

Il Gruppo Tecnico ha quindi elaborato una bozza di protocollo che è stato poi sottoposto alla valutazione e parere del Consiglio Superiore di Sanità.

Da quanto proposto dal Gruppo Tecnico nonché dalle valutazioni del Consiglio Superiore di Sanità è stato redatto il *Protocollo per l'accertamento dell'età dei minori secondo il modello dell' Approccio multidimensionale* che si allega.

Il Direttore Generale
Dott. Fabrizio Oleari

Il Direttore dell'Ufficio X
Dott. Giovan Battista Ascone

Determinazione dell'età nei minori non accompagnati

La stima dell'età biologica viene genericamente definita dal grado di senescenza delle funzioni fisiologiche, biochimiche, sensoriali e psicologiche dell'individuo, il cui fine ultimo è di garantire la maggiore corrispondenza possibile tra età biologica ed età cronologica. Non si tratta comunque di una scienza esatta e bisogna accettare un margine di errore destinato a ridursi progressivamente con l'approfondimento degli studi e delle conoscenze.

L'approccio ai sistemi ed alle linee guida di buona pratica per la determinazione dell'età è il risultato di una combinazione di informazioni riguardanti storia personale, misure antropometriche, parametri auxologici e documentazione iconografica con tecniche di diagnostica per immagini. L'enorme disomogeneità di tali approcci è espressione dell'assenza, allo stato attuale delle conoscenze, di un singolo metodo in grado di stimare con esattezza assoluta l'età cronologica di un individuo.

Tra i numerosi metodi utilizzati, quelli più consolidati e per i quali, quindi, vi è più letteratura scientifica con le relative casistiche a disposizione, sono le tecniche di diagnostica per immagini e fra queste le indagini radiografiche sono quelle maggiormente utilizzate nei Paesi europei, come dimostrato dai dati ottenuti analizzando il questionario del programma europeo "SCEP — Separated Children in Europe Programme".

Dette indagini consentono di collocare l'età dell'individuo in esame entro un range, la cui ampiezza è inevitabilmente determinata da un certo errore intrinseco dello strumento di misurazione e di chi lo utilizza nonché dalla variabilità intrinseca del soggetto. Ciò porta inevitabilmente a dover affrontare casi dubbi, in cui non è possibile dirimere con certezza fra la maggiore e la minore età.

Tuttavia, la finalità da perseguire deve essere il maggiore interesse della persona minore, pur nel rispetto di eventuali esigenze di giustizia.

Va considerato che:

- la rappresentanza legale del minore è attribuita ad entrambi i genitori, che la esercitano di solito congiuntamente, ad eccezione degli atti di ordinaria amministrazione che possono essere decisi anche da uno solo dei genitori. Nel caso di specie si tratta di minori non accompagnati, i cui genitori/rappresentanti legali sono irreperibili e l'accertamento deve essere eseguito solo su richiesta dell'Autorità giudiziaria, nel rispetto del diritto ad una informazione chiara, esaustiva e parametrata alle capacità di comprensione del soggetto (elemento, questo, consolidato da costante giurisprudenza e presupposto di validità del consenso);
- quando sia motivata da esigenze di giustizia, la circostanza ricade nelle attività di indagine della polizia giudiziaria (P.G.), finalizzate all'identificazione del presunto autore del reato, laddove - al secondo comma dell'art. 349 c.p.p. — viene data facoltà, ove occorra di eseguire "altri accertamenti", tra i quali rientrano quelli di natura radiologica, per la cui esecuzione, trattandosi di atti che richiedono specifiche competenze tecniche, la P.G. può avvalersi, ai sensi del quarto comma dell'art. 348 del c.p.p. di persone idonee (quali, nello specifico, gli operatori sanitari), che non possono rifiutare la propria opera;

- il D.L.vo 187/2000 contempla espressamente:
 - art. 1 - Campo d'applicazione. lettera e), la "esposizione di persone nell'ambito di procedure medico-legali";
 - art. 2 - Definizioni, ove si intendono per: "s) procedure medico-legali: procedimenti effettuati a fini assicurativi o legali, anche senza indicazione clinica";
 - art. 3 - Principio di giustificazione, "7. Le esposizioni di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), che non presentano un beneficio diretto per la salute delle persone esposte, devono essere giustificate in modo particolare e devono essere effettuate secondo le indicazioni di cui all'articolo 4. comma 6 ("Particolare attenzione deve essere posta a che la dose derivante da esposizione medico-legale di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), sia mantenuta al livello basso ragionevolmente ottenibile");
 - art. 5 — Responsabilità, "4. Le procedure da seguire nel caso di esami medico-legali sono quelle previste nell'ambito della disciplina vigente in materia";

Le indagini radiografiche si possano pertanto considerare sufficientemente "giustificate", come richiesto dalla normativa in vigore e, relativamente ad altre metodiche non invasive, non si rinvergono studi sufficienti a suffragare la loro assoluta attendibilità, pur avendo alcune mostrato una parziale utilità, ma risultando utilizzabili per lo più come strumenti per ottenere dati aggiuntivi;

Riguardo all'invasività e alla pericolosità dell'indagine radiologica del distretto polso-mano, si fa rilevare come la dose efficace mediamente prevista sia pari a circa 0,01 mSv, vale a dire quella che si assorbe con la semplice esposizione naturale al sole nell'arco temporale di circa 1,5 giorni.

L'esame radiologico del distretto polso-mano presenta quindi, in concreto, rischi estremamente limitati: sono, infatti, utilizzate dosi molto basse, con irradiazione di un distretto corporeo assai limitato, potendo essere svolto in sicurezza mediante l'utilizzo di idonei presidi di schermatura atti a proteggere gli altri distretti corporei sede di organi e/o tessuti 'maggiormente sensibili ed i vantaggi in termini di facile fruibilità, di semplice e rapida esecuzione, nonché di costi contenuti sono apprezzabili;

Un altro punto riguarda il fatto che, trattandosi di minori stranieri, ai fini di un approccio relazionale, è determinante la figura del mediatore culturale e, pertanto, per il ruolo specifico di competenza, non dovrà essere un mero interprete linguistico, ma un importante elemento di relazione bidirezionale tra i minori e il personale dedicato all'accertamento dell'età e alle fasi successive. Va detto che questa figura, non ancora pienamente riconosciuta da molte Regioni, emerge da percorsi formativi incerti, eterogenei, nella maggior parte dei casi non regolamentati. Anche a livello di formazione universitaria, i corsi di laurea strutturati da otto Università e i Master organizzati da due Università hanno percorsi formativi estremamente eterogenei;

Considerato quindi che:

- Dall'esame di una notevole mole di lavori scientifici, anche molto recenti, emerge che la radiografia del distretto polso-mano debba essere considerata "a invasività minima" e pur valutando il grado di variabilità dei risultati ottenibili con tale indagine, essa sia da ritenere ancora la metodica più attendibile rispetto ad altre non invasive e, quindi, ad oggi, essa non sia escludibile dall'accertamento multidimensionale in quanto per le indagini non invasive non

sono ancora disponibili sufficienti evidenze scientifiche atte a suffragarne un'adeguata attendibilità, riproducibilità e sicurezza;

- Sempre dai numerosi e recenti dati di letteratura emerge come il metodo di analisi dell'Rx mano-polso che presenta minor variabilità sia il *Tanner-Whitehouse 3 (TW3)*, il quale però richiede un tempo di esposizione superiore al metodo Greulich-Pyle anche per operatori esperti. Recentemente, nuovi sistemi di automatizzazione delle letture delle immagini hanno consentito di ridurre sensibilmente il grado di variabilità inter-osservatore e rappresentano una promettente opportunità da considerare per aggiornamenti futuri del protocollo multidisciplinare di valutazione.

In generale, risulta fondamentale il grado di esperienza degli operatori che conducono la lettura dei dati di *imaging* e formulano una stima dell'età, e sarebbe opportuno che tali indagini venissero condotte in centri di riferimento accreditati e selezionati per *expertise*.

Le variabili individuali quali la razza, l'alimentazione, il livello socio-economico e l'eventuale presenza di patologie sullo sviluppo osseo sono oggetto di intenso dibattito nella comunità scientifica, e sembrano influenzare in misura significativa l'outcome della valutazione; gli operatori devono, quindi, prendere attentamente in considerazione tutti questi aspetti, in particolar modo l'etnia dei soggetti da valutare;

- La maggioranza dei Paesi ha già individuato un protocollo multidimensionale e tale protocollo, oltre agli elementi clinici emergenti dalla valutazione dei principali parametri auxologici, considera imprescindibile il risultato di una rilevazione radiologica, (Rx mano-polso e/o ortopantomografia), garantendo, nei casi incerti, il beneficio del dubbio e, in ogni caso esaminato, il consenso del probando all'esecuzione degli accertamenti.

Da quanto su esposto si riporta il seguente protocollo per l'accertamento dell'età dei minori secondo il modello dell' "Approccio multidimensionale".

1. La valutazione integrata dei dati risultanti dalla rilevazione radiologica del grado di maturazione ossea del distretto polso-mano e dall'esame fisico (misurazioni antropometriche, ispezione dei segni di maturazione sessuale, con identificazione degli eventuali disturbi dello sviluppo, definizione dello stadio di dentizione), svolto da un pediatra, è da ritenersi, allo stato attuale, il protocollo multidisciplinare maggiormente attendibile per identificare la presunta età anagrafica del soggetto esaminato.

Questo anche ai fini della tempistica dettata da eventuali esigenze di giustizia, allo scopo di garantire, nel minor tempo possibile, la messa in opera di misure atte a fornire la tutela del minore quale bene primario da proteggere.

Nel percorso di accertamento assume quindi un ruolo fondamentale la *visita pediatrica* nel corso della quale, presente un traduttore/mediatore culturale, nel rispetto del presunto minore, devono venire rilevati tutti quei parametri utili a fornire indicazioni sull'età, avendo cura di utilizzare le tabelle auxologiche dei diversi Paesi o, in alternativa, quelle dei Paesi più prossimi. Inoltre, il pediatra, a completamento della valutazione, con le dovute cautele per la sensibilità del presunto minore, potrà anche effettuare una valutazione dello sviluppo puberale, secondo lo staging definito nelle tavole di Tanner.

2. Con l'età cronologica dovrà essere sempre indicato il margine di errore e, nel dubbio di attribuzione dell'età cronologica deve essere applicato il principio della presunzione

della minore età, come previsto dalla normativa nazionale e dai principi di diritto sanciti a livello internazionale.

Una volta attribuita l'età questo dato, al fine di evitare di dover ripetere la procedura in eventuali occasioni successive, deve affluire nella stessa banca dati cui confluiscono i dati della identificazione.

3. Nel percorso di accertamento va previsto l'inserimento di un colloquio da svolgersi con il presunto minore, elemento che rientra nel principio di partecipazione e rispetto per l'opinione del minore (art. 12 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza siglata nel 1989, che sancisce il diritto di bambine, bambini, ragazze e ragazzi, di essere ascoltati e che la loro opinione sia presa in debita considerazione).

4. Relativamente a "il ricorso, in via prioritaria, a strutture sanitarie pubbliche dotate di reparti pediatrici" (circolare del Ministero dell'Interno del 9 luglio 2007), è necessario che le strutture individuate per effettuare tali valutazioni siano dotate di personale in possesso di competenze mediche, radiologiche, pediatriche, neuropsichiatriche e psicologiche adeguate allo scopo ovvero di personale sanitario debitamente formato, in maniera da garantire la minore variabilità possibile del giudizio espresso, nel rispetto delle migliori garanzie per il minore e per il perseguimento dei fini di giustizia.

E' compito delle Regioni individuare la/le strutture di riferimento che presentino le caratteristiche organizzative e le professionalità necessarie all'espletamento della procedura per l'accertamento dell'età dei minori non accompagnati.

Le Regioni, in ciò, devono tener conto delle esigenze rappresentate dal Dipartimento per la Giustizia Minorile, attraverso un confronto con i Direttori dei centri per la Giustizia Minorile istituzionalmente competenti per territorio, al fine di garantire l'accertamento dell'età dei minori entrati nel circuito penale.

5. Ai professionisti incaricati del percorso dovrà essere garantita un'apposita preparazione e l'aggiornamento continuo.

6. La valutazione psicologica del presunto minore, al momento, trova una più adeguata collocazione all'interno delle azioni finalizzate alla sua tutela, posto che essa deve essere condotta da personale altamente specializzato e specificamente formato.

7. Per il rapido progresso nelle tecniche di accertamento, si provveda all'aggiornamento, almeno ogni tre anni, dei contenuti del protocollo per l'accertamento dell'età dei minori secondo il modello di "Approccio multidimensionale".

Nell'applicazione del protocollo si auspica infine che

- Ai fini dell'individuazione delle strutture nelle quali prevedere la presenza delle competenze professionali appena specificate, nel rispetto di ineludibili esigenze di razionalizzazione delle risorse e di contenimento della spesa pubblica, siano contestualmente utilizzati:
 - criteri di natura amministrativa (ad es. il livello provinciale);
 - criteri connessi alle effettive esigenze territoriali di rilevanza della problematica.

- Sia attivato un gruppo di lavoro interistituzionale che individui gli Enti che possono organizzare corsi formativi per mediatori culturali, definisca i contenuti essenziali del percorso formativo (sia teorico che pratico), la durata del percorso, i requisiti d'accesso, il tipo di certificazione rilasciabile, elaborando una proposta da recepire con conseguente, apposito atto legislativo.
- La collettività scientifica voglia contribuire con opportuni progetti di ricerca ad elaborare dei percorsi di valutazione dell'età dei minori che siano più precisi degli attuali e ugualmente rispettosi della loro salute fisico-psichica.