

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



3/4 2016 • ANNO IV

EDITORI
Mario Covelli, Aldo Cimmino

DIRETTORE RESPONSABILE
Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giuseppe Riccio

COMITATO SCIENTIFICO
Claudio do Prado Amaral (San Paolo),
Raul Cervini (Montevideo),
Javier De Luca (Buenos Aires),
Maria José Jimenez Diaz (Granada),
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),
Sergio Moccia (Napoli),
Vincenzo Ruggiero (Londra),
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE
Pasquale Andria, Antonio Baldassarre,
Teresa Bene, Antonio Bonajuto, Aldo Cafiero,
Beniamino Calabrese, Antonio Cavaliere,
Melita Cavallo, Domenico Ciruzzi,
Alessandro Cocchiara, Claudio De Angelis,
Agostino De Caro, Patrizia Esposito,
Roberto Gentile,
Fausto Izzo, Alessandro Jazzetti,
Carlo Longobardo, Alarico Mariani Marini,
Mariano Menna, Ugo Pastore,
Vincenzo Pezzella, Alessandro Piccirillo,
Egle Pilla, Maria Francesca Pricoco,
Maria Vittoria Randazzo, Sandra Recchione,
Nicola Russo, Rossella Salvati,
Giuseppe Sassone, Paolo Sceusa,
Gustavo Sergio, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo, Mario Zevola

COMITATO DI REDAZIONE
Mario Afeltra, Piero Avallone, Paola Brunese,
Geremia Casaburi, Gianfederico Cecanese,
Anna Maria Covelli, Mariangela Covelli,
Annamaria D'Andrea, Maria de Luzenberger,
Marco de Martino, Fabiana Falato,
Arturo Frojo, Mario Griffo, Silvio Mancini,
Valentina Masarone, Antonio Nappi, Rossella
Nicodemo (caporedattore), Gennaro Demetrio
Paipais
Maurizio Pierantoni, Ornella Riccio, Sabatino
Romano, Daniela Savy,
Massimo Sensale, Paolo Troisi, Adele
Viciglione

COMITATO DI REVISIONE
Claudia Cesari, Carlo Fiorio, Glauco Giostra,
Elio Lo Monte, Luca Marafioti,
Oliviero Mazza, Paolo Patrono, Mauro Ronco,
Giancarlo Scalese, Francesco Schiaffo,
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Giuseppe Liguori

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli.
Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto proces-
suale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia
de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.*

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012
ANNO 2015, 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

INDICE

L'OPINIONE

- Sentenza Taricco e legittimo affidamento delle parti**
CLELIA IASEVOLI 5
- Riflessioni sul rapporto tra fonti europee e sistema sanzionatorio nazionale**
VALENTINA MASARONE 10

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

- DIRITTO
SOSTANZIALE
- Le sezioni Unite sanciscono la compatibilità dell'art. 131 bis c.p. con i reati di pericolo presunto. Il difficile *discrimen* tra offensività in concreto e particolare tenuità.**
VINCENZO GIORDANO 18
- Retroattività favorevole e sospensione del processo con messa alla prova: quando il "diritto vivente" è nemico dei diritti fondamentali**
RAFFAELE MUZZICA 35
- Prospettive e criticità del *probation*: disciplina vigente, spunti comparatistici, proposte di riforma.**
ANTONIO NAPPI 49

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

- GIUSTIZIA
MINORILE
- Il Tribunale per i minorenni di Napoli**
MAURIZIO PIERANTONI 73

ESPERIENZE

- Appunti sul sistema della giustizia minorile nei Paesi Bassi**
ROBERTA RAO 78

L'OPINIONE

Sentenza Taricco e legittimo affidamento delle parti

CLELIA IASEVOLI

Abstract

The sentence Taricco is in contrast with the constitutional principles, because of a political reason: the non-application of internal regulation about the prescription.

Nell'epoca della postmodernità del diritto costituisce una premessa di orientamento il pensiero di Capograssi, secondo cui *giudizio* e *processo* sono entità, che vanno ricomposte in una sintesi complessiva, perché il *procedere* è trasformazione, che non si opera alla fine con la sentenza, ma si opera in tutti i momenti in cui si risolve il *procedere*.

Diversamente, vi sarebbe *giudizio* senza la garanzia del *processo* o meglio della *procedura*, che si sostanzia nell'insieme delle forme di tutela dei diritti inviolabili.

Si vuole dire che nella connaturalità della continuità finalistica tra i due elementi: il processo diviene atto del conoscere; la cui attendibilità va valutata attraverso le regole, che scandiscono la progressione delle attività poste in essere e finalizzate all'accertamento del fatto. Quest'interdipendenza condiziona i tratti connotativi della verità processuale, che si traduce in un risultato differente, a seconda delle modalità del procedere. Ne discende che il rapporto tra risultato conoscitivo e metodo di ricerca è sensibile ad alterazioni endemiche, tutte le volte che si riversano nel processo esigenze di sicurezza o di controllo sociale; poiché esso non è il mezzo per contrastare i fenomeni criminali, né il luogo delle trasformazioni sociali.

La molteplicità degli atti, che compongono la trama processuale, acquistano un senso nel fine a cui tendono ossia stabilire la natura illecita di un fatto ed accertare la responsabilità dell'imputato.

In questa progressione verso lo scopo, l'attività giudiziaria rinvia la sua legittimazione nell'osservanza delle *forme*, in quanto soltanto attraverso l'osservanza del rito il giudice potrà divenire terzo, innanzitutto, di fronte a sé stesso. Utilizzando le parole di Arangio Ruiz (*Assedio politico*) «nel navigare nelle acque agitate del conflitto tra ordine e libertà non basta soltanto il richiamo alla legalità, ma il Paese deve trovare in sé stesso, più che nei poteri costituiti, la forza di far mantenere illese le libertà inviolabili, così contro le insurrezioni, così contro gli abusi del potere giudiziario».

La violazione della legalità processuale ferisce la democrazia, degradando la giustizia in giustizialismo: qui il fine giustifica i mezzi e l'ideale, condiviso da pochi, comporta il sacrificio dell'ideologia del popolo. Eppure l'assetto democratico è stato ripetutamente rimaneggiato ed oggi manifesta una crisi complessa, che coinvolge i ruoli dei soggetti e le regole del processo.

Si assiste alla prevalenza della politica dell'efficientismo sui principi del *giusto processo* e sulla presunzione di non colpevolezza. Il caso Taricco ne costituisce una chiara esemplificazione.

Mi spiego.

Nell'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia, emessa dal giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Cuneo, si fa riferimento testualmente a «soggetti che hanno commesso

reati per evadere l'Iva per milioni di euro [...] godono e godranno presto di una completa impunità garantita da una norma interna». L'ordinanza va oltre la funzione di controllo sul corretto esercizio dell'azione penale, poiché non spettava a quel giudice l'accertamento inerente alla responsabilità degli imputati; ciò nonostante, e sul convincimento di tale responsabilità, il giudice promuove il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo.

Da qui la violazione della presunzione di non colpevolezza, in un contesto europeo, in cui sembra che le garanzie formali ed i principi costituzionali siano gli ostacoli ad un'«effettiva» azione di contrasto al crimine.

D'altronde, la politica di effettività dell'Unione europea pare legittimare un sistema penale del rischio, anticipando la tutela penale all'area del *più probabile che non*. Ne deriva l'allontanamento dal fatto penalmente rilevante, nonché la rinuncia alla giurisdizione di garanzia e la trasformazione dello scopo di accertamento del processo. Non a caso, il giudice di Cuneo è giudice delle garanzie, ma si muove come organo dell'accertamento della responsabilità.

Con la sentenza Taricco si impone al giudice interno di disapplicare l'art. 161 comma 2 c.p., per contrasto con l'art. 325 TFUE, quando esso impedisca di «infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea» (Corte di giustizia, 8.9.2015, C-105/14, Taricco).

Tuttavia, la nuova legalità 'ibrida' non può non rinviare alle plurime origini valoriali dello stato sociale di diritto, che alimentano il nostro progetto costituzionale, a sua volta, concepito in senso pluralistico ed arricchito con i contributi europei, che convergono nel riconoscere la centralità della *persona*, con i suoi diritti ed i suoi doveri. Difatti, l'ordine giuridico europeo pone al centro del proprio programma l'individuazione e il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo. Ma non solo. Esso ha origine dalla stessa storia dei popoli e dalle tradizioni giuridiche.

Più specificamente, sul versante processuale la legalità 'ibrida' esige che il potere giurisdizionale sia esercitato nell'osservanza di un insieme di principi, sintetizzato nella formula del «giusto processo»: tra questi l'indipendenza, la terzietà del giudice, la presunzione di non colpevolezza, il contraddittorio come metodo di formazione della prova.

Ebbene, la sentenza Taricco è in contrasto con questi principi, per uno scopo apertamente politico: la disapplicazione della disciplina della prescrizione.

Difatti, la Corte di giustizia rimette le verifiche al giudice interno senza indicare i parametri, in base ai quali ritenere che la prescrizione determini «l'inefficacia preventiva e repressiva delle sanzioni astrattamente applicabili». Questa vaghezza di linguaggio costituisce l'artificio attraverso cui si 'scarica' sulla magistratura la grave responsabilità della gestione politico-criminale dei fenomeni, negli eccessivi spazi di creazione giurisprudenziale.

Per i giudici di Lussemburgo, la prescrizione ha un'accezione soltanto negativa di limite all'esercizio della potestà punitiva; del tutto irrilevante sembrerebbe essere l'accezione positiva di tutela delle situazioni soggettive, nonché di strumento utile alla definizione del processo entro termini ragionevoli.

È proprio per questa via che i rapporti di forza tra stato e cittadino subiscono una netta virata in senso autoritario: il valore prevalente diviene la pretesa punitiva e non importa se è lo stesso sistema

giudiziario interno a non riuscire ad attuarla entro i termini, anche quando essi siano ragionevoli. Altra è la soluzione individuata; ma dai contenuti fortemente incostituzionali: la rinuncia alla giurisdizione di garanzia si traduce nel ripristino di un modello inquisitorio, che addossa all'imputato, il costo temporale dell'inefficienza, presumendone la responsabilità senza accertamento del fatto.

E se queste sono le conseguenze, siamo dell'avviso che o lo stato riesce a concludere il processo in tempi ragionevoli oppure l'imputato ha il diritto di essere prosciolto, decorso un certo lasso di tempo, peraltro, non breve. Se la prescrizione è maturata, significa che il processo è divenuto di durata irragionevole.

Pur di sottrarre la prescrizione al principio di irretroattività penale, la Corte di giustizia ha affermato che la prescrizione del reato concerne il profilo processuale delle condizioni di procedibilità del reato e, dunque, non è coperta dalla garanzia del *nullum crimen* di cui agli artt. 7 Cedu; 25 comma 2 Cost. e art. 2 c.p.

Si tratta di un artificio interpretativo che, ricorrendo all'inquadramento della natura giuridica di alcune categorie, senza l'adeguato approfondimento dottrinario, consente di attribuire prevalenza all'obbiettivo preminente dell'azione di contrasto, più rapida ed efficiente, a singoli fenomeni.

Nella pronuncia Taricco si afferma che la disapplicazione delle norme interne sulla prescrizione e la proroga del suo termine, nonché la sua immediata applicazione, non comportano una lesione dell'art. 7 Cedu, «dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che osta ad un allungamento dei termini di prescrizione, quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti».

Secondo questa impostazione, se la prescrizione ha natura processuale, è governata dal principio del *tempus regit actum*.

Anche se fosse così e, cioè, anche se la prescrizione seguisse il principio *tempus regit actum*, non si può pervenire ad una sua modifica *in malam partem* e, quindi, alla sua disapplicazione in corso di processo, proprio per il principio di effettività invocato dalla politica europea che, in questo caso, si sostanzierebbe nell'effettività del pregiudizio subito dall'imputato.

Tuttavia, se fosse stata riconosciuta pacificamente la natura sostanziale della prescrizione, non si sarebbe posta la questione di legittimità costituzionale, poiché il regime sarebbe stato quello delineato dall'art. 25 comma 2 Cost. e dall'art. 7 Cedu, vale a dire, il divieto di retroattività *in pejus*.

Dunque, tenterò di dimostrare che l'*escamotage* individuato dalla Corte di giustizia non può rinvenire una legittima giustificazione, nemmeno nel significato processuale del principio *tempus regit actum*.

Se, da un punto di vista più in generale, si può affermare che la forma e le modalità dell'atto processuale siano quelle previste dalla legge vigente al momento in cui l'atto sia stato compiuto; non si può trascurare il legittimo affidamento delle parti nello svolgimento del processo, secondo le regole in vigore al tempo del compimento degli atti, nonché l'esigenza che le stesse conoscano il momento in cui sorgano oneri con effetti per loro pregiudizievoli.

Ne discende che per l'azione di tutela del principio del legittimo affidamento non posso operare nel processo pendente nuove regole, aventi carattere *in pejus* per l'imputato, che potrà eccepire l'ormai maturato affidamento sullo *status quo ante*.

Sul fronte del procedere, la *ratio* di garanzia esplica la sua efficacia nella *crystallizzazione delle*

regole del gioco, nell'ipotesi di modifiche che risultassero peggiorative. L'area dell'irretroattività si radica sul carattere sfavorevole del *novum* per la posizione dell'individuo; il che significa che essa cede soltanto nell'ipotesi in cui siano favorevoli le disposizioni successive. Né può essere altrimenti considerati gli interessi in gioco coinvolti; mi riferisco ai diritti della difesa e alla necessità di prevedere un identico trattamento giuridico tra la posizione di chi, prima della modifica, si era visto attribuire determinati diritti e quella di chi, in conseguenza di essa, si è visto, invece, ampliare il novero delle facoltà.

Se, da un lato, la legge processuale è di immediata operatività, dall'altro, non si può ignorare l'aspettativa di chi, essendosi già uniformato alle regole del rito, non debba temere pregiudizio per il sopravvenire di una modifica *in malam partem*.

Volendo fare un esempio, si pensi all'ipotesi in cui a mancare sia l'espressa comminatoria della sanzione della nullità, se essa esplicasse la sua efficacia *ex post* determinando l'invalidità di un atto processuale, pregiudicherebbe l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e, in particolare, l'inviolabilità del diritto di difesa, sul presupposto indiscutibile secondo cui il legislatore non possa fornire al giudice il modello di riferimento *a posteriori*: se ciò accadesse non si potrebbero evitare le conseguenze deleterie di un trattamento irragionevolmente differenziato (art. 3 comma 2 Cost.).

Nell'elaborazione giurisprudenziale della Cassazione civile (Cass. civ., sez. III, 12.5.2000 n. 6099) e in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale (4.4.1990, sent. n. 155), la regola dell'immediata applicabilità della legge processuale ha ad oggetto soltanto gli atti processuali successivi all'entrata in vigore della legge stessa, non incidendo su quelli anteriormente compiuti, i cui effetti restano regolati, secondo il fondamentale *principio tempus regit actum* dalla legge sotto il cui imperio sono stati posti in essere. Il che significa che in applicazione delle regole stabilite dall'art. 11 preleggi, comma 1, e dall'art. 15 preleggi, quando il giudice procede ad un esame retrospettivo delle attività svolte, ne stabilisce la validità, applicando la legge che vigeva al tempo in cui l'atto è stato compiuto, essendo la retroattività della legge processuale un effetto che può essere previsto soltanto dal legislatore con norme transitorie, ma che non può essere ritenuto dall'interprete. Si ha un'indebita applicazione retroattiva della legge processuale, qualora si pretenda di applicare la legge sopravvenuta ad atti posti in essere anteriormente all'entrata in vigore della legge nuova oppure qualora si pretenda di associare a quegli atti effetti, che non avevano in base alla legge del tempo in cui sono stati posti in essere.

Nella tesi di Marcello Gallo la locuzione generica di impossibilità di punire, rinvenibile nell'art. 25 comma 2 Cost, si presta all'estensione della regola della irretroattività della legge penale sfavorevole alla legge processuale, in virtù del dato che si è puniti non soltanto con riferimento al fatto, ma altresì secondo le modalità del procedimento, come luogo di accertamento e di irrogazione della pena.

Se le cose stanno in questi termini, l'ambito di attività del principio di cui all'art. 25 comma 2 Cost. comprende le disposizioni processuali, che si risolvono *contro* l'imputato e, in particolare, ogni nuova disciplina che nei confronti della precedente circoscriva o limiti la sua posizione giuridica, riducendo o negando, in rapporto alla regolamentazione precedente, le sue garanzie processuali. In buona sostanza, nella ricostruzione di Marcello Gallo il momento del fatto, ipotizzato come reato, cristallizzerebbe per ogni imputato la stessa normativa processuale penale, in modo tale da far salva

nei suoi confronti l'operatività delle sole norme, che non si risolvano – per lo stesso imputato – in un *pejus*.

A sostegno di quest'impostazione, Franco Bricola evidenziava che la formula inizialmente proposta nei lavori preparatori era: «nessuno può essere sottoposto a processo, né punito, se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso».

Il principio *tempus regit actum* risente di questi condizionamenti costituzionali e richiede che il principio dell'affidamento si radichi nel momento stesso del fatto, ipotizzato come reato.

Nell'intento di chiarire i termini dell'ampliamento dell'ambito di operatività dell'art. 25 comma 2 Cost., fino a comprendere il versante processuale, si ricorda che Virgilio Andrioli richiamava l'attenzione sulla strumentalità interna tra il principio di precostituzione del giudice, di cui al primo comma dell'art. 25 Cost. e l'irretroattività della legge processuale; un nesso implicante la necessità costituzionale che la legge disciplinante il singolo atto sia *lex previa*, per evitare che sia compromesso il valore della precostituzione del giudice. Volendo usare le parole di Andrioli «se non interagisse il principio della irretroattività della legge penale sostanziale con quello dell'irretroattività anche processuale si riconoscerebbe ai pubblici poteri e, in particolare, al legislatore ordinario la possibilità di rendere sostanzialmente retroattive leggi formalmente irretroattive, creando di volta in volta ad esempio dei nuovi giudici».

Il fondamento della teoria dell'affidamento si rinviene, dunque, nell'art. 25 comma 2 Cost.

Concludendo, se il principio del *tempus regit actum* si riempie dei contenuti di garanzia del principio dell'affidamento, pur volendo attribuire, come fanno i giudici europei, natura processuale alla prescrizione: essa non è sottratta al principio di legalità; pertanto, la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. nei processi pendenti è incostituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24, 25 comma 2, 27 comma 2 Cost.

In definitiva, anche applicando il *principio tempus regit actum*, qualora sia riconosciuta una causa di estinzione del reato, tale previsione non può che rimanere invariata rispetto ai fatti già commessi e, quindi, può essere modificata *in peius* solo *pro futuro* da altra norma, sempre di natura legislativa.

Il *tempus* da prendere in considerazione per l'operare di una nuova regola processuale, non può ignorare i condizionamenti del principio dell'affidamento. Da esso dipende la tutela di altri valori in gioco: la presunzione di non colpevolezza e l'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento che, come scriveva Nicola Carulli (Diritto di difesa, 1967), «è repulsione dell'attacco che si fonda su di un preteso diritto statutale di punire»: la sentenza Taricco è l'*attacco* che si fonda su di un *preteso* diritto comunitario di punire.

Riflessioni sul rapporto tra fonti europee e sistema sanzionatorio nazionale

VALENTINA MASARONE

ABSTRACT

This work briefly examines different typologies of influence of European legal sources on national system of criminal sanctions, in relation to both European Union law and CEDU and to European Court of Human Rights case-law.

L'incidenza delle fonti europee sulle scelte sanzionatorie del legislatore nazionale rientra nel più ampio fenomeno della c.d. 'europeizzazione del diritto penale', intendendo per tale la progressiva apertura del sistema penale ai condizionamenti derivanti dalla realtà europea e, cioè, tanto dal contesto – normativo e giurisprudenziale - dell'Unione europea (e, per il passato, dall'ambito comunitario), quanto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dalla giurisprudenza di Strasburgo. La mia intenzione, in questa sede, è quella di affrontare sinteticamente il primo aspetto di tale fenomeno, descrivendo brevemente i meccanismi d'influenza del diritto dell'Unione europea sul sistema sanzionatorio nazionale, e di accennare, in chiusura, al secondo profilo, con particolare riguardo alla condanna dell'Italia, da parte della Corte di Strasburgo, per la violazione dell'art. 3 della CEDU, scaturente dalle condizioni di sovraffollamento carcerario (sentenza *Torreggiani* del 2013).

Partiamo da una premessa.

Per sua natura, il diritto penale appare tendenzialmente 'autarchico' e, dunque, 'insofferente' ai vincoli «esterni», che la dimensione giuridica internazionale e sovranazionale impone.

L'incidenza delle fonti europee sul tale settore del diritto comporta un'inevitabile forzatura del principio di legalità, considerato nel suo aspetto formale e con riferimento alle garanzie, di tipo 'sostanziale', ad esso sottese.

In particolare, sotto il profilo formale, viene in rilievo la vigenza, nel nostro come nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di una norma costituzionale sulle fonti, che affida esclusivamente ad organi interni la produzione del diritto penale (art. 25, co. 2, Cost.).

Sotto il profilo sostanziale, poi, vengono in rilievo i contenuti garantistici del principio della riserva di legge, in favore dell'organo democraticamente eletto, che, quanto meno nei Paesi di tradizione giuridica continentale e, comunque, nel nostro ordinamento, presiede alla produzione delle norme penali e, dunque, alla previsione dei reati e alle connesse scelte sanzionatorie.

Ebbene, per quanto riguarda la possibilità di riconoscere come legittima la competenza dell'Unione europea a formulare (o ad incidere su) tali scelte, ad essa si oppone, da sempre, il «deficit democratico», che caratterizza l'esercizio della funzione normativa nell'ambito dell'impianto istituzionale europeo. Il procedimento di formazione delle norme europee, vede, infatti, come principale

attore istituzionale l'organo rappresentativo degli Stati, vale a dire il Consiglio, con una ridotta partecipazione dell'organo rappresentativo, invece, dei popoli europei, e cioè il Parlamento. Né tale ostacolo può dirsi pienamente superato con la generalizzazione della procedura di codecisione, introdotta dal Trattato di Lisbona.

Del resto, un legittimo esercizio della potestà punitiva da parte dell'Unione europea richiederebbe non solo un'adeguata base giuridica per la formulazione di atti normativi democraticamente condivisi, ma anche una condivisione di valori fondamentali, da porre alla base di scelte di penalizzazione legittime e coerenti, e soprattutto una comunanza ed un adeguato riconoscimento di irrinunciabili principi generali del diritto penale, espressione di un 'contesto costituzionale forte' in grado di orientare le scelte sovranazionali in materia.

Tanto premesso, possiamo ora a considerare i meccanismi d'incidenza del diritto dell'Unione sulle scelte sanzionatorie del legislatore nazionale.

In proposito, va precisato che la tutela *penale* degli interessi europei, in assenza di una competenza penale diretta dell'ente sovranazionale, è stata ed è tuttora affidata in via «mediata» al potere sanzionatorio penale degli Stati membri. Tuttavia, al fine di perseguire una tendenziale omogeneità nella protezione apprestata, a livello nazionale, agli interessi comunitari ed europei, il diritto comunitario e il diritto dell'Unione europea hanno esercitato ed esercitano sul diritto penale degli stessi Stati membri diverse forme di influenza, più o meno indiretta. La progressiva «europeizzazione» dei sistemi penali nazionali che ne deriva è stata resa possibile, innanzitutto, dall'operatività di taluni fondamentali principi, riferibili in passato all'ordinamento comunitario (e, dunque agli atti di c.d. di primo pilastro) e tuttora operanti in riferimento alle direttive in materia penale, previste dall'art. 83 TFUE: il principio di fedeltà comunitaria, oggi meglio definito come principio di leale cooperazione, il principio del primato e quello dell'efficacia diretta del diritto comunitario, *rectius* europeo, sul diritto interno. Nella stessa direzione hanno, poi, operato i meccanismi della cooperazione intergovernativa attivati tramite gli strumenti normativi adottati nel quadro del c.d. terzo pilastro dell'Unione europea e, quindi, operanti dall'istituzione dell'Unione europea, con il Trattato di Maastricht, sino alla scomparsa della struttura a pilastri e alla c.d. comunitarizzazione del terzo pilastro, disposta con il Trattato di Lisbona.

Tra tali forme d'influenza, vediamo, in particolare, quelle riconducibili alle attuali direttive (già operanti con riguardo alle direttive comunitarie), con specifico riferimento alle scelte sanzionatorie.

Gli Stati membri sono tenuti a provvedere alle esigenze di tutela degli interessi sovranazionali, in forza del principio di «leale cooperazione», sancito originariamente dall'10 TCE ed oggi trasfuso nell'art. 4, par. 3, TUE.

Tale principio pone in capo agli Stati membri l'obbligo di dare attuazione alla normativa europea anche mediante l'introduzione di misure sanzionatorie idonee a garantirne l'osservanza. Il rispetto di un simile obbligo risulta, peraltro, soggetto al controllo della Corte di giustizia, dinanzi alla quale la Commissione o uno Stato membro possono attivare la procedura per inadempimento prevista dagli artt. 258 ss. TFUE (ex artt. 226 ss. TCE).

Sino alla fine degli anni Ottanta, l'interpretazione del principio offerta dalla Corte di giustizia escludeva che dall'adempimento del relativo dovere potessero derivare, per gli Stati membri, veri e

propri obblighi d'incriminazione. Diversamente, a partire dalla nota sentenza c.d. «del mais greco» del 1989, l'orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia venne significativamente mutando, nel senso di consentire che, in talune ipotesi, il principio posto dall'allora art. 10 TCE si traducesse, per gli Stati membri, nel dovere di introdurre, a tutela degli interessi comunitari, non qualsivoglia tipo di sanzione, ma sanzioni a carattere necessariamente penale.

Quest'ultima interpretazione, ormai consolidata e tuttora valida, ha preso forma, nelle argomentazioni della Corte, attraverso la scomposizione del principio di fedeltà comunitaria nei due sottoprincipi di «proporzionalità» e di «assimilazione». In base al primo, le sanzioni apprestate dagli Stati membri contro le violazioni del diritto (prima comunitario, oggi) europeo devono essere sanzioni effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive, con la conseguenza che risulterebbe obbligatorio per gli Stati membri fare ricorso a sanzioni di natura penale ogni qual volta le violazioni del diritto sovranazionale da censurare siano connotate da particolare gravità e disvalore sociale, tali, cioè, da richiedere, proporzionalmente, l'intervento del diritto penale. Per il principio di assimilazione, poi, gli Stati membri sono tenuti a predisporre, per l'inosservanza delle normative europee, sanzioni analoghe a quelle operanti in riferimento a violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza; laddove queste ultime siano sanzionate penalmente, per la tutela degli equivalenti interessi europei dovrà necessariamente attivarsi lo strumento penale.

In adempimento dell'obbligo di leale cooperazione, così inteso per quanto attiene alle scelte sanzionatorie del legislatore nazionale, gli Stati membri sono, dunque, chiamati a tutelare, di propria iniziativa, i beni giuridici europei, il che avviene, il più delle volte, attraverso l'estensione a questi ultimi della tutela apprestata, per similari interessi interni, mediante apposite fattispecie del diritto penale nazionale. È pur vero, d'altra parte, che, talvolta, l'applicazione del principio di assimilazione sanzionatoria, più che essere oggetto di un'iniziativa spontanea degli Stati membri, in adempimento dell'obbligo di leale cooperazione, è ad essi espressamente richiesta da norme comunitarie primarie - come l'art. 209 A TCE, per la tutela contro le frodi comunitarie, introdotto dal Trattato di Maastricht, poi trasfuso nell'art. 280 TCE, corrispondente all'attuale art. 325 TFUE - ovvero da norme comunitarie derivate. Il cenno all'art. 325 TFUE merita di essere sottolineato, perché tale norma viene in rilievo nell'ambito della celebre sentenza *Taricco*.

In alcuni casi, poi, sia pure piuttosto rari, sono, direttamente, norme giuridiche dei Trattati o norme di diritto comunitario derivato ad estendere l'ambito applicativo di norme incriminatrici interne preposte alla tutela di beni giuridici nazionali, assimilando a questi i corrispondenti beni giuridici comunitari ed europei. Per quanto riguarda, in particolare, l'ipotesi in cui norme di questo tipo siano inserite in regolamenti comunitari, per definizione immediatamente applicabili negli Stati membri, la diretta portata incriminatrice che esse finiscono per dispiegare nei singoli ordinamenti nazionali si pone in evidente contrasto con quello stesso principio di legalità/riserva di legge, in forza del quale si esclude una competenza propriamente penale di livello sovranazionale.

Criticabile, sotto il profilo della legittimità, appariva, poi, la prassi, instauratasi prima del Trattato di Lisbona, delle direttive a carattere espressamente sanzionatorio, che ha aperto la strada alla c.d. comunitarizzazione del terzo pilastro. Il riferimento è a quelle direttive, che, nell'Unione europea

a tre pilastri, sconfinavano nelle competenze di terzo pilastro: esse predeterminavano, a livello comunitario, gli elementi essenziali delle fattispecie volte a contrastare fenomeni criminali d'interesse europeo, descrivendo puntualmente le condotte che gli Stati membri erano chiamati a sanzionare, e/o indicavano palesemente la tipologia di sanzione, eventualmente anche penale, che il legislatore comunitario intendeva come più adeguata in riferimento ai suddetti comportamenti. Questa prassi ha trovato formale legittimazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dal 2005, per poi avere riconoscimento nell'attuale formulazione dei Trattati e, segnatamente, dell'art. 83 TFUE.

Anche sotto il profilo sanzionatorio, vengono, poi, in rilievo gli effetti dei principi del primato e della diretta efficacia del diritto europeo sul diritto interno, solitamente identificati in tre diverse forme d'incidenza, operanti, rispettivamente, sul piano dell'interpretazione delle norme nazionali, mediante la loro integrazione ovvero nel senso di determinarne la disapplicazione.

La prima forma d'incidenza consiste nelle modificazioni che le norme penali nazionali subiscono, in sede applicativa, in ragione del c.d. obbligo di interpretazione conforme. In materia penale, tuttavia, alla luce dei principi della riserva di legge e del divieto di analogia, il giudice nazionale non dovrebbe spingersi fino al punto di ampliare o restringere l'ambito applicativo delle fattispecie penali interne ovvero d'inasprirne il trattamento sanzionatorio. Simili manipolazioni delle norme incriminatrici non sono, tuttavia, estranee alla prassi giurisprudenziale.

L'incidenza mediante integrazione, poi, è quella che il diritto europeo esercita sulle norme penali nazionali che rinviano in modo parziale o in modo totale a norme sovranazionali (come pure a norme extrapenali modificate da norme di origine europea) per la definizione di elementi normativi della fattispecie o per l'individuazione dei comportamenti incriminati, rispetto ai quali la norma interna si limita a comminare le sanzioni applicabili. Nell'ipotesi del rinvio totale, utilizzata, soprattutto, per dare attuazione sanzionatoria a norme contenute in regolamenti, viene in considerazione la complessa problematica della «norma penale in bianco», sulla quale non possiamo soffermarci.

Infine, la terza forma di incidenza è data dalla disapplicazione, totale o parziale, della fattispecie penale, ad opera del giudice nazionale, nel caso in cui quest'ultima risulti, in tutto o in parte, in contrasto con norme di diritto europeo primario o, anche derivato, se dotate di efficacia diretta (dunque, norme contenute in regolamenti o in direttive c.d. dettagliate).

Venendo ai rapporti intercorrenti tra la CEDU – come interpretata dalla Corte di Strasburgo – e il sistema sanzionatorio nazionale, è opportuno ricordare, preliminarmente, come, nel settore penalistico, l'influenza della Convenzione e della connessa giurisprudenza della Corte EDU abbia riguardato, da sempre, la disciplina processuale più che l'ambito del diritto penale sostanziale. Ciò è dipeso dalla circostanza che il diritto all'equo processo, previsto dall'art. 6 CEDU, è testualmente scandito attraverso una serie di principi e regole di dettaglio, la cui pretesa violazione ha dato origine ad innumerevoli ricorsi e, dunque, ad una ricca giurisprudenza della Corte europea; diversamente, in materia di diritto penale sostanziale si registrano una certa scarsità di ricorsi e, conseguentemente, una più limitata quantità di pronunce, dal momento che nella Convenzione non sono contenuti riferimenti testuali espliciti a principi di diritto penale sostanziale, salvo quanto previsto dall'art. 3 CEDU, sul divieto di tortura, e dall'art. 7 CEDU, concernente il principio “*nulla poena sine lege*”. Ciò non toglie che il catalogo di diritti fondamentali, proclamati nella Convenzione, che gli Stati parte s'impegnano

a riconoscere e tutelare, sia in grado di esercitare sul diritto penale una duplice influenza: per un verso, quei diritti possono rappresentare un limite all'adozione di normative nazionali (anche penali), che ne restringano l'esercizio, ovvero all'instaurazione di prassi che si pongano in contrasto con essi; per altro verso, quegli stessi diritti possono fungere da stimolo alle incriminazioni e all'introduzione di meccanismi punitivi, in riferimento alle condotte idonee a lederli.

Le norme della CEDU incidono, in tal modo, sul dover essere del diritto penale nazionale, che ad esse deve conformarsi, posto che esse rappresentano dei parametri interposti di costituzionalità, secondo lo schema delineato dalla nostra Corte costituzionale nelle c.d. sentenze 'gemelle' n. 348 e 349 del 2007: il contrasto tra una norma di legge (nel nostro caso penale) e una norma convenzionale determina, infatti, una violazione dell'art. 117 Cost., che vincola l'esercizio della potestà legislativa dello Stato (e delle Regioni) al rispetto degli obblighi internazionali, e può, dunque, essere oggetto di un apposito giudizio di legittimità costituzionale. Non è questa la sede per approfondire il discorso, ma è il caso, quantomeno, di accennare alla possibilità che il meccanismo descritto muti in futuro, per effetto dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, prevista dall'art. 6, par. 2, TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, e dei diversi rinvii alla Convenzione, contenuti nei Trattati vigenti (v. ad es. l'art. 6, parr. 2 e 3, TUE) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ('allineata' alla CEDU, ai sensi dell'art. 52 CDFUE; v. anche l'art. 53 CDFUE).

L'indicata duplice influenza della CEDU sull'ordinamento interno diviene effettiva tramite il controllo sul rispetto, da parte degli Stati aderenti, degli obblighi da essa promananti, esercitato – com'è noto –, a partire dalla riforma del 1994 (Protocollo n. 14), dalla (sola) Corte EDU. La Corte è competente a giudicare tutte le questioni di interpretazione e di applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, che le vengano sottoposte non solo in via di ricorso interstatale, ma – quel che più conta – anche a mezzo di ricorsi individuali, sia pure nel rispetto delle condizioni di ricevibilità operanti per questi ultimi, quale, ad esempio, il previo esaurimento delle vie di ricorso interne.

Le sentenze della Corte, sulla cui esecuzione vigila il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, hanno valore dichiarativo, ma carattere vincolante: non possono incidere, cioè, direttamente nell'ordinamento dello Stato convenuto, ma tale Stato, ove sia riconosciuto responsabile di una violazione della Convenzione, sarà tenuto a rimuoverla, se ancora esistente o, comunque, a porvi rimedio. A tal fine, oltre ad operare una *restitutio in integrum* nei confronti della vittima ricorrente e a corrisponderle un'equa soddisfazione, di regola di carattere pecuniario, lo Stato condannato dovrà adottare le 'misure generali' eventualmente indicate dalla Corte, per prevenire future violazioni analoghe a quella accertata in sentenza.

Questi brevi cenni al meccanismo di controllo della CEDU, affidato alla Corte di Strasburgo, sono funzionali alla comprensione del significato della sentenza 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a. c. Italia*, con cui la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione, in relazione alle condizioni di sovraffollamento carcerario. Si tratta del provvedimento, di provenienza dal sistema europeo dei diritti fondamentali, che più ha inciso, negli ultimi anni, sulle scelte sanzionatorie del legislatore italiano, incentivando, tra l'altro, l'adozione di atti normativi, volti a riformare il sistema sanzionatorio e penitenziario, nel senso di favorire la 'decarcerizzazione' e potenziare il ricorso alle misure alternative alla detenzione.

La c.d. sentenza *Torreggiani* è una sentenza pilota, vale a dire una sentenza adottata all'esito di una procedura, a cui la Corte EDU può ricorrere per far fronte ad un elevato numero di ricorsi 'ripetitivi', derivanti da problemi sistemici degli ordinamenti interni degli Stati convenuti, che li rendano durevolmente incompatibili con i principi della Convenzione. Nel caso di specie, si trattava delle condizioni di sovraffollamento delle carceri italiane, che, già riconosciute in contrasto con l'art. 3 CEDU, nel caso *Sulejmanovic c. Italia*, con sentenza della Corte EDU del 16 luglio 2009, proprio per effetto di tale riconoscimento – e corrispondente riparazione pecuniaria disposta in favore del ricorrente – venivano fatte oggetto di centinaia di ricorsi di detenuti italiani ai giudici di Strasburgo. Con la sentenza pilota *Torreggiani*, dunque, la Corte ha esaminato il caso di sette ricorrenti (*Torreggiani* ed altri sei), riconoscendo nei loro confronti la violazione dell'art. 3 CEDU, e ha rinviato l'esame dei casi simili alla scadenza del termine di un anno – decorrente dal momento in cui la sentenza stessa sarebbe divenuta definitiva –, nell'arco del quale lo Stato italiano, condannato, avrebbe dovuto adottare le misure di carattere generale, idonee ad allineare il proprio sistema alla Convenzione e, dunque, ad evitare allo stesso ulteriori condanne per la medesima perdurante violazione.

In particolare, nei confronti dei sette ricorrenti la Corte ha applicato i principi già enunciati nel caso *Sulejmanovic* e in altre occasioni. Sul presupposto di quanto affermato dal *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti* (CPT) del Consiglio d'Europa, che suggerisce, quale superficie minima per una cella di detenzione, la misura di 7 m² per persona, riconoscendo che un sovraffollamento grave si pone, di per sé, in contrasto con l'art. 3 CEDU, la Corte ha, cioè, affermato che la disponibilità, per i detenuti, di uno spazio personale inferiore ai 3 m² costituisce, automaticamente, una violazione dell'art. 3 CEDU, senza che sia necessario svolgere ulteriori accertamenti su altre condizioni della detenzione, che verranno, invece, in rilievo, nei casi in cui lo spazio vitale per detenuto, inferiore ai 7 m², indicati dal CPT come soglia 'dignitosa', sia, però, superiore ai 3 m².

Sul piano – più interessante ai nostri fini – delle 'misure generali', disposte a carico dell'Italia, per eliminare l'incompatibilità sistemica dell'ordinamento interno con la CEDU, la Corte ha, innanzitutto, rilevato la necessità, per lo Stato italiano, di dotarsi di un rimedio *idoneo* contro le violazioni in questione, che potesse operare come un'effettiva via 'interna', da esperire prima dell'eventuale ricorso alla Corte medesima, non essendo considerato tale il reclamo al magistrato di sorveglianza, previsto dall'art. 35 ord. pen., allora in vigore; la stessa Corte ha, poi, fornito alcune indicazioni sulle misure da adottare per eliminare il problema strutturale del sovraffollamento carcerario, pur riconoscendo che esse dovessero essere rimesse, nello specifico, alla valutazione discrezionale delle autorità italiane. Le indicazioni fornite dalla Corte vanno nella direzione del ricorso più ampio possibile alle misure alternative alla detenzione e all'adozione di accorgimenti per ridurre la crescita della popolazione carceraria.

A proposito delle ricadute della sentenza *Torreggiani* nell'ordinamento interno, va detto che la questione dei rimedi da introdurre rispetto al sovraffollamento carcerario era già all'ordine del giorno negli anni immediatamente precedenti. Nel 2010, a seguito della dichiarazione della c.d. 'emergenza carceri', ad opera del Governo, venne approvato un piano penitenziario straordinario. In attuazione del 'piano carceri', furono, quindi, adottati una serie di provvedimenti normativi, tra cui ricordiamo:

la legge n. 199 del 2010 (c.d. “svuota-carceri”); il d.l. n. 211 del 2011, convertito con modificazioni in legge n. 9 del 2012.

Non può negarsi, tuttavia, che la questione in esame abbia ricevuto uno stimolo decisivo proprio dalla pronuncia Torreggiani della Corte EDU, a seguito della quale sono stati realizzati diversi interventi normativi volti, per un verso, a ridurre il flusso dei detenuti in ingresso e ad ampliare quello dei detenuti in uscita dal carcere, e, per altro verso, a predisporre un più efficace sistema interno di tutela dei diritti dei detenuti. Si pensi alle misure adottate nell'immediato con i decreti legge n. 69 del 2013 (convertito in legge n. 98 del 2013), n. 78 del 2013 (convertito in legge n. 94 del 2013), n. 146 del 2013 (convertito in legge n. 10 del 2014) e n. 92 del 2014, convertito in legge n. 117 del 2014, nonché alla legge n. 67 del 2014.

Tra di esse meritano di essere richiamate, innanzitutto, quelle introdotte dal d.l. n. 146 del 2013, vale a dire: l'istituto della ‘liberazione anticipata speciale’; la stabilizzazione della misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai 18 mesi (introdotta in via provvisoria dalla legge n. 199 del 2010); il controllo elettronico in caso di arresto o detenzione domiciliare; un potenziamento dell'espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva; la modifica dell'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990, con la previsione della figura autonoma di reato dello “spaccio” di lieve entità, così sottratta al bilanciamento delle circostanze (in materia verrebbe in rilievo anche la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, di cui – per brevità - non possiamo occuparci); e, infine, l'introduzione, all'art. 35 bis ord. pen., del reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza, quale via di ricorso interna (anche) per i pregiudizi derivanti dal sovraffollamento carcerario, che va ad affiancarsi al reclamo generico, di cui all'art. 35 ord. pen., indirizzabile anche al Garante nazionale dei detenuti, istituito con il medesimo provvedimento.

Un cenno va fatto, poi, all'introduzione, con il d.l. n. 92 del 2014, di un rimedio di tipo compensativo, all'art. 35 ter ord. pen. Come indicato nella rubrica, si tratta di una nuova ipotesi di risarcimento del danno, operante in favore di chi abbia subito un pregiudizio derivante da condizioni detentive tali da violare l'articolo 3 della Convenzione, così come interpretato dai giudici di Strasburgo. Il risarcimento può consistere in una riparazione in forma specifica o monetaria, a seconda che la violazione superi o meno i quindici giorni: al detenuto sarà, infatti, riconosciuta una riduzione di pena detentiva pari ad un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito, nel caso in cui la violazione sia durata più di quindici giorni; nel caso in cui la violazione, invece, sia stata inferiore ai quindici giorni o la detrazione di pena non sia interamente possibile, al richiedente spetterà una somma di denaro pari a 8 euro per ogni giorno di detenzione in condizioni inumane e degradanti. Qualora il soggetto abbia subito il pregiudizio in custodia cautelare (che non sia computabile come pena da espiare) o abbia già espiato la pena detentiva, l'azione potrà essere proposta al tribunale civile entro sei mesi dal termine della detenzione o custodia cautelare.

Infine, un chiaro intento deflattivo è ravvisabile anche nella legge n. 67 del 2014, contenente deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e depenalizzazione – deleghe eseguite con i decreti legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016 – e la previsione degli istituti della sospensione del processo con messa alla prova per maggiorenni e della sospensione del procedimento per gli irreperibili.

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Le sezioni Unite sanciscono la compatibilità dell'art. 131 *bis* c.p. con i reati di pericolo presunto. Il difficile *discrimen* tra offensività in concreto e particolare tenuità.

VINCENZO GIORDANO

ABSTRACT

The paper focuses on describing two Supreme Court decisions about the relationship between de minimis defense (art. 131 bis c.p.) and traffic laws offenses, such as driving when intoxicated and breathalyzer refusal, in Italian criminal law. Finally, the author discusses problematic issues about de minimis defense and harm principle, such as if degree of liability should be taken into consideration by judges as for above-mentioned assessment.

1. Le Sezioni unite¹ affrontano la questione problematica, concernente la compatibilità dell'art. 131 *bis* c.p. con i reati che presentano soglie di punibilità e con i reati istantanei di mero rifiuto, fattispecie riconducibili alla categoria dei reati di pericolo presunto.

Si tratta di due pronunce, dalla motivazione in parte identica, che cercano di fornire alla giurisprudenza di merito una visione di fondo per ricostruire l'istituto della particolare tenuità del fatto, anche al fine di superare un'iniziale diffidenza giudiziale verso tale novità legislativa².

La sentenza delle Sezioni unite si preoccupa, quindi, di individuare la *ratio* dell'istituto, indicando al giudice di merito il criterio di orientamento nella prospettiva di valorizzare la deflazione sanzionatoria, sottesa all'art. 131 *bis* c.p., nel giudizio *ex post*³.

La questione specifica ha riguardato la possibilità applicativa dell'art. 131 *bis* c.p. rispetto al reato di guida in stato di ebbrezza e al reato di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcoli metrici, entrambi disciplinati dall'art. 186 del codice della strada.

La norma fissa il principio secondo il quale è vietato guidare in stato di ebbrezza conseguente all'assunzione di sostanze alcoliche. Il comma secondo punisce la violazione di questo principio, graduando la risposta punitiva in correlazione alla percentuale di alcool riscontrata nel sangue⁴, individuando un illecito amministrativo in corrispondenza della soglia prevista dalla lettera *a* e, successivamente, due illeciti penali alle lettere *b* – *c*, in scala di progressiva gravità.

¹ Cass. pen. Sez. Unite, 25 febbraio 2016, nn. 13681 e 13682, pubblicate in *Cass. pen.* 2016, con nota di M. B. MAGRO, *Il giudizio della Corte di Cassazione: l'esiguità del pericolo nei reati strutturati secondo soglie progressive di punibilità*, 4090 ss.

² Cfr. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 662 ss.

³ In termini simili R. BARTOLI, *Particolare tenuità del fatto- La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, in *Giur. It.*, 2016, 1729 ss.

⁴ La definizione legale di stato di ebbrezza è fondata sulla quantità di alcool presente nel sangue dell'individuo. Il legislatore fonda lo stato di ebbrezza quindi non sulla quantità di alcool ingerita bensì sulla quantità assorbita.

Il settimo comma, invece, punisce con la medesima sanzione, individuata dalla lettera *c* del comma due, il soggetto che meramente rifiuta di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici, previsti dai commi 3, 4 o 5.

2. In entrambe le pronunce la Corte di cassazione ripercorre le perplessità avanzate dalle ordinanze di rimessione⁵.

La prima delle due ordinanze ha sostenuto la tesi dell'incompatibilità della valutazione di particolare tenuità rispetto al reato di guida in stato di ebbrezza⁶.

In primo luogo, è stato valorizzato un argomento di tipo pragmatico. Vi sarebbe, infatti, un'irragionevole disparità di trattamento tra colui il quale commette un fatto tenue riconducibile alla prima soglia di punibilità, che individua un illecito amministrativo, e viceversa il soggetto che commette un fatto tenue, sussumibile nelle due diverse soglie di rilevanza penale. Nel primo caso, l'autore non potrebbe usufruire dell'art. 131 *bis* c.p., subendo, quindi, una sanzione amministrativa; nel secondo caso il soggetto, che comunque commette un fatto di maggiore gravità, non subirebbe alcuna conseguenza sanzionatoria attraverso l'applicazione della causa di esclusione della punibilità.

Tale disparità è aggravata dalla considerazione secondo cui il giudice non potrebbe neanche applicare le sanzioni amministrative accessorie, come la sospensione della patente di guida, perché, diversamente da quanto in precedenza sostenuto⁷, tali sanzioni richiedono necessariamente una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti.

All'argomento di tipo pragmatico, si aggiunge la questione dommatica. Le soglie di punibilità previste dall'art. 186 c.d.s., per come formulate, ossia in ottica graduale, già distinguono i vari gradi di offensività, motivo per il quale, se il giudice applicasse l'art. 131 *bis* c.p., si sostituirebbe ostinatamente al legislatore, violando il principio della separazione dei poteri.

D'altronde, secondo la Corte il bene giuridico protetto dalla norma si rinviene nella sicurezza della circolazione stradale e non nella vita o incolumità individuale. Rispetto a tale bene non è possibile ontologicamente alcuna forma di graduazione dell'offesa e non possono neanche valutarsi le modalità della condotta di guida, in quanto il legislatore individua due circostanze aggravanti per i casi di maggiore dannosità sociale (guida in orario notturno e causazione di un incidente stradale).

La seconda delle due ordinanze citate declina una argomentazione simile rispetto alla contravvenzione prevista dal settimo comma dell'art. 186 c.d.s.

La condotta di rifiuto oggetto della fattispecie in esame costituisce una condotta sempre uguale a se stessa. Rappresenta un reato istantaneo rispetto al quale non è possibile alcuna forma di graduazione dell'offensività, viepiù che il bene giuridico tutelato dalla norma è da individuarsi nel regolare andamento dei controlli di polizia, rispetto al quale è inibita qualsiasi graduazione dell'offesa.

⁵ Si tratta delle ordinanze n. 49824 e 49825 del 3 dicembre 2015 della quarta sezione della Corte di cassazione, entrambe pubblicate in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di G. ALBERTI, *Guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi agli accertamento alcolimetrici: applicabile l'art. 131 bis c.p.? La parola alle Sezioni Unite*, 15 febbraio 2016.

⁶ Cfr. E. ANDOLFATTO, *Le sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo art. 131 bis c.p. alle contravvenzioni stradali (art. 186, commi II e VII c.d.s.)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 aprile 2016.

⁷ Il riferimento è alla sentenza della Cass. pen., Sez. V, 9 settembre 2015, n. 44132, in <http://www.giustizia.it>.

3. La Corte disattende le valutazioni contenute in entrambe le ordinanze, sostenendo la piena compatibilità dell'art. 131 *bis* c.p. con entrambe le contravvenzioni stradali.

Nel sostenere tale conclusione, la Corte ricostruisce la natura giuridica del nuovo istituto.

Si tratta, in particolare, di un'innovazione di diritto penale sostanziale, che disciplina l'esclusione della punibilità e che reca disciplina più favorevole. La norma, quindi, deve trovare applicazione in senso retroattivo ai sensi dell'art. 2 comma 4.

Tale ricostruzione giuridica è funzionale a sostenere l'applicazione di ufficio da parte della Corte di cassazione, anche in caso di ricorso inammissibile, purchè ovviamente si tratti di questione concernente l'applicazione di una legge penale sopravvenuta più favorevole.

Nel caso in cui, inoltre, risulti palese la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi formali dell'art. 131 *bis* c.p. è possibile per la Cassazione, giudice della mera legittimità, applicare direttamente l'art. 131 *bis* c.p. attraverso il viatico dell'art. 620, co. 1, let. *l* c.p.p., con una pronuncia di annullamento senza rinvio. In tali situazioni, la sentenza è adottata ai sensi dell'art. 129 c.p.p., norma dalla natura sistemica che individua una regola di condotta per il giudice.

Conclusivamente, «quando la sentenza impugnata sia anteriore alla novella, l'applicazione dell'istituto nel giudizio di legittimità va ritenuta o esclusa senza che si debba rinviare il processo nella sede di merito. Ove esistano le condizioni di legge, l'epilogo decisorio è costituito, alla luce di quanto esposto ed alla stregua dell'art. 620 c.p.p. e art. 129 c.p.p., da pronuncia di annullamento senza rinvio perché l'imputato non è punibile a causa della particolare tenuità del fatto»⁸.

In merito alla natura giuridica si supera, pertanto, definitivamente quell'orientamento giurisprudenziale minoritario secondo il quale l'art. 131 *bis* c.p. avrebbe introdotto una causa di improcedibilità di natura processuale⁹.

È interessante osservare, per motivi di completezza, come, secondo una ulteriore tesi dottrinale¹⁰, l'art. 131 *bis* c.p. si trovi a metà strada tra le cause di non punibilità in senso stretto ed i cosiddetti limiti istituzionali della punibilità. Rispetto alle prime, anche la particolare tenuità non fa venir meno l'illiceità del fatto, come dimostra la disciplina processuale, e fornisce rilevanza al comportamento del soggetto, seppur antecedente alla commissione del reato. Rispetto ai limiti istituzionali di punibilità¹¹, invece, anche qui il legislatore compie una valutazione di politica criminale in astratto, in virtù della quale si esclude la punibilità della condotta criminosa.

La natura sostanziale dell'istituto, ad ogni modo, è affermata dalla dottrina dominante, la quale valorizza, in particolar modo, la collocazione sistematica della norma, inserita nel titolo quinto del libro primo, cioè immediatamente prima delle norme che disciplinano l'applicazione della pena;

⁸ Punto 3 della sent. 13681 del 2016.

⁹ La tesi è stata sostenuta ad esempio dalla sentenza della Cass. pen., Sent. V, 11 febbraio 2016, n. 5800, in <http://www.giustizia.it>.

¹⁰ G. ROSSI, *Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 538.

¹¹ La categoria è stata elaborata da D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 291 ss.

nell'intento di sottolineare quindi l'esigenza dell'accertamento di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, rispetto al quale, per motivazioni di politica criminale, il legislatore si astiene dalla punizione¹².

3.1. Il maggiore sforzo argomentativo della sentenza è volto ad individuare il crinale distintivo tra l'istituto della particolare tenuità ed il principio di offensività. Secondo le Sezioni unite è stato proprio questo l'errore originario delle ordinanze di remissione, ossia l'aver confuso e distinto i due piani dommatici.

«Il principio costituzionale di offensività, dalle potenzialità ancora inesprese, impone all'interprete di adattare le norme alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili soltanto a fatti concretamente offensivi. I beni giuridici e la loro offesa costituiscono la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che renda visibile la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto. Tra i molteplici significati compatibili con la lettera della legge, l'interprete dovrà ritenere fuori dal tipo incriminato i fatti non offensivi dell'interesse protetto»¹³.

Con queste parole la Corte delinea il principio di offensività, il quale attiene all'essere o al non essere del reato, al piano della selezione categoriale; in sostanza l'offensività riguarda il piano della tipicità.

Le Sezioni unite distinguono offensività e tenuità, anche per rispondere alle perplessità di quella parte della dottrina, che aveva evidenziato il rischio di una eccessiva compressione dell'area di inoffensività a favore di una agevole applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.¹⁴.

L'art. 131 *bis* c.p., differentemente, è legato ad esigenze di proporzione ed *extrema ratio*, da leggere in combinato disposto con le pretese di deflazione processuale. Esso rappresenta un istituto che attiene al piano del bisogno della pena, richiedendo necessariamente una prospettiva di indagine concreta¹⁵.

Si rinviene una conferma della natura giuridica dell'art. 131 *bis* c.p., come causa di esclusione della punibilità in senso stretto da valutarsi in concreto ed *ex post* – dopo aver accertato la tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza –, anche nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale nel caso Taricco, in cui la Corte differenzia la prescrizione, attinente alla dimensione normativa ed astratta della punibilità e, quindi, al piano della meritevolezza della pena, proprio dalla particolare tenuità che, invece, si ricollega al piano del bisogno di pena¹⁶.

Di conseguenza, la norma richiede una valutazione globale della fattispecie concreta, come si evince dal richiamo all'art. 133 co. 1 c.p., che non si limiti al mero piano del disvalore di evento.

¹² V. per tutti C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 658 ss.

¹³ Punto 5 della sent. 13681 del 2016. Riecheggiano in queste parole gli insegnamenti di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Bologna, 2015, 185 ss.

¹⁴ Soprattutto T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 4 aprile 2015, 1.

¹⁵ Critico rispetto alla distinzione, di origine tedesca tra meritevolezza di pena e bisogna di pena K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco: parte generale*, Padova, 1993 il quale sostiene che se la funzione della pena influenza la conformazione dell'illecito, già sul piano astratto non dovrebbero punirsi fatti che non abbisognano di pena.

¹⁶ Si tratta della ordinanza della Cass. pen., III sez., 8 luglio 2016, n. 28346, pubblicata su www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 luglio 2016.

Non esiste, secondo la Corte, una offesa tenue in chiave archetipica, non esiste una limitazione tipologica dei reati sottoponibili all'art. 131 *bis* c.p.: qualunque reato può essere tenue, anche l'omicidio, si legge nella sentenza, quando, ad esempio, la condotta abbrevia la vita di un uomo soltanto di pochi minuti.

Questo dato è confermato anche dall'argomento letterale: il legislatore individua specificamente i reati per i quali è esclusa la valutazione di particolare tenuità e tra essi non ricomprende i reati di pericolo presunto ed i reati con soglie di punibilità.

Tale impostazione è confermata, d'altronde, dal richiamo alle modalità della condotta.

La normativa non s'interessa, di conseguenza, della fattispecie legale bensì del fatto concreto per come si è concretamente manifestato. Il fatto particolarmente tenue deve essere individuato secondo un giudizio caratterizzato da tre categorie di indicatori: modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo, il grado della colpevolezza. Quest'affermazione costituisce il filo conduttore di tutta la sentenza, motivo per il quale è ripetuta in più punti.

«Si è qui entro la distinzione tra fatto legale, tipico, e fatto storico, situazione reale ed irripetibile costituita da tutti gli elementi di fatto concretamente posti in essere dall'agente; secondo l'insegnamento espresso nella pagina fondativa del fatto nella teoria generale del reato»¹⁷.

L'art 131 *bis* c.p., evidentemente, si riferisce al fatto storico, pertanto nessuna limitazione tipologica, oltre quelle espressamente previste, è immaginabile.

«Dunque pure nei reati senza offesa, di disobbedienza, o comunque poveri di tratti descrittivi, contrassegnati da una mera omissione o da un mero rifiuto, la valutazione richiesta dalla legge è possibile e doverosa, dovendosi considerare la concreta manifestazione del fatto illecito».

La tesi dell'ordinanza di remissione, invece, condurrebbe paradossalmente ad escludere l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. proprio verso quei reati bagattellari impropri¹⁸ avuti di mira dalla riforma. Valorizzando, invece, la prospettiva globale e concreta richiesta dalla norma, tale tipologia di fatti bagattellari andrà esente da pena tutte le volte in cui il disvalore complessivo della fattispecie, individuato alla stregua dei tre indicatori citati, sia particolarmente tenue.

3.2. Il fulcro della valutazione di particolare tenuità, secondo l'immagine fornita dalle sezioni Unite, è rappresentato da una sinergia di tre indicatori: il disvalore di evento, il disvalore di azione ed il grado della colpevolezza.

Proprio in merito a quest'ultimo parametro non vi era una uniformità di vedute sia in dottrina che in giurisprudenza, a fronte del rischio di subordinare l'applicazione dell'istituto a complesse indagini psicologiche.

Secondo le Sezioni unite, invece, il richiamo all'art. 133 co. 1 c.p. operato dall'art 131 *bis* c.p. conferma quest'argomentazione.

Tale richiamo impone al giudice di valutare anche l'intensità del dolo e il grado della colpa.

¹⁷ Punto 6 della sent. 13681 del 2016.

¹⁸ Per una disamina dei reati bagattellari e la loro distinzione tra propri ed impropri vedi S. MOCCIA, *La tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 97 ss.

Si legge in sentenza come nonostante la riforma abbia mostrato di preferire i tratti oggettivi del reato, «è pur vero che ormai è dimostrato che l'elemento soggettivo del reato penetra nella tipicità oggettiva»¹⁹. Ciò è particolarmente chiaro nella colpa, aderendo alla teoria della doppia misura della colpa, ma anche nel dolo condotta e colpevolezza s'intrecciano.

D'altronde, la dottrina della colpevolezza è troppo connessa con il tema del bisogno della pena perché se ne possa prescindere.

La possibilità di valutare il grado della colpevolezza consente di svolgere una valutazione di particolare tenuità anche rispetto a reati caratterizzati da una descrizione tipica carente.

Attraverso tali argomentazioni la Corte sembra riprendere la teoria della doppia collocazione di dolo e colpa, quali elementi costitutivi del fatto tipico e quali oggetto del giudizio di colpevolezza²⁰.

Pur essendo assolutamente apprezzabile il riferimento, non è corretto dedurre dal ruolo costitutivo dell'elemento soggettivo nell'ambito del fatto tipico, la necessità di valutare il grado della colpevolezza ai fini della particolare tenuità *ex art. 131 bis c.p.*, in quanto, occorre ribadire, differente è la funzione che la fattispecie soggettiva svolge ai fini del fatto tipico rispetto al giudizio di colpevolezza²¹. All'interno del fatto, dolo e colpa svolgono un ruolo costitutivo della conformità al tipo, in cui si esaurisce senza residui il loro valore empirico-descrittivo. Rispetto alla colpevolezza, dolo e colpa svolgono invece la funzione di delimitare l'oggetto del rimprovero: questo può dirigersi soltanto verso chi ha realizzato un dolosamente o colposamente un fatto penalmente illecito.

Tuttavia, per la Corte resta fondamentale l'osservazione in quanto essa è funzionale alle valutazioni che seguono. Nessuno dei tre indicatori, infatti, assume prevalenza rispetto agli altri ed il giudizio di particolare tenuità è esplicabile anche laddove uno dei tre indicatori sia di segno contrario.

Rispetto all'entità del danno o del pericolo non possono svolgersi preclusioni in via astratta.

L'ordinanza nega la possibilità di graduare l'offesa nei reati di pericolo presunto, in cui sono presenti soglie di punibilità e, nello specifico, verso il reato di guida in stato di ebbrezza, in cui il bene giuridico, la sicurezza della circolazione, non ammette tale tipo di valutazioni.

L'esiguità del disvalore, invece, secondo le Sezioni unite, è frutto di una valutazione congiunta degli indicatori afferenti alla condotta, al danno ed alla colpevolezza. I vari indicatori potranno ben avere segno opposto tra loro, dovendo il giudice valutarli e bilanciarli.

La valutazione inerente all'entità del danno o del pericolo non è, quindi, da sola sufficiente a fondare o escludere il giudizio di tenuità ed è proprio questa la differenza con il principio di offensività, che viceversa si limita ad osservare il disvalore di evento.

Il legislatore, d'altronde, non ha escluso l'applicabilità della norma quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante. Questo dimostra la necessità di una valutazione congiunta dei tre indicatori, in ossequio alla concezione gradualistica del reato²².

¹⁹ Punto 8 della sent. 13681 del 2016.

²⁰ Per tale teoria e le sue implicazioni v. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016, 485 ss.

²¹ Sul punto vedi paragrafo 4.2.

²² Per i riferimenti a tale concezione v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 210.

3.3. Chiarita la logica che governa l'art. 131 *bis* c.p. ed i parametri ai sensi dei quali compiere il giudizio di particolare tenuità, si affronta ora la questione sollevata dalla prima ordinanza di rimessione, concernente i reati con soglie di punibilità.

Rispetto al reato di guida in stato di ebbrezza, il superamento della soglia di rilevanza penale, secondo le sezioni Unite, coglie soltanto il minimo disvalore. Ciò non esclude la possibilità per il giudice di valutare uno scollamento minimo dalla soglia minima in chiave di particolare tenuità, tenuto conto di tutti gli indicatori citati.

Riprendendo le parole della sentenza Longoni, le soglie di punibilità attengono al piano della selezione categoriale mentre «la particolare tenuità conduce ad un vaglio tra le epifanie nella dimensione effettuale, secondo il paradigma della sussidiarietà in concreto»²³.

La valutazione di tenuità rispetto ai reati soglia potrà aversi sia nel caso in cui il superamento sia minimo, sia nel caso in cui la valutazione di tenuità derivi da altre componenti del reato.

Le Sezioni unite ritengono illuminante l'esempio dell'agente, che in grave stato di alterazione alcolica, rientrando perfino nella terza soglia di punibilità, quella di approfondimento dell'offesa o di ulteriore gravità, si pone alla guida di un'auto in un parcheggio isolato, spostandola di qualche metro: questo è un esempio in cui, pur superando di molto la soglia minima di rilevanza, il fatto assume una particolare tenuità alla luce di una valutazione complessiva.

In seguito a queste considerazioni la Corte affronta la problematica compatibilità dell'art 131 *bis* c.p. con i reati di pericolo presunto.

Si tratta di reati in cui il legislatore individua comportamenti contrassegnati, alla stregua di informazioni scientifiche o di comune esperienza, dall'attitudine ad aggredire il bene giuridico, iniziando al giudice qualsiasi indagine sulla concreta pericolosità. Si tratta di illeciti, secondo le sezioni Unite, intimamente connessi al concetto di pericolosità che, grazie all'utilizzo del canone scientifico, rispettano il principio di tassatività, eliminando gli spazi di eccessiva discrezionalità connessi alla necessità di accertare in concreto il pericolo.

Accertata la situazione tipica, tuttavia, residua uno spazio in cui il giudice può apprezzare in concreto, «al solo fine della ponderazione in ordine alla gravità dell'illecito»²⁴, lo sfondo fattuale in cui si esplica la manifestazione del reato, ed il pericolo percorso dal bene giuridico.

Le sezioni Unite sembrano, in questo punto, recuperare una valutazione di pericolosità in concreto ma soltanto ai fini della ponderazione della gravità del reato, attraverso il parametro della modalità della condotta.

Ad esempio, in materia ambientale, non è indifferente se l'irregolare scarico di acque reflue avvenga nel territorio urbano oppure in un luogo deserto, privo di connessione con oggetti pertinenti alla tutela ambientale: nel secondo caso, pur sussistendo l'offesa tipica, sarà di particolare tenuità il fatto in concreto, alla luce delle modalità della condotta e dello sfondo fattuale in cui s'inseriscono.

Traslando questo discorso sul reato di guida in stato di ebbrezza, la sentenza individua il bene giuridico protetto dalla norma non nella sicurezza della circolazione stradale, che costituisce la *ratio*

²³ Punto 4.4 della sent. della Cass. pen., Sez. IV, 2 novembre 2015, n. 44132, pubblicata in *Giur. It.* 2016, con nota di G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. si applica ai reati con soglie di punibilità*, 709 ss.

²⁴ Punto 11 della sent. 13681 del 2016.

di tutela, bensì nella vita e nell'incolumità individuale, come confermato dal co. 2 *bis* dell'art. 186 e dall'art. 222 c.d.s. Il giudice dovrà valutare se la condotta del soggetto abbia generato un contesto concretamente pericoloso per tali beni, al fine di individuare una dimensione di concreta particolare tenuità.

3.4. Stabilita la piena compatibilità tra il reato di guida in stato di ebbrezza e l'art. 131 *bis* c.p., le sezioni Unite passano ad esaminare le critiche circa una irragionevole disparità di trattamento tra un illecito amministrativo tenue ed il reato di particolare tenuità.

Il dato che la seconda soglia di punibilità distingue un illecito amministrativo da un reato non è di ostacolo - secondo la sentenza - all'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. L'illecito amministrativo, infatti, è dotato di autonomia ontologica, funzionale e normativa e, pertanto, nessuna comparazione può essere effettuata rispetto ad un reato. Nessuna irragionevolezza, quindi, si rinviene nella diversità di trattamento tra il fatto tenue soggetto ad illecito amministrativo ed il fatto tenue soggetto alla disciplina penale, trattandosi di fatti non comparabili.

Rappresenta questo il passaggio più veloce della sentenza, consapevole forse la medesima Corte dell'evidente disparità sanzionatoria.

Questione più complessa è quella relativa alle sanzioni amministrative accessorie.

A riguardo, le Sezioni unite richiamano la tesi della sentenza Longoni che, valorizzando l'art. 186 c.d.s. nella parte in cui prevede che dall'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida, è pervenuta all'affermazione secondo cui il giudice penale, pure quando applichi l'art. 131 *bis* c.p. possa comunque irrogare le sanzioni accessorie. Se è così, ad essere errata sarebbe la tesi dell'ordinanza di rimessione, secondo cui non è possibile applicare nessuna sanzione accessoria, essendo necessaria una sentenza di condanna.

La soluzione della questione va ricercata all'interno del microsistema delineato dal codice della strada.

Dall'esame della disciplina è rinvenibile il principio secondo il quale, in assenza di una formale sentenza di condanna o di proscioglimento, le sanzioni amministrative «riprendono la loro autonomia ed entrano nella sfera di competenza dell'amministrazione pubblica»²⁵.

Tale principio è specificatamente previsto in relazione alla pronuncia di prescrizione ma, secondo le sezioni Unite, è espressione di un principio generale. Pertanto, nessuna preclusione rispetto all'applicazione della sanzione amministrative accessorie deriva dal proscioglimento per particolare tenuità del fatto: in omaggio al principio di autonomia delle sanzioni amministrative a seguito dell'estinzione del reato, il giudice trasmetterà gli atti all'autorità competente.

3.5. Ulteriore tema affrontato è quello dell'abitudine del comportamento. L'imputato, infatti, nel caso di specie, ha subito condanne per reati in tema di immigrazione clandestina, guida in stato di ebbrezza, guida senza patente, uso di atto falso e violazione dell'obbligo di fermarsi in caso di incidente. Per questo motivo la Corte s'interroga sulla portata del secondo indice-criterio individuato dal legislatore.

²⁵ Punto 13 della sent. 13681 del 2016.

Il comportamento è abituale, secondo il dettato dell'art. 131 *bis* c.p., nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali, e reiterate.

L'elencazione compiuta, nell'interpretazione delle sezioni Unite, difforme rispetto a quella fornita nella relazione al decreto legislativo, è di natura tassativa. Il significato delle espressioni utilizzate deve essere ricercato all'interno del sistema dell'art. 131 *bis* c.p., senza, quindi, adoperare categorie tradizionali²⁶.

Le Sezioni unite sostengono che la norma intenda escludere l'applicazione del nuovo istituto verso i comportamenti seriali. Ciò chiarito, si soffermano sul requisito dei più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto isolatamente considerato sia di particolare tenuità.

Intorno suddetta espressione si sono delineati due orientamenti interpretativi.

Secondo il primo orientamento²⁷ i più reati della stessa indole devono essere accertati in relazione al procedimento oggetto del giudizio, non potendosi valutare i precedenti giudiziari, mentre secondo altro orientamento²⁸ la norma si apre alla rilevanza proprio dei precedenti giudiziari.

Le Sezioni unite accolgono entrambe le impostazioni.

«La serialità ostativa si realizza quando l'autore faccia seguire a due reati della stessa indole un'ulteriore analoga condotta illecita»²⁹.

I reati potranno essere già oggetto di condanne irrevocabile, ovvero anche reati accertati precedentemente ai sensi proprio dell'art. 131 *bis* c.p.³⁰, così come, però, potranno essere tutti al cospetto del giudice, che potrà valutarne prima l'esistenza e poi la rilevanza.

S'introduce, in questo modo, un limite soggettivo che però risulta distonico rispetto alla logica oggettiva della particolare tenuità, incentivando valutazioni sul tipo di autore³¹.

Rispetto alle condotte plurime, abituali e reiterate sicuramente il riferimento corre ai reati abituali. I termini plurime e reiterati non sono, però, meri sinonimi bensì evocano situazioni differenti. Secondo le Sezioni unite, si fa riferimento a fattispecie concrete nelle quali si sia in presenza di ripetute e distinte condotte implicate nello sviluppo degli accadimenti.

Alla luce di questa valutazioni, le Sezioni unite giungono a ritenere che, seppur non vada esclusa la compatibilità tra il reato di guida in stato di ebbrezza e l'istituto della particolare tenuità del fatto, l'imputato, nel caso in esame, non possa beneficiare della causa di non punibilità in quanto ha precedentemente commesso più reati della stessa indole³².

²⁶ Anche un recidivo, quindi, potrebbe usufruire dell'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.

²⁷ Tesi sostenuta da R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., 668.

²⁸ Tesi sostenuta da Cass. pen., Sez. III, 2 luglio 2015, in *CED Cass.*, n. 27885/2015.

²⁹ Punto 14 della sent. 13681 del 2016.

³⁰ È proprio questo, secondo le Sezioni unite, il senso di prevedere un meccanismo di casellario giudiziale anche per i fatti di particolare tenuità.

³¹ Condivide questa valutazione R. BARTOLI, *Particolare tenuità del fatto*, cit., 1739.

³² La Corte in questo caso adopera una nozione sostanziale di indole, valorizzando il requisito del medesimo bene giuridico violato dai precedenti reati.

3.6. Rispetto al reato previsto dal co. 7 dell'art. 186 c.d.s., l'ordinanza di rimessione nega la possibilità di applicare l'istituto della particolare tenuità.

Le Sezioni unite rigettano quest'argomentazione. Non è possibile una lettura disgiunta del reato in esame con il reato di guida in stato di ebbrezza, tanto è vero che entrambi sono previsti dalla medesima disposizione ed addirittura il trattamento sanzionatorio è individuato dal settimo comma con un rinvio al secondo comma.

Il rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici non costituisce, allora, una mera disobbedienza ma «un rifiuto connesso a condotte di guida indiziate di essere gravemente irregolari e tipicamente pericolose, il cui accertamento è disciplinato da procedure di cui il sanzionato rifiuto costituisce solamente la deliberata elusione»³³.

La connessione con il reato di guida in stato di ebbrezza, rispetto al quale è possibile valutare la pericolosità concreta dello sfondo fattuale, ai fini del giudizio ex art. 131 *bis* c.p., consente allora anche verso il reato previsto dal comma 7 la valutazione di rischiosità del contesto nel quale l'illecito s'iscrive. Si ricordi come la Corte abbia già chiarito come sia consentita anche verso i reati senza offesa, di mera disobbedienza, contrassegnati da un mero rifiuto una valutazione di particolare tenuità tenuto conto della concreta manifestazione del fatto illecito.

La Corte è, tuttavia, consapevole che, anche se possono variare le modalità della condotta, ad esse consegue, nel reato in esame, sempre un rifiuto che offende in maniera identica il bene giuridico. Ecco perché la Corte si preoccupa di chiarire il rapporto tra il rifiuto ed il reato di guida in stato di ebbrezza. La valutazione di pericolosità s'incentra comunque sempre sulla condotta di guida. In altri termini, la Corte equipara il rifiuto allo stato di ebbrezza accertato e concentra la valutazione di pericolosità sulla condotta di guida.

Nel caso di specie, l'imputato presentava forte alito vinoso, difficoltà di espressione, eloquio sconnesso, sintomi di un grave stato di alterazione alcolica; difficoltà nei movimenti, stato confusionale, equilibrio precario, andatura barcollante. Dopo essere stato sottoposto al test qualitativo preliminare, il cui esito è stato positivo, il soggetto ha rifiutato di sottoporsi all'alcoltest. Secondo le Sezioni unite tale rifiuto è stato deliberato e motivato dall'esito dell'indagine preliminare. La vera motivazione forse si ritrova in altra espressione della Corte. Si aggiunge, infatti, sul finale, che lo stato di alterazione era «tanto marcato da consentire agevoli deduzioni sulla pericolosità della condotta di guida»³⁴. Il rifiuto viene equiparato presuntivamente ad uno stato di alterazione alcolica accertato, il che consente di spostare la valutazione di particolare tenuità non più sulla condotta di rifiuto bensì sulla condotta di guida.

La sostanziale equiparazione presuntiva del rifiuto al sottoporsi all'alcool test con uno stato di alcolemia tecnicamente accertato rappresenta una operazione in conflitto con la maggior parte dei principi costituzionali che governano il diritto penale, soprattutto laddove si considera che esiste la metodi alternativi per accertare, anche in caso di rifiuto, lo stato del soggetto³⁵.

³³ Punto 10 della sent. 13682 del 2016.

³⁴ Punto 11 della sent. 13682 del 2016.

³⁵ Per non considerare poi i profili di criticità che il reato presenta sia con l'art. 32 Cost. che con l'art. 6 Cedu. In altri termini il reato previsto dal settimo comma rappresenta una classica ipotesi di violazione formale che non dovrebbe

4. La sentenza muove dall'esigenza di distinguere nettamente il giudizio di offensività, rilevante ai fini della tipicità ai sensi dell'art. 49 co. 2 c.p., dal giudizio di tenuità, rilevante ai fini della categoria della punibilità. Si tratta di due giudizi da svolgere in momenti diversi, secondo parametri diversi e con effetti diversi.

Il reato impossibile per inidoneità dell'azione³⁶ ricorre all'esito di un giudizio squisitamente oggettivo, incentrato sul disvalore di evento; la particolare tenuità, invece, è frutto di una valutazione più complessa concernente la tenuità dell'offesa, dal disvalore di azione e dal grado di colpevolezza, oltre che alla non abitudine del comportamento.

In questo modo, è attribuito al potere giudiziario la possibilità di contribuire alla realizzazione del principio di sussidiarietà in concreto sia attraverso la figura del reato impossibile (il fatto non sussiste) sia attraverso l'art 131 *bis* c.p. (l'autore non è punibile), attuando la funzione di integrazione sociale della pena.

La Corte, in questo modo, cerca di rispondere alle preoccupazioni espresse da chi teme che il nuovo istituto depotenzi il principio di offensività. Nella prassi applicativa, in realtà, questo depotenziamento è già in atto³⁷, anche a causa di possibili crisi di rigetto insite nella nuova causa di non punibilità.

In effetti, dietro l'operazione giuridica compiuta dalla Corte si annidano due rischi differenti.

In particolare, nella stessa sentenza della Corte emerge un pericolo, a nostro parere da evitare, ossia quella di legittimare istituti e reati privi di dignità costituzionale.

La Corte, nel suo *iter* argomentativo, discorre, con una certa disinvoltura, di reati di pericolo presunto e di reati senza offesa, declinando il giudizio di tenuità attraverso le coordinate della modalità della condotta e del grado di colpevolezza. Tuttavia, la valutazione preliminare da farsi rispetto a tali istituti dovrebbe essere quella in merito alla loro legittimità costituzionale alla stregua dei paradigmi dell'offensività, della sussidiarietà e della funzione della pena in senso di integrazione sociale³⁸. Non vorremmo, in altri termini, che l'apprezzabile sforzo di rinvenire un ambito applicativo anche rispetto a questi reati per la valutazione di particolare tenuità, releghi nel dimenticatoio lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza³⁹ affinché, invece, tali reati siano destinati ad altri rami dell'ordinamento, o almeno il tentativo di recuperare una offesa.

Il rischio, in altri termini, è utilizzare l'art. 131 *bis* c.p. come strumento di legittimazione indiretta di prassi legislative distorte. Non si può adoperare lo strumento della deflazione in concreto al

trovare ingresso in un sistema costituzionale caratterizzato dai principi di sussidiarietà, offensività e personalità della responsabilità penale.

³⁶ Per la dottrina che ha riconosciuto nell'art. 49 co. 2 il fondamento codicistico del principio di offensività v. C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959; M. GALLO, *Dolo*, in *Enc. dir. XIII*, Milano, 1964, 750 ss.; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.

³⁷ R. BARTOLI, *Particolare tenuità del fatto*, cit., cita una sentenza in cui è stato ritenuto di particolare tenuità, e non inoffensivo, il fatto di un uomo che, rovistando all'interno di una discarica, aveva cercato di impossessarsi di oggetti privi di valore, consistenti in due articoli di bigiotteria, un braccialetto di plastica e in un orologio non funzionante, tra l'altro senza riuscirvi.

³⁸ Per la tesi dell'incompatibilità di tutti i reati di pericolo astratto, comunque denominati, con i principi di un diritto costituzionale del fatto teleologicamente orientato a prospettive di integrazione sociale, v in maniera magistrale S. MOC- CIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 185 ss.

³⁹ Per la ricostruzione di tale percorso v. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

fine di surrogare l'inerzia del legislatore verso interventi di depenalizzazione già in astratto, ben più ampi del recente d. lgs. 8 del 2016.

È un meccanismo già conosciuto quello per il quale criticità in merito alla legittimità costituzionale di molte specie di reati siano superate attraverso lo slittamento del problema nella fase sanzionatoria, come ad esempio è accaduto con il concorso apparente di norme o con il reato continuato, i quali adoperati ben oltre i loro confini naturali, hanno costituito la risposta pratica al problema della ipertrofia delle fattispecie incriminatrici e della loro scadente tecnica redattiva, in disprezzo al principio costituzionale di determinatezza. Si tratta di una tendenza tipica di un diritto penale postmoderno, incapace di elaborare soluzioni trasversali e sistemiche.

In questo caso si perderebbe una importante occasione, oltre che un faticoso, ma ancora attuale percorso giuridico volto alla valorizzazione del principio di offensività contro l'eccessiva anticipazione della tutela penale.

Il secondo rischio concerne, invece, una sorta di involontaria eterogenesi dei fini dell'art. 131 *bis* c.p.

Bisogna preliminarmente considerare che, come chiarito anche dalla Corte costituzionale, l'art. 49 co. 1 c.p. non si applica soltanto ai fatti privi di un valore offensivo, ma anche ai fatti con un valore offensivo minimo (ma non tenue)⁴⁰.

Basti pensare che la Corte costituzionale, sotto la vigenza dell'art 73 T.U. n. 309/1990, vecchia formulazione, rispetto ai casi di detenzione di stupefacenti in quantità superiore a quella per uso personale, aveva ritenuto che la valutazione dell'offensività in concreto può portare ad escludere la rilevanza penale nei casi di «eccedenza accertata di modesta entità rispetto al limite soglia»⁴¹.

L'esegesi delle Sezioni unite, allora, rischia di condurre ad esiti paradossali.

In particolare, l'art. 131 *bis* c.p., nato come forma di depenalizzazione in concreto, finisce per ampliare l'area del penalmente rilevante in quanto la particolare tenuità del fatto non è un istituto ad applicazione generalizzata, come l'art. 49 co. 2 c.p., bensì ad applicazione limitata dal compasso editale ed anche da parametri soggettivi, come la abitudine del comportamento. Nello stesso caso in esame la Corte riconosce la particolare tenuità ma non può applicare l'art 131 *bis* c.p. perché l'imputato ha due precedenti giudiziari della stessa indole⁴².

Si ricordi come la Corte costituzionale, dalla nota sentenza 360/1995⁴³, abbia legittimato i reati di pericolo presunto, sottolineando la necessità, però, che anche in concreto l'offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, forgiando la nota dicotomia offensività in astratto ed offensività in concreto. Ed allora, con il ragionamento della Corte di cassazione, il rischio è sostituire a tale dicotomia la differente coppia offensività in astratto – particolare tenuità in concreto –, con conseguente espansione dell'area della punibilità.

⁴⁰ Cfr. A. LAGO, *Art. 49 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G.L. GATTA, Milano, 2015 766 ss. e la giurisprudenza costituzionale ivi segnalata.

⁴¹ Corte costituzionale, 11 luglio 1991, n. 333, in <http://www.giustizia.it>.

⁴² Rischio che era stato anticipato da T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 1 ss.

⁴³ La sentenza è pubblicata in *G. Cost.* 1995, 2668 ss.

Con questo non si vuol negare una certa difficoltà concettuale a distinguere in maniera netta offensività in astratto, offensività in concreto e particolare tenuità; tuttavia si vuole sottolineare e stigmatizzare un percorso inverso a quello immaginato dal legislatore.

Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, rispetto, ad esempio, ai reati di pericolo presunto, il primo problema da porsi è la legittimità costituzionale. In secondo luogo, poi, verificare in concreto almeno un grado minimo di offensività e, soltanto dopo tali tentativi, passare a valutare la particolare tenuità.

Le Sezioni unite, come visto, rispetto ai reati di pericolo presunto a condotta pericolosa, come sembrerebbe essere il reato di guida in stato di ebbrezza, ritengono che l'accertamento della condotta conforme al tipo esaurisce l'accertamento della pericolosità ai fini della tipicità. Il giudizio di tenuità, invece, dovrà estrinsecarsi tenendo in considerazione le modalità concrete della condotta ed il contesto fattuale concomitante, in modo tale da poter effettivamente verificare un minimo grado di pericolosità concreta, da valutare poi come tenue.

Secondo autorevole dottrina, il tentativo di concretizzare i reati di pericolo presunto al solo fine di compiere il giudizio di tenuità è da apprezzare. In particolare, la concretizzazione del pericolo attraverso l'offensività determina «indubbiamente una manipolazione giudiziale della tipicità, con problemi per il rispetto del principio di legalità»⁴⁴. Diversamente, concretizzare il pericolo presunto attraverso il 131 *bis* c.p. permette di porre il giudice a riparo da critiche sul versante della legalità. In particolare, in questo modo il giudice compie un giudizio concreto, volto a valorizzare lo sfondo fattuale, al fine non di escludere la tipicità per assenza di offensività, bensì al fine di accertare la particolare tenuità in concreto.

Tuttavia, le stesse considerazioni espresse dalla Corte in merito al reato di guida in stato di ebbrezza, possono, a nostro avviso, essere recuperate già ai fini dell'offensività. Se il bene giuridico protetto dalla norma è in ultima analisi la vita, come sembra corretto essere, e se è possibile valutare, oltre il superamento delle soglie di punibilità, una concreta pericolosità per tali bene, questa valutazione dovrebbe potersi compiere già in sede di tipicità, per verificare se la condotta dell'agente abbia posto in essere un pericolo concreto per il bene giuridico protetto.

Soltanto qualora tale operazione dia esito positivo, con la sussistenza di un pericolo concreto, inteso come disvalore di evento, sarà possibile compiere una indagine in merito alla particolare tenuità che coinvolga il disvalore di evento ed il grado della colpevolezza, secondo la ricostruzione delle Sezioni unite.

Pertanto, dalle considerazioni espresse emergono due vie alternative: o il reato di guida in stato di ebbrezza è un reato di pericolo presunto ed il problema diviene la legittimità della figura, ovvero non si tratta di un pericolo presunto perché è possibile recuperare una dimensione di offesa verso il bene giuridico vita, ed allora il problema diviene l'applicazione del principio di offensività prima ancora dell'art. 131 *bis* c.p..

Il problema s'intreccia con la difficoltà ad individuare la struttura del reato di guida in stato di ebbrezza.

⁴⁴ Il riferimento è ancora una volta a R. BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 1735.

Nell'esame della giurisprudenza emerge una contraddizione di fondo. Non è chiaro, infatti, se il superamento delle soglie sia l'evento del reato o sia solo una condizione del pericolo che l'art. 186 tende a prevenire⁴⁵.

In alcune sentenze si parla di pericolo astratto che si perfeziona anche se la condotta di guida non abbia procurato alcun concreto pericolo alla sicurezza stradale⁴⁶. Altre decisioni, invece, qualificano l'art. 186 c.d.s. come reato funzione o ostacolo, che afferisce alla protezione di beni finali. In questo secondo caso, il superamento delle soglie non costituisce più l'evento dell'illecito, bensì una sorta di condizione di pericolosità tipizzata dal legislatore nell'ambito di illeciti a forma vincolata.

Il problema è strettamente connesso con gli adempimenti probatori ed il ruolo dell'accertamento strumentale tecnico-deduttivo. Secondo la giurisprudenza⁴⁷, tale accertamento fornisce una presunzione *iuris et de iure* della pericolosità, senza possibilità di prova contraria per l'imputato. Diversamente, nel caso in cui l'accertamento strumentale fornisca esito negativo, il giudice potrà comunque accertare lo stato di ebbrezza attraverso un metodo induttivo-sintomatico.

Accogliendo la seconda impostazione, la prova deduttiva resta una prova cardine, ma ben può essere integrata da altre prove che consentano, ad esempio, di dimostrare che, nonostante l'esito del test, il conducente si trovava in condizioni psicofisiche ottimali, non in termini di prova contraria bensì di una comune dislocazione dell'onere della prova.

Tale lettura, secondo un autorevole orientamento dottrinale, potrebbe allora aiutare a configurare gli illeciti di guida in stato di ebbrezza come reato in forma vincolata, in cui è presente una condotta (circolazione alla guida di un veicolo), un *sub* evento (superamento delle soglie di alcolemia) e un evento di pericolo astratto/concreto (il decadimento delle condizioni psicofisiche).

Tale alternativa ricostruzione, al di là del merito, dimostra come sia necessario in primo luogo soffermarsi ed interrogarsi sulla struttura dei reati onde verificare, ove possibile, se davvero sussista un reato di pericolo presunto oppure se sia possibile, senza violare i canoni di una interpretazione conforme al principio di legalità⁴⁸, recuperare una dimensione concreta dell'offesa.

4.1. Le sezioni Unite ricostruiscono la valutazione di particolare tenuità attraverso tre indicatori, tra cui includono il grado della colpevolezza, argomentando attraverso il richiamo all'art. 133 co. 1 c.p.

Nel panorama dottrinale chi si è occupato del tema non è, tuttavia, certo che il grado della colpevolezza costituisca un parametro richiesto dall'art. 131 *bis* c.p.

Secondo autorevole dottrina⁴⁹, l'utilizzo del termine offesa (particolare tenuità dell'offesa) e non del termine fatto, come accade invece nel diritto minorile e nel sistema di competenza del giudice di pace, è frutto di una precisa scelta del legislatore, volta ad escludere proprio il richiamo al grado

⁴⁵ Per l'esame della giurisprudenza sul punto cfr. G. LOSAPPIO, *Art. 186 codice della strada*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. L. GATTA, Milano, 2015, 2494 ss.

⁴⁶ Cass. pen., Sez. IV, 10 marzo 2012, n. 46441, in <http://www.giustizia.it>.

⁴⁷ Da ultimo cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 2013, n. 39490, in <http://www.giustizia.it>.

⁴⁸ Cfr. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza e tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 60 ss.

⁴⁹ La tesi è sostenuta da A. GULLO, *Art. 131 bis*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. L. GATTA, Milano, 2015, 1953.

della colpevolezza (ricompreso, invece, negli altri due casi). Dovrebbero, dunque, essere escluse dal concetto di offesa valutazioni relative al grado della colpevolezza, se non nel senso, sottolineato dalla relazione al decreto, di rilevanza del coefficiente soggettivo nella misura in cui dolo e colpa si riverberino sulla modalità della condotta. È questo, secondo tale tesi, il significato da attribuire al richiamo dell'art 133 co. 1 c.p. Non potrà, pertanto, ad esempio, dinanzi ad una offesa tenue, escludersi la particolare tenuità perché l'agente agisce con un dolo particolarmente intenso.

Il tema è forse tra i più complessi in materia di depenalizzazione, come dimostrano gli orientamenti dottrinali.

In via di estrema sintesi⁵⁰, rispetto a tale problema, si è sostenuto che⁵¹, nel trattamento dell'esiguità dell'illecito penale, privilegiare i profili concernenti la dimensione obiettiva dell'illecito può condurre la prassi ad una discutibile sovrapposizione dell'esiguità penale proprio con l'istituto della inoffensività e per questo motivo si suggerisce la necessaria considerazione e valutazione dei profili inerenti il grado di colpevolezza, unico vero parametro in grado di distinguere le due ipotesi.

In maniera differente, altra proposta volta ad individuare il trattamento adeguato delle microviolazioni non autonome, ritiene che il grado della colpevolezza possa svolgere una funzione soltanto nell'individuazione del trattamento sanzionatorio individuale, all'interno comunque di un'area di rilevanza penale⁵².

Infine, in via mediata si pongono quelle teorie che, pur richiedendo la considerazione dei tre indicatori del disvalore di evento, disvalore di azione e grado della colpevolezza, ritengono che sia necessaria una gerarchia tra gli stessi, in cui sia da privilegiare il parametro del disvalore di evento, adoperando gli ulteriori due indici in chiave meramente confermativa e non autonoma⁵³.

Le opzioni teoriche descritte, assolutamente valide in una prospettiva *de iure condendo*, hanno estrema difficoltà a rapportarsi al dettato dell'art. 131 *bis* c.p.

La norma, frutto di una consolidata ormai tendenza alla sciatteria legislativa, adopera svariati criteri per individuare la particolare tenuità, dalla cornice edittale, alla particolare tenuità dell'offesa, sino alla non abitualità del comportamento. Sono presenti numerosi richiami a profili estranei alla dimensione dell'offesa, come la modalità della condotta, l'aver agito per motivi abietti o futili, che escludono la particolare tenuità ai sensi del secondo comma, o la dichiarazione di abitualità nel reato. Si tratta di elementi eterogenei, sia di natura soggettiva che oggettiva, semplicemente elencati, senza alcuna gerarchia e senza alcun coordinamento.

Dinanzi ad un tale dato legislativo è sostanzialmente impossibile individuare una precisa *ratio* da valorizzare nel momento applicativo, motivo per il quale non è possibile escludere anche il grado della colpevolezza dal perimetro dell'art. 131 *bis* c.p.

⁵⁰ Si rinvia per una completa ed esauriente illustrazione delle opzioni in materia di depenalizzazione a C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e de criminalizzazione del sistema penale*, Padova, 1985.

⁵¹ Il richiamo è a G. DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, 889 ss.

⁵² Il riferimento è a S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio*, cit., 97 ss.

⁵³ Cfr. C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., 735 ss.

Ciò che pertanto urge sottolineare, piuttosto che interventi giudiziali di ortopedia ermeneutica, è l'incapacità della norma a svolgere un corretto ruolo di deflazione in concreto, anche a causa dell'assenza di un preciso modello normativo, il che trasforma l'art. 131 *bis* c.p. in una clausola in bianco per l'interprete che può condurre, come visto, ad esiti paradossali.

Da valutare in maniera assolutamente negativa, infine, sono le contaminazioni del giudizio di particolare tenuità con valutazioni sul tipo di autore. Queste interferenze sono già presenti nella norma, nella parte in cui esclude la non abitualità del comportamento rispetto ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza, e sono accentuate dalla interpretazione delle sezioni Unite che ritengono integrato il requisito dell'aver commesso più reati della stessa indole, ostativo all'applicazione della causa di non punibilità, anche laddove l'imputato abbia dei precedenti giudiziari⁵⁴.

Si tratta di giudizi incompatibili con un diritto penale costituzionale del fatto e che contribuiscono in maniera determinante a quell'effetto paradossale di espansione dell'area della punibilità.

4.2. Uno dei nodi problematici risolti in maniera meno convincente dalla sentenza è quello relativo al trattamento sanzionatorio ed al rapporto con l'illecito amministrativo.

La Corte, riprendendo un noto precedente del 2012⁵⁵, ha sostenuto l'autonomia dell'illecito amministrativo, caratterizzato da regole proprie che contrassegnano il suo disvalore.

Nel 2012, infatti, le Sezioni unite negarono la possibilità di applicare l'art. 2 co. 4 in un caso di depenalizzazione, proprio sul presupposto dell'assenza, nell'illecito amministrativo, di un'area di disvalore penale.

Riprendendo tali argomentazioni, la sentenza in commento nega una disparità di trattamento tra illecito amministrativo tenue e reato tenue in quanto entità non comparabile. D'altronde, la possibilità di applicare, tramite la rimessione degli atti all'autorità amministrativa, la sanzione accessoria della sospensione della patente smussa la disparità di trattamento sanzionatorio.

La soluzione, pur tentando una interpretazione ragionevole, si dimostra fragile dal punto di vista normativo.

Appare evidente, infatti, l'evidente irragionevolezza di un sistema che ad un soggetto che presenti una situazione di ebbrezza minore commina una sanzione amministrativa compresa tra euro 527 ed euro 2.108, oltre che alla sospensione della patente, mentre ad un soggetto con un quantitativo maggiore di alcool nel sangue infligge semplicemente la sanzione accessoria.

La questione diviene ancor più problematica rispetto a quei reati, diversi dalla guida in stato di ebbrezza, che pur presentando un sistema di soglie crescenti, non contemplano sanzioni amministrative accessorie.

⁵⁴ Sottolinea l'incompatibilità tra giudizi di tenuità del fatto e giudizi di innocuità dell'autore, fonte inoltre di crisi della certezza del diritto C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., 734.

⁵⁵ Cass. pen., sez. Un., 29 marzo 2012, n. 25457 in <http://www.giustizia.it>.

Infine, non è affatto chiaro se la norma valorizzata dalle Sezioni unite, ossia l'art. 224 co. 3 c.d.s., la quale prevede che in caso di declaratoria di prescrizione le sanzioni amministrative riprendano la loro autonomia, costituisca effettivamente un principio generale. Qualora non fosse così, l'operazione si sostanzierebbe in una analogia *contra reum*⁵⁶.

Per lenire tale irragionevolezza, parte della dottrina⁵⁷ ha proposto una soluzione che, facendo leva sul rapporto di specialità sussistente tra i reati previsti dalle diverse soglie di punibilità, consenta al giudice penale che dichiari il proscioglimento per particolare tenuità del fatto di rimettere gli atti alla pubblica autorità affinché, però, applichi non la sanzione amministrativa accessoria, bensì il trattamento sanzionatorio previsto per il meno grave illecito amministrativo.

Tale soluzione troverebbe un riscontro esterno nel recente d. lgs. 8 del 2016, il quale, in tema di depenalizzazione di alcuni reati, ha previsto con norma apposita la possibilità di applicare le nuove sanzioni amministrative introdotte anche ai fatti commessi anteriormente, al fine di evitare una *abolitio criminis*.

Per quanto ispirata da un chiaro intento equitativo, una siffatta operazione contrasta con il principio di legalità stabilito per l'illecito amministrativo dall'art. 1 l. 689 del 1981, in quanto punisce un fatto che non è previsto dalla legge come illecito amministrativo⁵⁸.

Per tale motivo la soluzione delle sezioni Unite, ad ordinamento invariato, resta forse la più convincente, fermo restando, invece, il notevole interesse per quelle proposte volte ad introdurre anche per l'illecito amministrativo una norma analoga all'art. 131 *bis* c.p.⁵⁹.

⁵⁶ Concorde G. AMARELLI, *Le sezioni unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 787.

⁵⁷ Propongono tale soluzione sia G. AMARELLI *Le sezioni unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, cit., 788, sia R. BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 1736, con l'unica differenza che il primo ritiene che tale soluzione valga esclusivamente per i rapporti tra illecito amministrativo e reato, mentre il secondo ritiene l'ipotesi praticabile anche per le soglie che distinguono due reati dalla gravità diversa.

⁵⁸ Inoltre andrebbe comunque dimostrato che la regola prevista dal d. lgs. 8 del 2016 sia espressione di un principio generale e non, invece, una norma eccezionale che deroghi essa ad un principio generale.

⁵⁹ La proposta è di G. AMARELLI, *Le sezioni unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, cit., 789.

Retroattività favorevole e sospensione del processo con messa alla prova: quando il “diritto vivente” è nemico dei diritti fondamentali

RAFFAELE MUZZICA

ABSTRACT

Italian well - established case-law applies tempus regit actum principle to probation for adult offenders, in compliance with Constitutional Court and European Court of Human Rights decisions. The paper aims at highlighting weak points and inconsistency of such case-law and it puts forth a different point of view about lex mitior retroactivity and probation. Finally, the paper sheds some light on a different de jure condendo perspective about probation as suspending punishment instead of suspending trial.

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sulla sospensione del processo con messa alla prova. – 2. Il *quid iuris* della sentenza in commento: retroattività favorevole e natura dell’istituto. – 3. La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo caso Scoppola o un nuovo caso Morabito? – 4. La sospensione del processo con messa alla prova come trattamento sanzionatorio. – 4.1. Un’interpretazione alternativa: la sospensione del processo non ha natura “esclusivamente” processuale. – 5. Un ulteriore problema: è costituzionalmente legittima una “cripto-pena”? . – 6. Conclusioni e prospettive *de jure condendo*.

1. La l. 28 aprile 2014, n. 67¹ ha introdotto, attraverso una novellazione multipla² sia nel codice penale che nel codice di rito, la sospensione del processo con messa alla prova anche per imputati già

¹ Per maggiori approfondimenti sull’istituto cfr. V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 giugno 2014; L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, 1755 ss.; L. BARTOLI, *La “novità” della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 dicembre 2015; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in www.archiviopenale.it; A. NAPPI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all’impegno degli interpreti*, in www.la legislazione penale.eu.

² La legge inserisce nel codice penale gli articoli 168 *bis*, 168 *ter*, 168 *quater*; nel codice di procedura penale gli articoli da 464 *bis* a 464 *nonies*; nelle norme di attuazione di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale sono inseriti gli articoli 141 *bis* e 141 *ter*; sono previste, inoltre, modifiche di coordinamento al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti (D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313).

maggioresi alla data di commissione del fatto³, sul modello della *probation* anglosassone di tipo giudiziale⁴ e sulla falsariga dell'omonimo istituto di diritto penale minorile.

L'imputato può chiedere per i reati puniti con pena edittale⁵ non superiore nel massimo a quattro anni e i delitti *ex art.* 550 c.p.p. che il procedimento/processo resti sospeso per un dato periodo di tempo, in cui è sottoposto ad un programma di trattamento elaborato dall'Ufficio Esecuzione Penale Esterna (cd. U.E.P.E) e approvato dal giudice. Dal punto di vista soggettivo, l'art. 168 *bis* co. 4 e 5 c.p. nega la concedibilità della sospensione per più di una volta ed esclude dal suo ambito applicativo i delinquenti e contravventori abituali, i delinquenti professionali e per tendenza (artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.). La recidiva non è considerata un testuale limite soggettivo all'operatività dell'istituto: una corretta individuazione delle sue finalità prevalenti può sicuramente contribuire a risolvere il quesito giuridico circa la sua eventuale attrazione nell'ambito di efficacia della messa alla prova. Una finalità di recupero sociale della messa alla prova potrebbe, ad esempio, addirittura orientare verso un'applicazione privilegiata per il delinquente recidivo, il quale mostra maggiore necessità di un trattamento "alternativo" alla giustizia ordinaria⁶.

L'U.E.P.E., dopo l'indagine socio-familiare redige il progetto, acquisendo il consenso dell'imputato e l'adesione dell'ente o del soggetto presso il quale l'imputato sarà chiamato a svolgere il programma di trattamento. Nell'indagine l'ufficio compie un vero e proprio studio di fattibilità della *probation* e riferisce specificamente sulle possibilità economiche dell'imputato, sulla capacità e sulla possibilità di svolgere attività riparatorie nonché sulla possibilità di svolgimento di attività di mediazione, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio. Il programma può prevedere, in modo non tassativo, modalità di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile, sotto la supervisione e l'affidamento del servizio sociale.

Il programma, la cui durata è fissata dal giudice nell'arco del limite massimo previsto per legge, può implicare la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché ove possibile il risarcimento del danno dallo stesso cagionato, attività di volontariato di rilievo sociale e l'osservanza di prescrizioni comportamentali. La messa alla prova è sempre subordinata inoltre allo svolgimento di lavori di pubblica utilità (art. 168 *bis* c.p.)⁷. Se il

³ La giurisprudenza è concorde nel ritenere applicabile la *probation* minorile anche agli imputati minorenni all'epoca della commissione del fatto ma divenuti maggiorenti al momento della concessione della misura (Cass. Pen., sez. IV, n. 4 aprile 2003 n. 23864 (dep. 30 aprile 2003), P.M. in proc. Orlati, Rv. 225587; Cass. Pen., sez. I, 20 gennaio 1994 n. 323 (dep. 23 marzo 1994), P.M. in proc. Marchese, Rv. 198710; Cass. Pen., sez. V, 5 luglio 1992 n. 1405 (dep. 6 agosto 1992), p.m. in proc. Diana, Rv. 191626).

⁴ Nel diritto statunitense "*probation is a court-ordered period of correctional supervision in the community, generally as an alternative to incarceration. In some cases, probation can be a combined sentence of incarceration followed by a period of community supervision.*" L.M. MARUSCHAK - E. PARKS, *Probation and Parole in the United States*, Bureau of Justice Statistics, novembre 2012.

⁵ Recentemente Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, si sono espresse sulla non computabilità delle circostanze aggravanti ai fini dell'individuazione del limite edittale. Cfr. I. GUERINI, In claris (non) fit interpretatio? *Le Sezioni unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 novembre 2016.

⁶ Su questa riflessione sia consentito rinviare a R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?* in *Processo penale e giustizia*, III, 2015, 165.

⁷ Sull'analisi dei singoli potenziali contenuti del programma, sia consentito rinviare a R. MUZZICA, *op. cit.*, 166 ss.

giudice, valutando la relazione conclusiva stilata dall'U.E.P.E., accerta il buon esito della prova san-
cisce con sentenza in un'apposita udienza di cui dovrà essere dato avviso alle parti e alla persona
offesa l'estinzione del reato quale conseguenza automatica della misura, ferme restando le sanzioni
amministrative accessorie eventualmente previste dalla legge. In caso di esito negativo, il giudice con
ordinanza dispone la ripresa del processo.

L'interesse del penalista di estrazione sostanziale verso questa innovazione normativa si giusti-
fica perché «l'istituto della messa alla prova [...] rappresenta [...] un assurdo politico e istituzionale
prima ancora che dogmatico»⁸. Le molteplici contraddizioni di cui esso è connotato evidenziano,
infatti, una disarmonia sistemica⁹, che non facilita né la prassi applicativa, né il consenso sociale dei
consociati intorno alla nuova previsione legislativa. Le notevolissime criticità, sia di diritto sostan-
ziale che di diritto processuale, si traducono in differenti dubbi di legittimità costituzionale, come
emerge dalle molteplici ordinanze di remissione alla Corte costituzionale attualmente pendenti¹⁰.
D'altro canto, la problematicità dell'istituto nonostante la sua breve vita è dimostrata dal fatto che la
sospensione del processo con messa alla prova conta già due pronunce della Corte Costituzionale –
di cui una, la Corte cost. 7 ottobre 2015, n. 240 proprio sul tema oggetto del presente contributo¹¹ e
l'altra, Corte cost. sent. 21 luglio 2016, n. 201 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.
460, comma 1, lett. e) c.p.p., per contrasto con l'art. 24 Cost., «nella parte in cui non prevede che il
decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'op-
posizione la sospensione del procedimento con messa alla prova» – e ben due pronunce delle Sezioni
unite nel 2016¹².

Al contempo, però, l'interesse del penalista sostanziale è corroborato dal fatto che la sospen-
sione del processo con messa alla prova è un istituto dai fortunatissimi esiti pratici.

Come si evince dai dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia¹³, al 30 novembre 2016 le
indagini esplorative per la concessione della sospensione del processo con messa alla prova sono
11.708 mentre i processi attualmente sospesi sono 9.046. Al 31 ottobre 2016 le indagini esplorative
ammontavano a 11.185 mentre i processi sospesi erano 8.894. Esattamente l'anno precedente, al 30
novembre 2015, le indagini per messa alla prova erano 9.416 ed i procedimenti/processi sospesi
6.234. Come è possibile evidenziare, si tratta di un *trend* in costante crescita che rende quello della
sospensione del processo con messa alla prova un istituto problematico con cui anche il penalista di
estrazione sostanziale deve “fare i conti”.

⁸ G. RICCIO, *L'editoriale*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, 2015, 1, 9.

⁹ P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in Daniele - Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, 2015, 183.

¹⁰ Su queste, cfr. J. DELLA TORRE, *I dubbi di legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordi-
nanze di remissione alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 febbraio 2016.

¹¹ Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 240, in *Cass. pen.* 2016, 1482 s., con nota di J. DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*; cfr. F. CENTO-
RAME, *Applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova: “pollice verso” della Consulta*, in *Cass. pen.*, 9,
2016, 3236 ss.

¹² Si tratta delle Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli prima citate e Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n.
33216, Rigacci sulla non immediata ricorribilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di ammissione alla sospensione.

¹³ I dati sono liberamente consultabili in www.giustizia.it.

2. La Quarta sezione della Corte di Cassazione, nella sentenza del 30 settembre 2016 n. 40907 è chiamata ad affrontare il problema dell'applicazione retroattiva della sospensione del processo con messa alla prova. La questione, tuttavia, non viene in considerazione dal punto di vista sostanziale, ovverosia nel senso dell'applicazione dell'istituto a fatti commessi antecedentemente all'entrata in vigore della legge 67 del 2014. Ciò è considerato pacifico, dato l'effetto favorevole della causa di estinzione del reato ad esso correlato e, stante a quanto è constatato in giurisprudenza, tale aspetto non è mai stato considerato problematico.

Il tema dell'applicazione retroattiva dell'istituto affrontato dalla sentenza in commento involge invece l'aspetto processuale del problema: ovvero si tratta della possibilità di applicare la sospensione del processo con messa alla prova ai processi in corso in cui è già stato aperto il dibattimento che, ai sensi dell'art. 464 *bis* c.p.p., segna il termine ultimo entro il quale è possibile formulare la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova.

La Corte di cassazione esclude nettamente che la messa alla prova possa avere tale portata retroattiva, sulla base di un orientamento consolidato del diritto vivente, tant'è che il motivo di ricorso è rigettato in quanto "manifestamente infondato". La tesi della giurisprudenza di legittimità, avallata anche dalla Corte costituzionale 240 del 2015, è quella di ritenere inammissibile la richiesta tardiva di sospensione, anche se la dichiarazione di apertura del dibattimento è anteriore all'entrata in vigore della legge 67 del 2014. Già la Quarta sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza del 9 luglio 2014, n. 30559, aveva rimesso alle Sezioni Unite¹⁴ la questione relativa al regime intertemporale della nuova normativa, riconoscendo la natura ibrida dell'istituto oltre che la sua duplicità teleologica, a metà tra recupero sociale e deflazione processuale, quale causa di estinzione del reato, ma strettamente connessa ad un rito premiale. Testualmente l'ordinanza di remissione affermava che «*il nuovo istituto ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di messa alla prova*».

A distanza di pochi giorni dall'ordinanza di remissione, in occasione di altra pronuncia, la Corte di cassazione¹⁵ ritenne di dover escludere l'estensione della nuova disciplina ai processi in corso, quanto meno con riferimento a quelli giunti in grado di impugnazione. Anche in tale pronuncia il dato essenziale posto in luce sembra proprio la qualificazione del nuovo istituto nella sua veste preminente di rito alternativo premiale il quale, anche in relazione ai presupposti applicativi, resta regolato dunque dalla disciplina processuale. Il beneficio estintivo è intrinsecamente collegato all'opzione di rito iniziale, destinata in quanto tale ad essere disciplinata dal tradizionale canone del *tempus regit actum*.

Circa le ragioni a sostegno di un siffatto orientamento la Corte di cassazione nella sentenza in commento non si discosta dal diritto vivente, valorizzando in primo luogo l'argomento teleologico rappresentato dalla predominanza della finalità deflattiva del dibattimento che animerebbe la sospensione del processo con messa alla prova. Tale finalità induce l'interprete a ritenere, pur nella struttura

¹⁴ La questione si è risolta in un nulla di fatto, perché le Sezioni unite hanno dichiarato inammissibile il ricorso per intervenuta prescrizione.

¹⁵ Cass. pen., sez. fer., 31 luglio 2014 (dep. 13 agosto 2014), n. 35717, in www.giustizia.it.

ibrida dell'istituto, prevalente la sua natura processuale, con conseguente applicazione del criterio del *tempus regit actum*.

In secondo luogo, la Corte di cassazione, richiamandosi espressamente agli orientamenti consolidati, valorizza la constatata assenza di una norma transitoria, nonostante il legislatore sia intervenuto sulla legge 67 del 2014 con la legge 118 del 2014, prevedendo una norma transitoria per il processo *in absentia*, ma non per la sospensione del processo con messa alla prova.

Infine la Corte valorizza un argomento pragmatico, secondo cui la sospensione del processo con messa alla prova sarebbe intrinsecamente incompatibile con un giudizio d'appello. Testualmente la sentenza in esame afferma che «questa Corte di legittimità ha da tempo precisato, infatti, che nel giudizio di appello l'imputato non può chiedere la sospensione del procedimento con la messa alla prova di cui all'art. 168-bis cod. pen., attesa l'incompatibilità del nuovo istituto con il sistema delle impugnazioni e la mancanza di una specifica disciplina transitoria».

Inoltre, la Corte ritiene altresì impossibile fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata circa il tema della applicazione intertemporale della messa alla prova, indicando quale parametro di legalità costituzionale il principio di retroattività della *lex mitior* successiva desumibile dall'art. 7 par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La Corte, anche a tal proposito senza discostarsi dal diritto vivente, ritiene irrilevante nel caso di specie il diritto elaborato dalla Corte EDU. Questo perché, come chiarito altresì dal giudice delle leggi nella sentenza 236 del 2011 il principio della *lex mitior* desunto dall'interpretazione della Corte di Strasburgo attiene alle sole norme che disciplinano i reati e le pene e – secondo la Suprema corte – non è questo il caso della sospensione del processo con messa alla prova.

3. La Suprema corte, dunque, esclude espressamente che la sospensione del processo possa costituire il fondamento per un nuovo caso Scoppola. Come è noto, il caso Scoppola riguardava la sentenza del 17 settembre 2009, emessa dalla Corte EDU nei confronti dell'Italia. Il problema, destinato ad alimentare un'evoluzione giurisprudenziale molto più ampia del prevedibile¹⁶, concerneva la richiesta di Franco Scoppola di essere giudicato con rito abbreviato nel lasso di tempo intercorrente tra l'entrata in vigore della legge Carotti (2 gennaio 2000), che aveva modificato l'art. 442 c.p.p., disponendo la sostituzione dell'ergastolo con la pena temporanea di trent'anni di reclusione in caso di condanna con rito abbreviato, e l'entrata in vigore del d.l. 341/2000 (24 novembre 2000), che all'art. 7 modificava ulteriormente l'art. 442 c.p.p., disponendo – dichiaratamente in via di interpretazione autentica, ma sostanzialmente con una norma di chiara portata innovativa e retroattiva – che tale sostituzione doveva ritenersi applicabile soltanto in relazione alla pena dell'ergastolo senza isolamento diurno, mentre l'ergastolo con isolamento diurno (applicabile segnatamente nel caso di condanna per omicidio aggravato in concorso con altri gravi delitti quale quello contestato a Scoppola) avrebbe dovuto essere sostituito con l'ergastolo semplice.

¹⁶ In relazione alla vicenda del caso Scoppola e dei cosiddetti “fratelli minori” di Scoppola, al netto delle successive evoluzioni in tema di cedevolezza del giudicato, pur profondamente influenzate dalla pronuncia della Corte EDU, cfr. per tutti, F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola* (Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, ric. Erco-lano), in www.penalecontemporaneo.it, 12 maggio 2014.

Come è noto, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto, nel caso Scoppola c. Italia (n. 2) del 17 settembre 2009, che la condanna all'ergastolo di un ricorrente che si trovava in quella situazione fosse contraria, tra l'altro, al principio, desunto dall'art. 7 CEDU, di retroattività della disciplina più favorevole tra tutte quelle in vigore dal momento del fatto a quello della condanna definitiva: disciplina nel caso concreto identificabile nella legge Carotti.

Il principio enunciato dalla Corte EDU ha ben presto travalicato i confini del caso di specie e la Corte di cassazione prima, e quindi la Corte costituzionale, sono state chiamate ad occuparsi anche della posizione di altri condannati che si trovavano nella medesima situazione di Scoppola, ma non avevano all'epoca proposto ricorso alla Corte EDU avverso la rispettiva di condanna all'ergastolo (i cd. "fratelli minori di Scoppola").

La Corte costituzionale, con la sentenza 210 del 2013, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 d.l. 341/2000, che aveva di fatto ripristinato – con effetto retroattivo sui processi in corso – la pena dell'ergastolo nei confronti degli imputati che avevano già formulato richiesta di giudizio abbreviato, aprì la strada alla modifica dei giudicati penali di condanna nei loro confronti, e segnatamente alla rideterminazione della pena in quella di trent'anni di reclusione, secondo i principi enunciati dalla Corte EDU.

Secondo l'interpretazione della Cassazione la sospensione del processo con messa alla prova non può rappresentare un'applicazione del principio enucleato nel caso Scoppola ma la sua vicenda è, piuttosto, assimilabile a quella affrontata dalla Corte europea nella decisione di irricevibilità Morabito c. Italia del 27 aprile 2010, concernente il regime transitorio previsto dal primo comma dall'art. 4-ter d.l. n. 82/2000 in rapporto all'avvenuta soppressione, ad opera della precedente legge Carotti, del requisito del consenso del pubblico ministero al rito abbreviato previsto originariamente dall'art. 438 co. 1 c.p.p., essendosi stabilito in tale norma transitoria che la disciplina di cui al novellato art. 438 co. 1 c.p.p. trovava applicazione in tutti i processi per i quali non fosse stato ancora aperto il dibattimento.

In tale decisione la Corte EDU esclude la violazione dell'art. 6 CEDU nei confronti di un imputato che si era visto originariamente rigettare l'istanza di rito abbreviato per l'opposizione del p.m., e il cui processo era pendente ormai in grado di appello all'entrata in vigore del d.l. 82/2000, con conseguente impossibilità per l'imputato medesimo di avvalersi della possibilità di essere comunque ammesso al rito abbreviato ai sensi della norma transitoria citata.

Ciò in quanto, ad avviso dei giudici europei, l'art. 438 co. 1 c.p.p. (di cui in quella sede si discuteva) doveva essere qualificato come norma di carattere esclusivamente processuale, limitandosi a disciplinare le condizioni di accesso a un rito semplificato, a differenza dell'art. 442 co. 2 c.p.p. di cui si era discusso nel caso Scoppola che, invece, concerneva direttamente la pena che poteva essere inflitta in esito a tale rito.

Dunque, nel caso Scoppola il ricorrente, già ammesso al rito abbreviato, aveva diritto all'applicazione retroattiva della pena più favorevole prevista dall'art. 442 co. 2 c.p.p., il ricorrente Morabito – mai ammesso al rito abbreviato – non poteva dolersi della mancata applicazione retroattiva di una norma meramente processuale e pertanto fisiologicamente soggetta al principio *tempus regit actum*, come appunto l'art. 438 co. 1 c.p.p.

Seguendo le coordinate designate dalla Corte costituzionale nell'epocale sentenza 49 del 2015¹⁷, l'interprete deve interrogarsi circa il carattere consolidato o meno della giurisprudenza CEDU in questione al fine di sondarne la rilevanza. Se per il caso Scoppola la pronuncia in sede di Grande Camera milita a favore del riconoscimento di tale connotato, per il caso Morabito il numero dei propri precedenti richiamati dalla Corte EDU induce ugualmente l'interprete a ritenere che anche il principio ivi enucleato è da considerare "well-established case law". Testualmente la Corte EDU afferma che «comme la Grande Chambre l'a rappelé dans son arrêt Scoppola c. Italie (précité, § 110), la Cour a estimé raisonnable l'application, par les juridictions internes, du principe tempus regit actum en ce qui concerne les lois de procédure (voir, à propos d'une nouvelle réglementation des délais pour l'introduction d'un recours, Mione c. Italie (déc.), no 7856/02, 12 février 2004, et Rasnik c. Italie (déc.), no 45989/06, 10 juillet 2007; voir également Martelli c. Italie (déc.), no 20402/03, 12 avril 2007, concernant la mise en œuvre d'une loi contenant de nouvelles règles en matière d'évaluation des preuves, et Coëme et autres c. Belgique, os 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, §§ 147-149, CEDH 2000-VII, portant sur l'application immédiate aux procédures en cours des lois modifiant les règles de prescription). En revanche, la Convention soumet les dispositions définissant les infractions et les peines qui les répriment à des règles particulières en matière de rétroactivité, qui incluent le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce (Scoppola précité, §§ 109-110)».

4. Una serie di argomentazioni inducono a ritenere non condivisibile la pronuncia della sentenza in commento e, dunque, il diritto vivente a cui essa si conforma.

In primo luogo, non sembra reggere l'argomento teleologico sul quale si incentra l'applicazione del criterio del *tempus regit actum* per quanto concerne la sospensione del processo con messa alla prova. È pur vero che il legislatore ha perso l'occasione di delineare con certezza la finalità unica o prevalente della sospensione del processo con messa alla prova, poiché l'art. 464 *quinquies* comma 3 c.p.p., nello stabilire che il giudice può modificare o integrare il programma durante la sospensione del processo dopo aver ascoltato l'imputato e il pubblico ministero, ne sancisce la facoltà «ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova» senza colmare quello che è un vero e proprio vuoto finalistico¹⁸.

Ciò premesso, la sospensione del processo con messa alla prova non dovrebbe essere intesa come orientata ad una finalità di deflazione processuale, se non altro perché lo stesso procedimento è lungo e farraginoso e sembra tutt'altro che celere, come si desume sia dai dati normativi sia da quelli forniti dalla prassi.

Il dato normativo di per sé implica una serie di passaggi sostanzialmente ineliminabili. Qualora l'istanza di sospensione presentata dall'imputato sia ammissibile, sarà necessario per il giudice rinviare il procedimento (con sospensione della prescrizione soltanto attraverso l'artificio dell'art. 159

¹⁷ F. VIGANÒ, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015; G. CIVELLO, *La sentenza Varvara contro Italia non "vincola" il giudice italiano: dialogo tra Corti o monologhi di Corti?*, in www.archiviopenale.it, 2014, n. 2; A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: questione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?* in www.archivio-penale.it, 2014, n. 2.

¹⁸ Cfr. Relazione n. III/07/2014 del 5.5.2014, 4, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 17, consultabile sul sito www.cortedicassazione.it.

co. 1 n. 3 c.p.) per consentire all'U.E.P.E. di elaborare, d'intesa con l'imputato, il programma di trattamento. Il periodo necessario per tale rinvio varia da ufficio giudiziario ad ufficio giudiziario, anche e soprattutto in considerazione del carico di lavoro che grava sull'U.E.P.E. e dei tempi che occorreranno per istruire la pratica. Lo stesso concetto di sospensione, d'altronde, mal si concilia con una risoluzione celere e concisa del processo: basti considerare che, ai sensi del comma 5 dell'articolo 464 *quater* c.p.p., il procedimento può restare sospeso fino ad un massimo di due anni quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria e per un periodo non superiore ad un anno, quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria.

Pur non essendo disponibile un dato statistico complessivo del numero di udienze necessarie per giungere ad una sospensione del processo, è possibile adoperare un dato approssimativo desunto dai numerosi protocolli elaborati nei vari tribunali al fine di implementare l'applicazione dell'istituto. In tale sede, tuttavia, si può soltanto segnalare che tali protocolli rappresentano un'ulteriore criticità gemmata da questo contrastato istituto, dal momento che l'implementazione negoziale cui si ispirano li pone in forte frizione con il principio della riserva di legge¹⁹.

Dall'analisi degli stessi, in ogni caso, si evince che il rinvio per l'elaborazione del programma oscilla da un minimo di due mesi ad un massimo di almeno sei mesi. E così a Reggio Emilia è stato previsto un termine di due mesi, prorogabili per giustificati avanzati dall'U.E.P.E., fino ad un massimo complessivo di quattro mesi; a Milano, a Firenze, a Trapani, Imperia, Terni il rinvio è invece di tre - quattro mesi; a Roma, a Monza, a Parma esso è non inferiore a tre mesi; a Lecco, va da cinque a sei mesi; a Venezia, il rinvio è di sei mesi mentre a Belluno di almeno sei mesi.

A tali termini, già di per sé, a parere di chi scrive, non compatibili con una finalità deflattiva del processo, va comunque cumulo l'eventuale rinvio necessario per citare la persona offesa, che deve essere obbligatoriamente sentita *ex art. 464 quater* co. 1 c.p.p. sulla domanda dell'imputato, e quello che si renda eventualmente necessario *ex art. 464 quater* co. 4 c.p.p. per acquisire il consenso dell'imputato nel caso in cui il giudice ritenga opportuno modificare il programma.

Infine, una volta che il giudice dispone con ordinanza la sospensione, rinverrà ad un'udienza successiva rispetto al termine della durata della messa alla prova ed anche tale data varia da caso a caso come si evince dai protocolli: si va dal "non oltre i due mesi" del Tribunale di Monza, ad almeno tre mesi dalla fine della messa alla prova a Milano, Venezia ed a Roma; ad Imperia l'udienza va fissata non oltre tre mesi dalla fine della messa alla prova; a Belluno il rinvio è ad un'udienza fissa da celebrare almeno sei mesi dopo la fine della messa alla prova.

I dati, ancorché non statistici ma meramente approssimativi, permettono comunque di ritenere che la finalità deflattiva è completamente distonica rispetto alla struttura della sospensione del processo con messa alla prova. Piuttosto, l'obiettivo politico-criminale che essa si prefigge è quello di una decarcerizzazione per reati di media gravità, in un'ottica, dunque, astrattamente compatibile con

¹⁹ Cfr. per una prima riflessione sul punto, V. BOVE, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 luglio 2015.

la funzione di integrazione sociale della pena²⁰ desunta dalla Carta costituzionale. Già questo argomento dovrebbe essere sufficiente per considerare l'istituto come improntato ad una schietta natura sostanziale e non processuale.

Ma un'ulteriore conferma di ciò sembra desumibile dalla stessa giurisprudenza di legittimità, che a volte sembra consapevole della prevalente natura non processuale dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova. Tuttavia, la Cassazione valorizza spesso questa natura sostanziale *contra reum* come nel caso in cui esclude la separazione dei procedimenti quando solo alcuni dei reati contestati all'imputato sono suscettibili di applicazione dell'art. 168 *bis* c.p. La Corte del 28 luglio 2016 n. 33057 testualmente afferma che «*la sospensione non può essere disposta, previa separazione dei processi, soltanto per alcuni dei reati contestati per i quali sia possibile l'accesso al beneficio, in quanto la messa alla prova tende alla eliminazione completa delle tendenze antisociali del reo e sarebbe incompatibile con le finalità dell'istituto una rieducazione "parziale"* (Sez. 2, Sentenza n. 14112 del 12/03/2015 Rv. 263125 - Sez. 5, Sentenza n. 5673 del 15/12/2014 - dep. 06/02/2015 - Rv. 262106)».

In senso meno "punitivo" per il reo, anche le recenti Sezioni unite²¹, riconoscono una prevalente natura sostanziale, affermando che «*questa nuova figura, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio (Corte cost., n. 240 del 2015). Ma di essa va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto.*» (...) *In considerazione delle finalità specialpreventive perseguite dall'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e, di conseguenza, del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale tramite un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione, risulta pertanto plausibile una sua applicazione anche a reati ritenuti astrattamente gravi.*».

Un secondo argomento che milita a favore della natura sostanziale della norma in questione è quello che valorizza il contenuto del trattamento della messa alla prova. Questo sembra assurgere a pena a tutti gli effetti, sebbene più favorevole al reo e, pertanto, andrebbe sottoposto al regime dell'art. 7 CEDU. Lo stesso ricorrente nel caso in esame lamenta sembra, implicitamente e senza la dovuta argomentazione, sostenere tale natura invocando la violazione dell'art. 2 co. 4 c.p.

La sentenza in esame sembra adombrare questo argomento, sostenendo che «*il nuovo istituto della messa alla prova, introdotto nel processo penale ordinario dalla L. n. 67 del 2014, con cui si è introdotto un percorso del tutto alternativo rispetto all'accertamento giudiziale penale, non incida affatto sulla valutazione sociale del fatto, la cui valenza negativa rimane anzi il presupposto per*

²⁰ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

²¹ Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, in www.giustizia.it.

imporre all'imputato, il quale ne abbia fatto esplicita richiesta, un programma di trattamento alla cui osservanza con esito positivo consegua l'estinzione del reato».

D'altronde, molteplici indici testuali nella normativa codicistica e processualistica inducono a ritenere che il trattamento della sospensione del processo con messa alla prova sia una vera e propria pena o criptopena²², come è stata efficacemente definita. In primo luogo, come sottolineato dalla dottrina²³, il giudice, in base ai parametri dell'art. 133 c.p. – non a caso, dettati in relazione alla commisurazione della pena – per concedere la sospensione deve reputare idoneo il programma di trattamento presentato ed effettuare una prognosi positiva che «l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati» (art. 464 *quater* co. 3 c.p.p.).

In secondo luogo, l'art. 168 *bis* co. 2 c.p. fa riferimento alle «conseguenze derivanti dal reato»; la stessa estinzione del reato presuppone il suo previo accertamento ed è tra l'altro non condizionata *de futuro* come nel patteggiamento²⁴, proprio perché la sospensione del processo con messa alla prova costituisce ontologicamente una modalità alternativa di espiazione della pena. Infine, si trae conferma della natura sostanziale di pena altresì dalla disposizione della revoca anticipata della sospensione (art. 168 *quater*, n. 2 c.p.) nella quale si menziona il «caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo»²⁵.

Infine, un argomento sistematico induce a considerare il trattamento della sospensione del processo con messa alla prova una vera e propria pena, pertanto assoggettata alle norme ed ai principi di diritto sostanziale. Una recente sentenza della Corte di cassazione del 28 settembre 2016 n. 40314, sebbene in relazione ad un settore diverso, quale quello dei reati fiscali, ha affrontato un problema analogo a quello in esame.

La Corte, infatti, ha ritenuto applicabile retroattivamente la nuova causa estintiva dell'adempimento del debito tributario *ex art.* 13 d. lgs. 74 del 2000 anche ad un processo in cui era già stata dichiarata l'apertura del dibattimento, limite legale per l'applicazione dell'istituto, prima della sua modifica, avvenuta con il d. lgs. 158 del 2016. Invero l'art. 11 del d.lgs. 24 settembre 2015 n. 158, sostituendo il previgente art. 13 d.lgs. 74 del 2000, ha attribuito all'integrale pagamento dei debiti tributari, nel caso dei reati di cui agli artt. 10 *bis*, 10 *ter* e 10 *quater*, comma 1, d. lgs. 74 del 2000 un'efficacia estintiva e non più soltanto attenuante. La Cassazione ha infatti sottolineato che la condotta restitutoria del debito tributario fa venire meno il bisogno di pena e, dunque, elide la necessità di rieducazione *ex art.* 27 Cost. La diversa natura assegnata al pagamento del debito tributario, quale fatto che non riguarda più soltanto il *quantum* della punibilità, ma l'*an* della punibilità, comporta che nei procedimenti in corso, anche se sia stato oltrepassato il limite temporale di rilevanza previsto dalla norma, l'imputato debba essere considerato nelle medesime condizioni fondanti l'efficacia della

²² L'efficace definizione è di G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 61, il quale afferma che «il recente rito [...] si configura come una richiesta unilaterale dell'imputato, condivisa dal giudice, [...] di anticipazione, rispetto al momento esecutivo, di una cripto-pena (a contenuto rieducativo, risarcitorio, riparatorio)».

²³ R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, p. 661.

²⁴ F. CENTORAME, *op. cit.*, p. 3242.

²⁵ Argomento menzionato altresì dalla Relazione n. III/07/2014 del 5.5.2014, 4, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.

causa estintiva; il principio di uguaglianza, che vieta trattamenti differenti per situazioni uguali, impone, infatti, di ritenere che, sotto il profilo sostanziale, il pagamento del debito tributario assuma la medesima efficacia estintiva, sia che avvenga prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, sia, nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. 158 del 2015, che avvenga dopo tale limite, purché prima del giudicato. Il ragionamento sembra pienamente esportabile anche in relazione all'istituto della messa alla prova che, *a fortiori*, stante il contenuto maggiormente denso a livello risocializzativo, elide maggiormente il bisogno di pena nei confronti del soggetto.

Ma se così è, appare ancora più insostenibile *ex art. 27 Cost.* e irragionevole *ex art. 3 Cost. e 24 Cost.* l'esclusione da questo vero e proprio trattamento alternativo di soggetti che non potevano farne richiesta al momento dell'apertura del dibattimento. La natura sostanziale di pena del programma di trattamento è strettamente connessa alla critica che è possibile muovere al terzo argomento, di stampo pragmatico, valorizzato dal diritto vivente per negare un'applicazione retroattiva della sospensione del processo con messa alla prova. Non è condivisibile, infatti, il giudizio di incompatibilità tra sospensione del processo con messa alla prova e grado d'appello.

Le già citate Sezioni unite n. 33216 del 2016, negando l'immediata impugnazione dell'ordinanza reiettiva dell'istanza di sospensione, hanno chiarito che anzi il ricorrente trova maggiori garanzie nel giudizio d'appello rispetto che nel ricorso per cassazione - unico rimedio ammissibile se si fosse riconosciuta l'impugnabilità autonoma dell'ordinanza reiettiva - perché il giudice di secondo grado può effettuare con pienezza quelle valutazioni discrezionali e di merito che preludono alla concessione o meno del beneficio.

Come ritengono le Sezioni unite *«infatti, l'accoglimento dell'appello contro l'ordinanza che abbia respinto la richiesta di messa alla prova, proposto, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., unitamente alla sentenza di condanna di primo grado, non rientra in alcuna delle ipotesi di annullamento indicate dall'art. 604 c.p.p., ipotesi tassative che vanno considerate eccezionali e non estensibili ad evenienze diverse da quelle contemplate espressamente dalla legge; (...) il giudice d'appello, in base al principio di conservazione degli atti e di economia processuale, si sostituirà a quello di primo grado per sospendere il processo e disporre la messa alla prova dell'imputato. (...) quel che può venire in rilievo è, semmai, una riduzione dell'effetto deflattivo connaturato all'istituto di cui all'art. 168 bis c.p. nella misura in cui l'imputato viene ammesso alla prova in appello, quindi oltre il limite della dichiarazione di apertura del dibattimento che rappresenta, nel disegno legislativo, il limite di effettività della deflazione processuale (cfr., Corte cost. n. 240 del 2015). Ma, a ben vedere, questa esigenza deve considerarsi recessiva rispetto all'interesse dell'imputato di ottenere quegli effetti di rilievo sostanziale derivanti dal superamento favorevole della messa alla prova e che conducono all'estinzione del reato».* _Altresì l'argomento pragmatico valorizzato dal diritto vivente non sembra dunque reggere dinnanzi a differenti pronunciamenti dello stesso giudice di legittimità.

In conclusione, la *querelle* relativa all'applicazione intertemporale della sospensione del processo con messa alla prova dimostra, ancora una volta, che nel diritto penale il processo è ontologicamente necessario: non si può negare il (riconosciuto) diritto al trattamento sanzionatorio più lieve attraverso un utilizzo strumentale del *tempus regit actum*, criterio applicato alle norme strettamente

processuali. La stessa giurisprudenza della Corte EDU, valorizzando criteri sostanziali di interpretazione al fine di evitare cd. “truffe delle etichette”, induce a non indulgiare nei rigidi nominalismi del *nomen juris* o della collocazione sistematica quando si tratta di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo.

4.1. Seppure non si voglia riconoscere la natura sostanziale di pena dell'istituto della messa alla prova, ulteriori ragioni comunque inducono a non ritenere ugualmente sostenibile la tesi dell'operatività del *tempus regit actum* consolidata nel diritto vivente.

Se si analizza con maggiore attenzione la giurisprudenza CEDU prima menzionata, nel caso Scoppola il soggetto era stato già ammesso al rito alternativo da cui scaturiva l'applicazione di una pena più favorevole e, quindi, effettivamente non ricorre la *eadem ratio* del caso in esame della Corte di cassazione. Nel caso Morabito c. Italia, invece, la Corte EDU non si pronuncia sulla presunta violazione dell'art. 7 CEDU, non invocato dal ricorrente, ma semplicemente sui profili processuali dell'art. 6 CEDU.

Tuttavia, un'analisi più attenta del caso Morabito dimostra che in esso la Corte EDU si riferisce espressamente alle *lois de procédure*, menzionando in via esemplificativa le regole che prevedono la presentazione di un ricorso, la valutazione delle prove, la prescrizione, che, come è noto, nel diritto CEDU ha una netta natura processuale.

Non sembra ragionevole, anche in relazione al principio del *favor rei*, estendere la regola del *tempus regit actum* ed il principio Morabito, che è calato su norme schiettamente processuali, ad un istituto che ha, quanto meno, una dichiarata natura ancipite, se non si vuole riconoscerne la natura chiaramente sostanziale. Le previsioni della sospensione del processo con messa alla prova spiegano effetti giuridici che vanno ben oltre l'ambito processuale, incidendo in maniera diretta e immediata sulla punibilità dell'imputato e sulla sua sfera giuridica. Sembra attagliarsi alle regole in tema di sospensione del processo con messa alla prova la nozione di “norme processuali a rilevanza sostanziale” elaborata dalla più autorevole dottrina processualistica²⁶ al fine di estendere le garanzie tipiche del diritto penale sostanziale, *in primis* quelle che regolano la successione di leggi penali nel tempo, a norme formalmente processuali ma nei fatti incisive della sfera dei singoli.

D'altronde, anche per esigenze di giustizia sostanziale non sembra tollerabile privare l'imputato del diritto ad un trattamento più favorevole solo perché l'istituto semplicemente non esisteva al momento in cui il ricorrente non ne abbia fatto la richiesta. C'è una irragionevole e palese disparità di trattamento *ex art. 3 Cost.* tra questa situazione e quella di coloro che avevano la possibilità di presentare l'istanza di sospensione con messa alla prova ma non l'hanno fatto, e si lamentano di un'impossibilità di presentazione in fase d'appello, oltre che una lesione *ex art. 24 Cost.*, dal momento che l'imputato è ingiustamente privato, non per sua colpa, della facoltà di scegliere la strategia difensiva più congeniale alla sua situazione.

²⁶ F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, 189 ss.; P. CORSO, *Immediata applicazione di norme processuali più sfavorevoli per la libertà dell'imputato e processi pendenti: dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 432 ss.; A. GAITO, *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1362 ss.

5. Se si ritiene condivisibile, come a parere di scrive, la natura sostanziale di pena del trattamento connesso alla sospensione del processo con messa alla prova, diventano tuttavia ancora più pregnanti i dubbi di legittimità costituzionale che affliggono un istituto che applica una pena a tutti gli effetti, anche se concordata con l'imputato, senza un pieno accertamento di responsabilità penale²⁷.

Come già scritto da autorevole dottrina in relazione al patteggiamento²⁸ non sarebbe compatibile con l'assetto costituzionale un istituto che depriva il giudice di un apprezzamento della correttezza o meno della definizione giuridica del fatto²⁹ e di un controllo sulla congruità della pena concordata con quella finalità che la Costituzione ha reso centrale *ex art. 27 co. 3 Cost.*

Ma, soprattutto, non dovrebbe trovare cittadinanza nel sistema costituzionale un istituto che permette l'applicazione di cd. "criptopene" senza un accertamento positivo di responsabilità: ciò sembra valere a maggior ragione nel caso della sospensione del processo con messa alla prova, per la quale non sembra reggere nemmeno l'*escamotage* elaborato dalla giurisprudenza a proposito del patteggiamento, in cui essa ritiene soddisfacente una mera verifica in negativo dell'assenza di cause di non punibilità *lato sensu* intese *ex art. 129 c.p.p.* Come è stato acutamente sottolineato³⁰, infatti, la sospensione del processo con messa alla prova pone in termini di maggiore gravità il problema della compatibilità con una rinuncia non al contraddittorio bensì all'accertamento, dal momento che in essa – a differenza del patteggiamento – la pena è scontata *in itinere*, e non al termine del processo.

D'altronde, questa relazione imprescindibile tra accertamento della responsabilità e sospensione del processo con messa alla prova si evince altresì nella giurisprudenza formatasi sul *probation* nel diritto processuale minorile, che rappresenta l'antecedente diretto dell'art. 168 *bis* c.p.

²⁷ Cfr. Tribunale di Grosseto che, con ordinanza del 10 marzo 2015 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità sul regime della sospensione del processo con messa alla prova: «Sennonché, secondo il vigente ordinamento processuale e costituzionale, la irrogazione di qualsiasi trattamento sanzionatorio di diritto penale criminale - compreso quello che risulterebbe stabilito nella ordinanza di messa alla prova e la cui esecuzione anticipata darebbe luogo alla correlativa fattispecie estintiva del reato - postula l'indefettibile presupposto del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato in relazione al reato per cui si procede.» L'indefettibilità del giudizio di colpevolezza ai fini della irrogazione delle sanzioni penali che danno luogo alla messa alla prova è stata dichiarata dalla stessa Corte cost. sentenza n. 125 del 5 aprile 1995 in tema di messa alla prova dell'imputato minorene: «il convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato [...] costituisce [...] un presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova» al punto che allo stesso giudice procedente compete di valutare caso per caso se le esigenze della fisiologica formazione dell'accertamento del fatto contestato comportino che, in ragione della inadeguatezza dei dati cognitivi attualmente disponibili nello stadio processuale in atto, «la sospensione non possa intervenire nella fase predibattimentale, occorrendo viceversa, affinché possa ritenersi adeguatamente formato quel convincimento, che il giudice tenga conto anche dell'istruzione dibattimentale». J. DELLA TORRE, *I dubbi di legittimità costituzionale*, cit.

²⁸ E. GALLO, *Pena senza giudizio e giudizi costituzionali*, in *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, 11 ss.

²⁹ In relazione alla sospensione del processo con messa alla prova la giurisprudenza riconosce un potere del giudice di riqualificare il fatto. Cfr. Cass., III sez., 3 febbraio 2016 n. 4527, secondo cui «non sembra dubitabile che il giudice possa procedere ad una valutazione del fatto ai fini di una sua più corretta qualificazione giuridica anche in funzione della verifica della ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 168-bis cod. pen. (...) Ne è derivato l'accostamento del provvedimento che decide sulla sospensione per messa alla prova - anche di quello introdotto con l'art. 168-bis cod. pen. - alla sentenza di patteggiamento; quindi ad una decisione allo stato degli atti che reca l'accertamento dell'assenza di taluna delle cause di non punibilità menzionate dall'art. 129 cod. proc. pen. In tale orizzonte si pone anche l'eventuale derubricazione del reato, incontestabilmente nei poteri-doveri del giudice, al quale incombe l'obbligo di verificare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto (ex multis, Sez. 2, n. 6859 del 21/01/2015 - dep. 17/02/2015, Pg in proc. Corvi, Rv. 262573)».

³⁰ P. FERRUA, *op. cit.*, 187.

La Corte Costituzionale, nella sentenza del 14 aprile 1995 n. 125, sancendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, quarto comma del D.P.R. n. 448 del 1988, che precludeva l'accesso alla messa alla prova dell'imputato che avesse chiesto il giudizio abbreviato o il giudizio immediato, si soffermò sulla previsione dell'impugnazione per cassazione proponibile anche dall'imputato e dal suo difensore avverso l'ordinanza dispositiva della messa alla prova, statuendo che detto rimedio poteva investire tutti i possibili vizi di legittimità o di motivazione dell'ordinanza, il più significativo dei quali doveva essere individuato nel difetto di «*un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice*», giudizio che veniva qualificato come «*presupposto concettuale essenziale*» del provvedimento, la cui carenza avrebbe imposto il proscioglimento.

Ammissa la necessità di un accertamento della responsabilità del reo per il fatto causato, il reale problema è rappresentato dalla compatibilità costituzionale, prima, e dalla possibilità concreta, poi, per il giudice di effettuare tale giudizio di responsabilità *rebus sic stantibus*, senza sfociare in un «giudizio di colpevolezza esplicitamente o implicitamente formulato in maniera illogica e/o fittizia»³¹. Un'interpretazione in senso contrario espone inesorabilmente l'istituto alle censure di incostituzionalità, per violazione del principio di legalità della pena e della presunzione di non colpevolezza.

6. L'orientamento consolidato della giurisprudenza è sicuramente conforme ai *dicta* della Corte EDU ed alla pronuncia della Corte costituzionale. Ma se l'istituto della messa alla prova ha - o quanto meno, vorrebbe avere - una componente prevalente di risocializzazione e rieducazione e soltanto in chiave secondaria si presta ad esigenze di deflazione *rectius* di decarcerizzazione, la limitazione alla dichiarazione di apertura del dibattimento per i processi già pendenti viola, prima ancora che la retroattività favorevole *ex art. 7 CEDU*, la ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, l'art. 27 co. 3 Cost. e l'art. 24 Cost. poiché non risponde a nessuna esigenza parimenti rilevante il privare soggetti la cui inerzia è stata incolpevole di un trattamento sanzionatorio più favorevole e, astrattamente, più conforme all'assetto costituzionale. Si ha ben donde per affermare che, in relazione all'applicazione intertemporale della sospensione del processo con messa alla prova, il diritto vivente si mostra come nemico dei diritti fondamentali.

In realtà, la stessa conformazione strutturale della sospensione del processo con messa alla prova appare foriera di insormontabili criticità. I profili di frizione con la presunzione di innocenza e la scarsa capacità deflattiva del procedimento/processo dovrebbero indurre, piuttosto, ad abbandonare il meccanismo di sospensione del procedimento a favore di istituti che intervengano dopo un pieno accertamento del fatto e della responsabilità del reo, sulla falsariga della sospensione condizionale della pena, corredata però da prescrizioni riparative e/o comportamentali, con un chiaro intento decarcerizzante e risocializzativo, all'interno di un'auspicabile - ma, pare, sempre più lontana - sistematizzazione dell'attuale caos sanzionatorio.

³¹ Cfr. ordinanza del 10 marzo 2015 del tribunale di Grosseto di remissione alla Corte costituzionale.

Prospettive e criticità del *probation*: disciplina vigente, spunti comparatistici, proposte di riforma.

ANTONIO NAPPI

ABSTRACT

In 2014 has been approved the law n. 67 that introduced in the italian criminal law, as a general cause of crimes prescription, probation that - until the approval of this law - was applicable only in the underage's trials.

The Author analyzes the contents of this new law in the light of the experience of the criminal common law systems in which probation has its origin. The Author examins also the application's matters born in the italian courts and - as result of his analysis - makes reform's proposals.

SOMMARIO: 1. Rispetto dei principi costituzionali, prospettiva dell'integrazione sociale e valorizzazione della *restorative justice*: vedono la luce istituti da lungo tempo invocati – non solo – dalla dottrina. – 2. La proposta di introduzione del *probation* formulata dalla Commissione Pisapia. – 3. Le origini del *probation* e le sue articolazioni. – 4. La persistente congruità politico criminale della messa alla prova, nonostante la sua 'crisi' nei sistemi di *common law*. – 5. La sospensione del processo con messa alla prova degli imputati maggiorenni: finalità perseguite e perplessità in merito alla loro conseguibilità. – 6. I profili critici del rapporto con la sospensione condizionale della pena e con la non punibilità per irrilevanza del fatto. – 7. Questioni applicative e profili di dubbia legittimità costituzionale della riforma. – 8. Considerazioni conclusive. Prospettive *de iure condendo*.

1. Continua a produrre dirompenti effetti la legge n. 67 del 28 aprile 2014 che, con il disposto dell'art. 1, lett. m), ha delegato il Governo a provvedere in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio.

Questa legge, invero, non si è limitata a 'delegare', ma ha avviato un significativo processo di riforma del sistema sanzionatorio, estendendo ai maggiorenni, mediante l'inserimento nel codice penale degli artt. 168 *bis*, 168 *ter* e 168 *quater*, l'istituto della sospensione del processo con messa *alla prova*¹.

¹ Per un'analisi di questo nuovo istituto cfr., *ex plurimis*, AA. VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti-A. Marandola-G. Varraso, Padova, 2014; AA. VV., *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. Triggiani, Torino, 2014; R. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1755 ss; ID., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovrappollamento?* in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 661 ss.; V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, Relazione tenuta in occasione del corso di formazione "La dialettica dibattimentale: confronto a più voci", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, svoltosi a Scandicci il 9-11 giugno 2014, in <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>, 25 giugno 2014; ID., *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, *ivi*, 22 dicembre 2015; F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare*

Tra i provvedimenti emanati nell'esercizio del potere di delegazione, genericamente riferito dal Parlamento ad un «intervento volto ad escludere la punibilità per fattispecie di gravità edittale non particolarmente elevata», il più significativo è il d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, che ha introdotto nel nostro ordinamento la non punibilità per particolare tenuità del fatto. Il Governo, successivamente, ha dato attuazione alla delega del 2014 anche con il c.d. pacchetto depenalizzazioni, approvato con il decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 7 recante «Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili» e con il decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8, «Disposizioni in materia di depenalizzazione»²: in base a questi atti normativi non costituiscono più reato, tra le altre, tradizionali figure delittuose, quali l'ingiuria ed il danneggiamento, salvo che quest'ultimo sia commesso con minaccia o violenza alla persona o in occasione di manifestazioni pubbliche.

Costituiva un dato oramai da tempo acquisito la necessità di colmare l'abissale distanza esistente tra realtà ordinamentale e principi costituzionali: ebbene, l'adozione di questi provvedimenti ha la propria – quantomeno implicita – *ratio* nel tentativo di porre rimedio alle violazioni dei principi di offensività³ e di *extrema ratio*⁴.

Come è noto, infatti, la vigente legislazione penale, oltre ad esser ipertrofica, abbonda di fattispecie incriminatrici incentrate su condotte che non ledono né pongono in pericolo alcun bene giuridico e che sovente presumono *iuris et de iure* la pericolosità.

tenuità del fatto, in *Cass. pen.*, 2012, p. 7; C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Legisl. pen.*, 2014, 4, p. 510 ss.; G.L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 427 ss.; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 674 ss.; M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>; A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1262 ss.; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in <http://www.archiviopenale.it>. Si rinvia inoltre, nell'ambito della dottrina processualpenalistica, a M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 6a ed., Torino, 2015, p. 626 ss. Per un'autorevole analisi antecedente all'entrata in vigore della legge si rinvia a F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss.

² Cfr. <http://www.altalex.com/documents/news/2016/01/25/depenalizzazioni-pacchetto>.

³ Cfr., su questo principio, nell'ambito dell'amplissima bibliografia in materia, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino vol. XIX, Torino 1973, p. 7 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 280 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 313 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA.Vv., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra-G. Insolera, Milano 1998, p. 154 ss.; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 1 ss.; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, Napoli, 2004; G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo*, Torino 2004, p. 89 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005.

⁴ Sul tema, si rinvia, per tutti al fondamentale contributo di C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor», *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985 che - p. 750 ss. - si sofferma anche sulla opportunità di introdurre istituti del tipo di quelli qui in commento (e sulla irrilevanza del fatto in particolare). Si rinvia inoltre, nell'ambito della sterminata produzione bibliografica in materia, a L. FERRAJOLI, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, in *Quaderni di questione giustizia*, a cura di G. Borrè - G. Palombarin, Milano, 1998, p. 39, ove si auspica "un ritorno del diritto penale alla sua natura di *extrema ratio*, ossia di strumento costoso utilizzabile nei soli casi di assoluta necessità, e quindi il suo ruolo esclusivo di garanzia di beni fondamentali".

Inoltre – anche in presenza di disposizioni che richiedano un effettivo danno o pericolo – vengono spesso tutelati beni giuridici che non sono di fondamentale importanza per l'ordinamento e con sanzioni non proporzionate alla gerarchia dei beni giuridici tratteggiata dalla Costituzione⁵.

Il circolo vizioso innescato dall'intreccio tra la violazione del principio di *extrema ratio* e quello di offensività ha quindi amplificato gli effetti di irragionevolezza del diritto penale vigente. E, va aggiunto, il processo degenerativo sotteso a questa aporetica panpenalizzazione⁶ è stato ulteriormente alimentato da logiche emergenziali e propagandistiche, che spesso si sono manifestate attraverso l'improprio strumento del decreto legge ed hanno evidenziato una deprecabile tendenza a privilegiare il diritto penale del 'tipo d'autore'⁷. E' fin troppo evidente, d'altronde, che simili patologici presupposti non potevano che inficiare il corretto funzionamento del sistema sanzionatorio nell'ambito dello stato sociale di diritto⁸.

Non si ha di certo la pretesa di affrontare, in questa sede, il delicatissimo tema della violazione, nel nostro ordinamento, dei principi penalistici in materia penale: appariva tuttavia opportuno ricordare il ben noto *status quo*, che ha reso ancor più stringente la necessità di fornire soluzioni normative volte a limitare gli effetti aberranti delle distorsioni legislative e, inevitabilmente, giurisprudenziali.

Occorre allora chiedersi, ed a questo interrogativo proveremo a dare risposta con questo scritto, se gli istituti introdotti – e, in particolare il *probation*, che più da vicino interessa la nostra indagine – possano imprimere una svolta nella auspicata direzione della ragionevolezza e del rispetto dei principi.

La risposta al quesito che ci siamo posti non può prescindere dalla puntuale analisi della disciplina introdotta.

A questa analisi, tuttavia, sembra opportuno premettere due considerazioni di carattere generale.

La prima attiene alla potenziale funzionalità del *probation* ad una prospettiva di integrazione sociale⁹: questo istituto, infatti, si inserisce in un disegno politico-criminale di decarcerizzazione¹⁰,

⁵ Emblematica l'ipervalutazione del patrimonio, messa in luce da S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988; ad essa corrisponde la sottovalutazione della persona: sia consentito rinviare al nostro *La tutela penale della persona. Dal diritto vivente ad un sistema conforme ai principi*, Napoli, 2014.

⁶ Le pericolose derive cui può condurre un troppo disinvolto e diffuso ricorso all'*arma* della pena sono ben evidenziate da G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in Aa.Vv., *Storia d'Italia Einaudi*, vol. VIII, Documenti, Torino 1973. Sulle implicazioni del fenomeno di «incontenibile pulsione alla produzione normativa penale», si vedano E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 80 ss.; nonché, per una articolata sottolineatura dei molteplici aspetti di crisi della razionalità presenti nel diritto penale italiano, M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 413 ss. Si rinvia inoltre alla fondamentale opera di F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., a cura di A.A. Calvi, Milano 1962, p. 46 ss.

⁷ Su questo argomento, esaustivamente, S. MOCCIA, *Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli 1997. Si rinvia inoltre a A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano 1990, p. 19 ss.

⁸ Sia consentito rinviare, sul punto, al nostro *La crisi del sistema delle sanzioni penali. Prospettive di riforma*, Napoli, 2011, *passim*. Alle pecche del sistema sanzionatorio immancabilmente corrispondono tassi di recidiva tanto elevati da aver indotto la dottrina a parlare di "porta girevole" con riferimento alla struttura carceraria: cfr. C. NORDIO-G. PISAPIA, *In attesa di giustizia. Dialogo sulle riforme possibili*, Milano 2010.

⁹ Sull'idea di pena quale integrazione sociale e sulle implicazioni che derivano dalla sua adozione rinviamo a S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 83 ss.

¹⁰ Il termine decarcerizzazione quale fenomeno di flessione consistente della risposta di tipo custodiale nelle prassi di disciplina sociale delle condotte devianti cfr. A. SCULL, *Decarceration*, Englewood Cliffs, N. J. 1977.

volto a rendere la pena detentiva *extrema ratio* della risposta sanzionatoria¹¹ e - prevedendo il ricorso a prescrizioni non detentive e individualizzate per conseguire una maggior efficacia risocializzativa¹² - trova fondamento teorico nella concezione specialpreventiva della pena. Crediamo tuttavia che il *probation* non condurrà - nei termini sperati - alla riduzione della popolazione carceraria, in quanto esso è concepibile solo per reati che - prevedendo comminatorie edittali non superiori nel massimo ai quattro anni - non sono di regola destinati ad esser puniti con la reclusione; e, *a fortiori*, perché la concessione del beneficio presuppone una prognosi positiva del giudice in merito alle prospettive di integrazione sociale del soggetto¹³.

La seconda considerazione ha ad oggetto l'ascrivibilità della sospensione del processo con messa alla prova - e della non procedibilità per irrilevanza del fatto - al novero degli istituti aventi il fine di superare il «dogma della prevezione mediante retribuzione»¹⁴ e di intendere la risposta al reato come percorso e non più come mero corrispettivo. La Suprema corte, in tal senso, ha avuto modo di precisare che la messa alla prova costituisce istituto che mira non ad affermare un «astratto ed indefettibile meccanismo retributivo conseguente alla commissione del reato» bensì ad assicurare la «tutela sostanziale dei beni giuridici lesi»¹⁵. E' forse vero, come osservato in dottrina, che nella fisionomia della messa alla prova la finalità di riparazione si caratterizza per essere «complementare», se non addirittura «secondaria» rispetto ad altre finalità¹⁶. Ciò, tuttavia, non toglie che si scorgono, nel delineato assetto, le tracce della giustizia conciliativa o restaurativa «ossia di quel modello di giustizia più mite e meno repressivo, alternativo al processo e basato su un paradigma riabilitativo e conciliativo, conferendo al processo e alla pena un ruolo di *extrema ratio*, limitato alle sole ipotesi di esito negativo della prova»¹⁷. Il *probation* sembra sostanzarsi, in ultima istanza, in una sanzione «ibrida» che, da un lato, contempla obblighi e prescrizioni a carico dell'autore del fatto, secondo i tratti caratteristici della pena; dall'altro, si avvicina agli strumenti di «giustizia riparativa» contemplando risarcimento del danno, condotte riparatorie, restituzioni, percorsi di mediazione¹⁸. Nell'ottica della *restorative justice*, in altre parole, si incentivano progetti volti ad agevolare la rielaborazione, anche innanzi alla vittima, della ingiustizia perpetrata, dando costestualmente luogo ad impegni riparativi¹⁹. Si mira per tal via a superare un'ottica di regolazione solo repressiva dei fatti di devianza ad

¹¹ Pongono in luce questo aspetto, tra i possibili frutti applicativi del *probation*, A. SALVADORI - R. ARATA, *La scommessa "culturale" della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di tribunale*, in www.questionegiustizia.it, 17.10.2014.

¹² Cfr. F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova 1984, p.427 che identifica la prevenzione speciale nel «complesso di misure neutralizzatrici, terapeutiche e rieducativo-risocializzatrici, volte ad impedire che il singolo individuo cada o ricada nel delitto».

¹³ V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>, cit.

¹⁴ L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 527.

¹⁵ Cass. Sez. II, 4 maggio 2015, n. 18265.

¹⁶ Così V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, cit., p. 6

¹⁷ A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., p. 676.

¹⁸ Sono plurime le disposizioni che, nel disciplinare il *probation*, il legislatore ha dedicato alla persona offesa, attribuendole diritti e consentendole di incidere su alcuni aspetti della messa alla prova: cfr., al riguardo, V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>, 22 dicembre 2015, p. 5 che, in nota 8 elenca le disposizioni *de quibus*.

¹⁹ L. EUSEBI, *Una giustizia diversa. Il modello riparativo la questione penale*, Milano 2015, prefazione, p. VII

affermare modelli politico-criminali alternativi, attenti sia alla risocializzare del reo che alla tutela della persona offesa: ne deriva la tendenziale armonicità di questo disegno con la prospettiva dell'integrazione sociale, agevolata dal tentativo di «sanare nella misura possibile *in concreto* la frattura aperta dal reato nei rapporti interpersonali e sociali» cui la commissione del delitto ha dato luogo²⁰. Obiettivo – questo – che si ottiene anche assecondando il bisogno della vittima di «vedere riconosciuto, chiarificati fatti, che quanto verificato costituisce ingiustizia e non dovrà più accadere: un bisogno risposta più appagante nel caso cui tale riconoscimento avvenga attraverso scelte di chi commesso reato, e nel rapporto con il medesimo»²¹.

2. Le commissioni di riforma istituite al fine redigere il progetto di un nuovo codice penale hanno dimostrato di aver piena consapevolezza dell'esigenza di introdurre nel nostro ordinamento istituti che consentissero di porre rimedio alle problematiche alle quali abbiamo accennato²². E' stata la commissione Pisapia, in particolare, a formulare una compiuta proposta che prevedeva l'introduzione di istituti analoghi a quelli che sarebbero poi stati adottati dal legislatore nel 2014 – sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne – e nel 2015 – non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Con precipuo riferimento alla sospensione del processo con messa alla prova rileviamo che il progetto Pisapia, ad esempio, disciplinava questo istituto tra le cause di estinzione del reato, negli artt. 42 e 44²³: l'estinzione del reato seguiva, come accade anche in base alla disciplina poi introdotta nel 2014, all'esito positivo della prova.

Il Presidente della commissione, nello spiegare la scelta di estendere agli imputati maggiorenni l'istituto della messa alla prova, concedibile per due volte e prevista per «tutti i reati puniti con pena non detentiva e per quelli per cui è prevista la detenzione non superiore a tre anni»²⁴, la fondava anche sui positivi risultati ottenuti dal *probation* nel processo minorile. La soluzione proposta, inoltre, costituiva il frutto di considerazioni comparatistiche che avevano indotto la commissione ad innestare il proposto istituto sul 'tronco' della sospensione condizionale della pena; due, si legge nella Relazione di accompagnamento al progetto, erano le soluzioni possibili: «prevedere, come in Francia, due diversi istituti (sospensione condizionale "semplice" e con messa alla prova), ovvero prevedere un

²⁰ L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, cit., loc. cit. Sul punto si rinvia inoltre a S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Crit. dir.* 2004, 4, p. 344 ss.

²¹ L. EUSEBI, *op. loc. ult. cit.*

²² Vedi *supra* § 1

²³ L'articolo 44 del progetto Pisapia - "Messa in prova" - così disponeva: «Prevedere che: a) nei procedimenti relativi a reati puniti con pena diversa da quella detentiva o con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, sola o congiunta con altra pena non detentiva, il giudice possa disporre una sola volta, con il consenso o su richiesta dell'imputato, la sospensione del processo con messa alla prova, disciplinando i presupposti per l'ammissione e le modalità di espletamento della prova; b) la sospensione del processo con la messa alla prova possa essere disposta una seconda volta solo per reati commessi anteriormente all'inizio della prima messa alla prova; c) l'esito positivo della prova estingua il reato». Sul punto cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 7. Sia consentito inoltre di rinviare al nostro *La crisi del sistema delle sanzioni penali*, cit., pp. 243-244.

²⁴ G. PISAPIA, *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della commissione ministeriale per una nuova Parte generale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, cit., p. 567. Si veda, al riguardo C.F. GROSSO, *Brevi considerazioni d'insieme e di dettaglio sul lavoro della commissione Pisapia*, in *Dir. pen. proc.* 2007, fasc. 10, p. 1394.

unico istituto, polifunzionale, in cui la sospensione possa, o debba, a seconda dei casi, accompagnarsi alla messa alla prova»²⁵. La commissione ha optato per la seconda soluzione «prevedendo che la sospensione condizionale, oltre a poter essere mantenuta in forma “semplice” (ma pur sempre subordinata, se oggettivamente e soggettivamente possibile, ad obblighi risarcitori o riparatori), possa prevedere anche l’affidamento al servizio sociale (ovvero la messa alla prova), che diventa obbligatorio in caso di seconda concessione e che dovrebbe costituire il fulcro della risocializzazione del condannato»²⁶.

Una simile impostazione, ispirata alle soluzioni accolte in Spagna, Norvegia ed in altri paesi europei, dava al giudice – nel mettere alla prova il condannato – il potere di impartire prescrizioni comportamentali che, finalizzate al reinserimento sociale, assumevano – a differenza delle attuali sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, concesse senza alcun tipo di prescrizione - «una valenza “sostitutiva” della pena inflitta»²⁷.

Questo istituto, secondo quanto ipotizzato nella Relazione, avrebbe condotto a significativi effetti di deflazione del carico giudiziario, configurandosi «come una *probation* giudiziale con sospensione del procedimento», seppur limitatamente ai «reati puniti con pena diversa da quella detentiva o con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni»²⁸.

Non solo il dibattito dottrinale, quindi, aveva preparato il terreno alle riforme che si sono poi tradotte in legge nel 2014. Lo stesso progetto Pisapia, che pur ha contribuito a preparare il terreno alla riforma legislativa in commento, ha mostrato le timidezze che si sono poi tradotte nel testo del 2014 che – come vedremo²⁹ – contiene previsioni molte restrittive con riferimento ai reati per i quali è concedibile l’affidamento in prova al servizio sociale. Sono proprio queste timidezze a costituire un serio ostacolo al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal legislatore, non ultimo quella di contrastare l’inaccettabile tasso di sovraffollamento carcerario e le gravi violazioni dei diritti umani che ne conseguono³⁰.

²⁵ *Relazione di accompagnamento al progetto di codice penale elaborato dalla commissione Pisapia*, cit., sub § XXVI, *Messa alla prova*.

²⁶ *Relazione di accompagnamento al progetto di codice penale elaborato dalla commissione Pisapia*, cit., loc. cit.

²⁷ *Relazione di accompagnamento al progetto di codice penale elaborato dalla commissione Pisapia*, cit., loc. cit.

²⁸ *Relazione di accompagnamento al progetto di codice penale elaborato dalla commissione Pisapia*, cit., loc. cit.

²⁹ Vedi *infra* § 5

³⁰ Su questo specifico aspetto, analizzato in connessione ai benefici effetti che su di esso potrebbe avere la messa alla prova cfr. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 661 ss. Ad avviso di F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1301, lo scopo della deflazione carceraria costituisce la principale ragion d’essere della novella legislativa «in relazione, se non altro, alla necessità di ottemperare agli obblighi imposti all’Italia dalla nota sentenza Torregiani della Corte EDU».

3. Il *probation*, la cui etimologia viene fatta risalire al termine latino *probatio*, affonda le proprie radici storiche nella pratica, invalsa nella *common law* inglese sin dal XII secolo, del *judicial reprieve*, ossia della grazia giudiziale³¹: in base a questo istituto, prima dell'avvento del sistema democratico, le corti potevano temporaneamente sospendere l'esecuzione di una sentenza, per consentire all'imputato di appellarsi al monarca per ottenere il *pardon*, ossia il perdono³².

Nella prassi dei tribunali nordamericani le origini del *probation* risalgono alla prima metà del XIX secolo³³: si suole citare, tra gli episodi che hanno determinato la genesi di questo istituto negli Stati Uniti, il procedimento penale del 1841, celebrato innanzi alla *Boston Police Court*: un ciabattino di Boston, John August, convinse il giudice a farsi assegnare per un breve periodo in custodia il condannato, un 'ubriaccone' che allo scadere del termine fissato dal giudice si presentò Corte riabilitato³⁴. Va tuttavia rilevato che ancor prima, a partire dal 1830, la pratica di sospendere l'esecuzione di una sentenza fu utilizzata nel Massachusetts e divenne largamente applicata nelle corti degli Stati Uniti, sebbene nessuna disposizione legislativa la prevedesse³⁵. Questo istituto è poi divenuto di così larga applicazione negli Stati Uniti, che è oramai indicato in oltre quattro milioni il numero dei *probationers* in territorio nordamericano³⁶.

A partire dal XIX secolo l'istituto del *probation* divenne oggetto di dibattito anche nei paesi di *civil law*: già in quell'epoca, infatti, si cominciava a riflettere sugli effetti desocializzanti connessi all'esecuzione delle pene detentive brevi e ciò indusse la dottrina ad interrogarsi sull'opportunità di allargare il ventaglio delle opzioni sanzionatorie e di ricorrere non solo a misure alternative alla detenzione ma anche al *probation*³⁷ che, in presenza di rei incensurati e con ampie potenzialità riabilitative, comportava la rinuncia dell'autorità statale all'indefettibilità della pena in cambio di un impegno del reo che ne favorisse il recupero sociale, anche grazie ad un trattamento flessibile e individualizzato. Si riteneva già allora che, in tal modo, potessero evitarsi gli effetti desocializzanti del contatto del reo con il carcere e – quindi – probabili forme di recidiva³⁸.

³¹ Cfr. Sul punto M. VANSTONE, *The international origins and initial development of probation. An Early Example of Policy Transfer*, in *British Journal of Criminology* 48.6 (2008): 735-755. Academic Search Premier. EBSCO. Web. 10 Mar. 2011.

³² Si veda, nell'ambito dell'aplossima produzione bibliografica della dottrina anglosassone sul punto, N. SMITH, "Rehabilitation", in *Encyclopedia of Criminal Justice* 2008 (PDF).

³³ Sulle origini del *probation* si rinvia, *ex plurimis*, a T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, p. 52.

³⁴ FRANK W. GRINNELL, *The Common Law History of Probation--An Illustration of the Equitable Growth of Criminal Law*, 32 *J. Crim. L. & Criminology* 15 (1941-1942) in <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/>

³⁵ FRANK W. GRINNELL, *op. loc. cit.*

³⁶ Riportano questi dati J. KERBS-MARK JONES-JENNIFER M. JOLLEY, *Discretionary Decision Making by Probation and Parole Officers*, in *Journal of Contemporary Criminal Justice* 25.4.2009, p. 424 ss. Academic Search Premier. EBSCO. Web. 31 Mar. 2011. Sul forte incremento dell'applicazione dell'istituto negli Stati Uniti cfr. M.B. COHEN, *The Law of Probation and Parole*, Westgroup, 1999, § 1:5. *Dai dati del Bureau of Justice Statistics, Department of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics*, 1997, *passim*, spec. p. 464 ss. Sul tema si sofferma, ampiamente, V. MONGILLO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: verso un codice di pene intermedie*, in Aa.Vv., *Quale riforma del codice penale?*, Napoli 2009, a cura di C. FIORE-S. MOCCIA-A. CAVALIERE p. 321 ss. Sia consentito rinviare, inoltre, al nostro *Le prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in Aa.Vv., *Quale riforma del codice penale?*, cit., Napoli 2009, p. 389 ss.

³⁷ T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 44; E. DOLCINI - C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, p. 6.

³⁸ Cfr. S. CIAPPI-A. COLUCCIA, *Giustizia criminale, Retribuzione Riabilitazione e Riparazione in Collana crimine e devianza*, Milano, F. Angeli, 1997, p. 80.

Va precisato che l'analisi comparatistica evidenzia che non può parlarsi di messa alla prova in modo unitario, essendo ricomprese, in questo concetto di genere, diverse *species* del *probation*: quello di polizia;

quello giudiziale – che interviene nella fase istruttoria o successivamente sospendendo la pronuncia –; quello penitenziario, che interviene in fase di esecuzione della pena³⁹.

Tra esse la sospensione del processo con messa alla prova, introdotta con la legge n. 67 del 2014, si colloca nel solco del *probation* giudiziale⁴⁰; ed è a questa specie di messa alla prova che ci riferiamo anche nel trattare la configurazione di questo istituto, sin dalle sue origini, nei sistemi di *common law*.

Nella nostra legislazione il *probation* giudiziale aveva sino al 2014 ricevuto un'applicazione marginale, limitata – ex articoli 28 e 29, d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 - al processo minorile.

La Legge n. 354 del 1975 aveva invece aperto al *probation* penitenziario, introducendo le misure alternative alla detenzione e, tra esse, l'affidamento in prova al servizio sociale, autorevolmente definito «fiore all'occhiello» dell'ordinamento penitenziario⁴¹. Il *probation* penitenziario presuppone l'esistenza di una condanna definitiva e costituisce uno strumento alternativo in fase di esecuzione⁴²: esso, introdotto allo scopo di evitare i danni derivanti dal contatto con l'ambiente penitenziario, consente al condannato di spiare la pena detentiva inflitta, o quella residua, fuori dal carcere, in regime di libertà assistita e controllata. Durante il periodo di prova il reo ha l'obbligo di rispettare le prescrizioni imposte dal giudice e corrispondenti alle *probation conditions* degli ordinamenti anglosassoni.

La prova si svolge sotto la supervisione di un agente: il *probation officer* nei sistemi di *common law*; gli uffici di esecuzione penale esterna nel nostro ordinamento. Non a caso utilizziamo il termine 'supervisione': non ci si limita infatti a controllare che vengano osservati i precetti imposti ma – in aderenza all'idea di integrazione sociale – si affida ai soggetti preposti alla verifica una funzione di sostegno⁴³.

In caso di inosservanza delle prescrizioni, il giudice può revocare la misura e pronunciare la sentenza di condanna a pena detentiva. L'esito positivo della prova comporta invece la rinuncia alla condanna da parte del giudice.

4. In Italia si è dato ingresso all'istituto della messa alla prova dei maggiorenni nel 2014 e – quindi – oltre tre decenni dopo l'aggravarsi della 'crisi' del *probation* che, negli ordinamenti che ne

³⁹ Cfr. G. DI GENNARO- R. BREDA- G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 224.

⁴⁰ G. TABASCO *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit., loc. cit. in <http://www.Arch. pen. it>

⁴¹ F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: "Fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *Questione Criminale*, 1976, p. 373.

⁴² Cfr. G. DI GENNARO- R. BREDA- G. LA GRECA, *op. loc. ult. cit.*

⁴³ Si rinvia sul punto J. KERBS-MARK JONES-JENNIFER M. JOLLEY, cit., loc. cit.

sono stati la culla, non ha risparmiato questo istituto, nel contesto di un generalizzato senso di frustrazione per lo stato del sistema sanzionatorio⁴⁴, dovuto alla mancata riduzione del crimine; al crescente sovraffollamento carcerario; agli scarsi risultati ottenuti in termini di equità ed efficienza nell'esecuzione delle pene. Ne è derivato, a partire dagli anni '80 dello scorso secolo, un incessante tentativo di enucleare nuove tipologie sanzionatorie⁴⁵.

Al *probation*, in particolare, è stato rimproverato il lassismo punitivo: sono state enucleate, per porvi rimedio, forme di messa alla prova più severe, che contemplan severi vincoli per il reo; tra esse figurano la *intensive probation*, *l'home detention*, *il gps monitoring*, *il Computer Management*⁴⁶. Le accomuna la maggiore incisività delle forme di restrizione, che giungono sino all'obbligo di rimanere nel proprio domicilio per una parte della giornata e la più intensa sorveglianza, che si avvale di strumenti elettronici ed informatici.

Ma si è andati persino oltre, prevedendo delle *intermediate sanctions*⁴⁷, ossia sanzioni intermedie che – pur evitando la reclusione in carcere – comportano un trattamento correzionale ben più restrittivo dell'ordinario *probation*. Ne sono figura emblematica i *boot camps*⁴⁸, misura tra le più inquietanti della giustizia minorile statunitense⁴⁹: i delinquenti primari di età compresa tra i 12 e i 25 anni possono chiedere – se autori di reati non violenti - di essere inseriti in programmi di addestramento fisico ed apprendimento della disciplina militare, gestiti con la collaborazione dell'esercito⁵⁰. L'esecuzione di questa misura – di durata ricompresa tra i due e i sei mesi – prevede almeno 15 ore giornaliere di esercitazioni fisiche, ivi comprese 'prove di sopravvivenza', durante le quali i ristretti devono indossare uniformi, radersi la testa e rispettare cerimoniali da caserma, rivolgendosi con titoli militari agli operatori dei campi, che sono legittimati ad utilizzare modalità verbali denigratorie ed aggressive per indurre una partecipazione attiva al programma ed hanno il potere di punire severamente ogni condotta minimamente irregolare⁵¹.

⁴⁴ Cfr. G.A. CAPUTO, *Intermediate Sanctions in Corrections*, in *North Texas Crime and Criminal Justice Series*, 2004, p. 2 ss.

⁴⁵ Un'approfondita analisi, al riguardo, è contenuta in J.M. BYRNE, *Intensive Probation Supervision: An Alternative to Prison in the 1980s*, in *Crime and Delinquency*, 1990, vol. 36, p. 3 ss. Si veda, inoltre J.J. DI IULIO, *Punishing Smarter: Penal Reforms for the 1990s*, in *Brookings Review*, 1989, p. 3 ss

⁴⁶ Cfr. <https://www.gov.uk/guide-to-probation/overview>

⁴⁷ Cfr., in tema di sanzioni intermedie, *ex plurimis* S. WHITELEY, *Dealing with Deviants: The Treatment of Antisocial Behavior*, New York 1973, p. 91 ss.; R. GREENE, *Who's Punishing Whom?*, in *Forbes*, 1988, p. 132 ss.; G.T. FLOWERS-R.B. RUBACK, *Special Alternative Incarceration Evaluation*, Atlanta 1991; P. GENDREAU-F.T. CULLEN-J. BONTA, *Intensive rehabilitation services: The next generation in community corrections*, in *Federal Probation*, 1994, p. 72 ss.; M. TONRY, *Intermediate Sanctions*, in M. Tonry (a cura di), *The Handbook of Crime and Punishment*, New York 1998, p. 683 ss.

⁴⁸ La scelta di ricorrere a questa misura è stata presa per contrastare la crescita della delinquenza minorile, che ha registrato, nell'ultimo ventennio del secolo scorso, un aumento superiore al 40%, secondo i dati riportati sul sito dell'*Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention* (<http://www.ojjdp.ncjrs.org>); si veda, al riguardo, anche J.A. BUTTS, *Delinquency Cases in Juvenile Courts*, in *Fact Sheet*, 1996, p. 47 ss.

⁴⁹ Evidenziano che i *boot camps* non hanno sortito effetto nel contrasto alla recidiva, partendo da un'indagine riferita ad otto degli Stati Uniti d'America, R. BRAME-D. LAYTON MACKENZIE-D. MCDOWALL-C. SOURYAL, *Boot Camp Prisons and Recidivism in Eight States*, in *Criminology*, p. 327 ss.

⁵⁰ D. STENDARDI, *Le derive verso la militarizzazione della giustizia minorile: l'esperienza dei boot camps negli Stati Uniti*, cit., p. 1411 ss.

⁵¹ D. STENDARDI, *op. ult. cit.*, p. 1412.

Queste tipologie sanzionatorie - ma il discorso è estensibile alle ulteriori forme di *intensive probation* - sono andate incontro a crescenti obiezioni⁵², tali da indurre a parlare di un loro fallimento, con riferimento non solo al contenuto programmatico, al quale non è estranea la violazione di fondamentali diritti della persona⁵³, ma anche alla filosofia che le anima, incentrata su una rigida concezione generalpreventiva negativa⁵⁴. Si è così perso di vista l'obiettivo risocializzativo, venendosi a produrre un aumento dei tassi di recidiva⁵⁵: il *net widening effect*, ossia l'effetto di estensione della rete privativa della libertà personale invece che della sua riduzione, appare inevitabile allorché si adottano impostazioni severamente punitive ed intimidatorie⁵⁶.

Un effetto che, come in passato abbiamo provato a sottolineare⁵⁷, sarebbe con ogni probabilità seguito anche all'approvazione del progetto di nuovo codice penale redatto dalla commissione Nordio che, nel dichiarato intento di perseguire un'alternativa alla risposta detentiva, rendeva invece quest'ultima una pena di ritorno applicabile ogniqualvolta venissero violati i gravosi obblighi e controlli che accompagnavano le misure sostitutive.

La validità politico criminale della messa alla prova esce quinei rafforzata proprio dal tentativo di addivenire ad uno suo superamento: soluzioni sanzionatorie che, come le *intermediate sanctions*, siano incentrate su modalità esecutive prettamente intimidatorie e fondate su gravosi controlli e stringenti limitazioni della libertà personale, inevitabilmente conducono al frequente ritorno in carcere.

Questo effetto, del resto, non è estraneo al *probation*: oltre il 40% dei *probationers* - ossia dei soggetti 'messi alla prova' - è stato ristretto in carcere per aver violato le misure oggetto della prova⁵⁸. Ma per ovviare a queste inefficienze del sistema sanzionatorio, intraprendendo seri percorsi

⁵² Cfr., con accenti problematici circa l'efficacia delle sanzioni intermedie in termini di funzioni della pena, P. GENDREAU - R.R. ROSS, *Revivification of Rehabilitation: Evidence from the 1980s*, in *Justice Quarterly*, 1987, p. 349 ss. Si interrogavano, con accenti analoghi a quelli della dottrina europea, sulla fine del mito della 'speranza' riabilitativa, già tempo addietro F.T. CULLEN-J.B. CULLEN-J.F. WOSNIAK, *Is Rehabilitation Dead? The Myth of the Punitive Public*, in *Journal of Criminal Justice*, 1988, p. 303 ss.

⁵³ Sul tema si rinvia a R.E. HARLOW - J.M. DARLEY - P.H. ROBINSON, *The Severity of Intermediate Penal Sanctions: A Psychological Scaling Approach for Obtaining Community Perceptions*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 1995, p. 71 ss. Per considerazioni simili, riferite alla probation minorile statunitense, cfr. nell'ambito della dottrina italiana, D. STENDARDI, *La probation minorile statunitense*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1439; TARUFFO, *La ricezione del modello di juvenile probation statunitense nell'ordinamento italiano*, in *Minorigiustizia*, 2005, p. 105 ss.

⁵⁴ Così J. PETERSILIA - S. TURNER, *Intensive Probation and Parole*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, a cura di M. Tonry, Chicago 1993, p. 281 ss. Si veda inoltre M. TONRY, *Stated and Latent Features of ISP*, in *Crime and Delinquency*, 1990, n. 36, p. 174 ss.

⁵⁵ Ne dava già conto J. BONTA, *Offender Rehabilitation: From Research to Practice*, Ottawa 1997, p. 5 ss. Nello stesso senso si esprimevano, tra gli altri, J. PETERSILIA, *A Decade of Experimenting with Intermediate Sanctions: What Have We Learned?*, in *Federal Probation*, 1998, p. 3 ss.; P. GENDREAU - C. GOGGIN - F.T. CULLEN - M.A. PAPAROZZI, *The Common-Sense Revolution and Correctional Policy*, in *Offender Rehabilitation and Treatment: Effective Programmes and Policies to Reduce Re-Offending*, a cura di Maguire, Chichester 2002, p. 359 ss.

⁵⁶ In merito all'invasività delle *intermediate sanctions*, una interessante analisi fu condotta da H.G. GRASMICK - P.B. WOOD, *Toward the Development of Punishment Equivalencies: male and Female Inmates Rate the Severity of Alternative Sanctions Compared to Prison*, in *Justice Quarterly*, 1999, p. 19 ss. Per un'analisi della potenziale efficacia delle sanzioni intermedie, in relazione alle funzioni della pena, ma in un approccio integrato, che assuma quale presupposto le risultanze di scienze diverse da quella penalistica, cfr. D.A. ANDREWS - I. ZINGER - R.D. HOGE - J. BONTA - P. GENDREAU - F.T. CULLEN, *Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis*, in *Criminology*, 1990, p. 369 ss.

⁵⁷ Sia permesso rinviare al nostro *La crisi del sistema delle sanzioni penali. Prospettive di riforma*, cit., p. 162 ss.

⁵⁸ Così J. KERBS-MARK JONES - JENNIFER M. JOLLEY, *op. loc. cit.*

risocializzativi, occorrerebbe non puntare alla cieca su severi inasprimenti sanzionatori, bensì ricorrere a sanzioni che abbiano «contenuti effettivamente trattamentali»⁵⁹. I legislatori, tuttavia, forse per i costi ‘immediati’ che graverebbero sulle casse dello Stato, sono tradizionalmente affetti, sul punto, da una grave miopia, che li rende refrattari a stanziare le risorse necessarie. Parliamo di miopia perché il risparmio è solo apparente: ben maggiori sono le cifre che devono poi esser investite per rimediare agli effetti prodotti dalla inefficienza della risposta sanzionatoria e quindi - anche - dagli altissimi tassi di recidiva.

Ebbene, come proveremo ad evidenziare, l’obiettivo dell’integrazione sociale, perseguito attraverso sanzioni che abbiano contenuti effettivamente trattamentali, ben si sposa con l’istituto della messa alla prova, purché essa sia articolata secondo modalità applicative che possano contribuire alla integrazione sociale del reo, senza risolversi, come spesso accade, in misure che rasentano la strada della vuota clemenzialità.

5. L’art. 3, comma 11, della legge 28 aprile 2014, n. 67, come detto⁶⁰ ha introdotto nel codice penale gli articoli 168 *bis*, *ter* e *quater*: essi estendono ai maggiorenni l’applicabilità dell’istituto della sospensione del processo con messa alla prova, della quale prima potevano beneficiare solo imputati minorenni⁶¹.

Tuttavia, mentre nel procedimento penale minorile la sospensione del processo il *probation* è applicabile – ex artt. 28 e 29 del d.P.R. 448/1988 – agli imputati di reati di qualsiasi gravità⁶², la possibilità di accedere alla messa alla prova ordinaria è circoscritta ai reati che il legislatore del 2014 ha considerato di limitata offensività.

In sede minorile la messa alla prova non incontra limiti soggettivi né oggettivi, mentre l’applicabilità della messa alla prova dell’imputato adulto è esclusa per delinquenti e contravventori abituali, nonché per delinquenti professionali e per tendenza. Il beneficio, inoltre, è concedibile ai maggiorenni solo allorché oggetto del procedimento siano i delitti elencati dall’articolo 550, comma 2, c.p.p. ovvero i reati edittalmente puniti con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria. Inoltre, ai sensi degli ultimi due commi dell’art. 168 *bis* c.p., la sospensione del procedimento con messa alla prova non può essere concessa più di una volta: ulteriore differenza, questa, rispetto al *probation* minorile, che può esser concessa più volte.

L’istituto in commento è inquadrabile tra le cause di estinzione del reato⁶³: depone in tal senso, oltre alla collocazione degli artt. 168 *bis*, *ter* e *quater* nel capo I, Titolo VI del libro I del codice

⁵⁹ M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva dal codice Rocco alla riforma del 2005*, cit., pp. 1157-1158. L’A. rileva poi (p. 1158) che «la politica criminale americana di questi ultimi anni contro il fenomeno del recidivismo sembra prestare maggiore attenzione anche ai c.d. *reentry programs*, a quei programmi cioè di assistenza e aiuto al reinserimento del detenuto nella collettività una volta scontata la pena», rinviando a tal riguardo a J. PETERSILIA, *When Prisoners Come Home*, New York 2003, p. 77 ss.

⁶⁰ Vedi supra §1

⁶¹ Sull’istituto introdotto con la legge 28 aprile 2014, n. 67 si rinvia, agli Autori citati in nota 1.

⁶² Sulla messa alla prova in ambito minorile si rinvia, *ex plurimis*, a S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzioni e rischi di involuzione*, Cedam, Padova, 2005; M. MIEDICO, *La sospensione del processo e messa alla prova tra prassi e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2648 ss.

⁶³ Così V. BOVE, *op. loc. cit.*

penale, la previsione del secondo comma dell'art. 168 *ter*: «L'esito positivo della prova estingue il reato per cui si procede»⁶⁴.

All'inquadramento sostanziale tra le cause di estinzione del reato corrisponde, sul versante processuale, l'ascrivibilità dell'istituto ai procedimenti speciali⁶⁵: l'imputato – in cambio di un trattamento sanzionatorio meno afflittivo – rinuncia al pieno accertamento della responsabilità ed alla garanzia della *plena cognitio* in esso racchiusa⁶⁶.

Terminato il periodo di prova, il giudice dichiara con sentenza estinto il reato se – tenuto conto del comportamento dell'imputato e della relazione conclusiva dell'ufficio di esecuzione penale esterna che ha preso in carico l'imputato – ritiene che la prova abbia avuto esito positivo⁶⁷.

In caso di esito negativo della prova, invece, il giudice revoca con ordinanza il beneficio concesso, il procedimento penale riprende e ricomincia a decorrere il termine di prescrizione⁶⁸: per evitare richieste meramente dilatorie, infatti, l'art. 168 *ter* c.p., comma 1, stabilisce che: «durante il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova il corso della prescrizione del reato è sospeso».

Il beneficio è concesso quando il giudice, in base alla gravità del reato e alla capacità a delinquere dell'autore del fatto, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

Il legislatore non ha indicato l'obiettivo rispetto al quale andrebbe valutata l'idoneità del programma⁶⁹; questo vuoto normativo può tuttavia esser colmato dai principi statuiti dalla giurisprudenza di legittimità in sede di applicazione della messa alla prova minorile: numerose pronunce fondano il giudizio prognostico formulato dal giudice sull'evoluzione della personalità del minore verso modelli

⁶⁴ Cfr., in tal senso, E. FASSONE, *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1986, p. 784, secondo il quale «l'autorità statale rinuncia alla indefettibilità ed alla certezza della pena in funzione di un recupero appena probabile, o forse solo possibile, del reo». L'estinzione del reato costituisce il controvalore che lo Stato si dichiara disposto a pagare pur di evitare il costo del processo: così A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., p. 676.

⁶⁵ G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit., loc. cit.

⁶⁶ Così R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovrappollamento?*, cit., p. 664.

⁶⁷ M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, cit., loc. cit. sottolinea che gli uffici di esecuzione penale esterna sono chiamati a svolgere un nevralgico ruolo di impulso all'attività del giudice e di controllo nello svolgimento della prova. Anche i giudicanti, del resto, hanno il loro bel da fare: a tacer di ulteriori incombenze, essi devono valutare l'adeguatezza delle condotte riparatorie, risarcitorie e di quelle dirette alla mediazione; devono inoltre ascoltare la persona offesa, accertando nel contempo che essa venga adeguatamente tutelata, anche mediante l'individuazione, durante lo svolgimento del programma, di un domicilio dell'imputato ubicato in luogo idoneo a tal uopo: art. 464 *quater*, comma 3, c.p.p.

⁶⁸ Ai sensi dell'art. 168 *quater* c.p.: «La sospensione del procedimento con messa alla prova è revocata:

- 1) in caso di grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, ovvero di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità;
- 2) in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede».

⁶⁹ Evidenziano tale carenza, tra gli altri, A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., p. 682, R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovrappollamento?*, cit., p. 667-668, per il quale in via interpretativa si può ritenere che l'idoneità del programma debba riguardare la capacità di incidere sulla personalità reale del soggetto, di guisa che il giudice dovrà esercitare anche un controllo discrezionale circa l'effettiva disponibilità del soggetto a sottoporsi al trattamento.

socialmente adeguati ovvero sulla possibilità di rieducazione e di reinserimento nella vita sociale⁷⁰. Altre pronunce, poi, enucleano i criteri che dovrebbero guidare l'esercizio della discrezionalità giudiziale: il tipo di reato commesso; le sue modalità attuative; il carattere dell'imputato ed i motivi a delinquere; ogni altro elemento che induca a ritenere il fatto contestato un episodio occasionale e non un indice rivelatore di un sistema di vita⁷¹.

Il secondo comma dell'art. 168 *bis* c.p. delinea l'oggetto della messa alla prova, includendovi contenuti di natura riparatoria e di recupero: l'ordinanza che dispone il *probation* prevede obbligatoriamente la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno cagionato: quest'ultima statuzione assolve non solo ad una funzione di prevenzione generale⁷², ma anche alle stesse istanze specialpreventive⁷³ che concorrono a caratterizzare la disciplina della messa alla prova dell'imputato adulto⁷⁴.

Il *probation* implica l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma, ma anche - quale presupposto indefettibile⁷⁵ - lo svolgimento di lavoro di pubblica utilità⁷⁶ che, ai sensi dell'art. 168 *bis* c.p., consiste in una prestazione non retribuita, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, che il giudice ordina tenendo conto delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato. Essa viene svolta in favore della collettività, presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato, da modulare in termini che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del *probationer*. E' ovviamente necessario il consenso dell'imputato: una diversa previsione, del resto, avrebbe violato il divieto di 'lavori forzati', previsto dall'art. 4, commi 2 e 3, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Non può tacersi, in questa sede, riguardo alle problematiche applicative che attengono proprio allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità e

⁷⁰ Cfr., tra le molteplici pronunce, Sez. I, 5 marzo 2013, R., in Mass. Uff., n. 255267; Cass., Sez. I, 1 febbraio 2006, Zatar, in Riv. pen., 2007, p. 128; Cass., Sez. II, 10 marzo 1999, Svetina, in Mass. Uff., n. 212789; Cass., Sez. III, 22 ottobre 2008, S., in Mass. Uff., n. 241805.

⁷¹ Cfr. sul punto G. TABASCO, *op. loc. cit.*

⁷² Intesa secondo il più attuale concetto di prevenzione generale "positiva", che individua nella minaccia della pena una funzione morale-pedagogica o di orientamento culturale dei consociati. Sul punto cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1987, p. 15, il quale ritiene che il risarcimento assuma rilievo nella realizzazione delle finalità tradizionali della pena.

⁷³ A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in Ind. pen., 1991, p. 598.

⁷⁴ Secondo R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., p. 665, denota l'ispirazione dell'istituto al modello specialpreventivo, tra le altre circostanze, la subordinazione della concessione alla valutazione del giudice in termini di idoneità del trattamento e di prognosi di non recidiva,

⁷⁵ In merito all'indefettibilità, osserva R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., p. 670, che proprio tale caratteristica del lavoro di pubblica utilità, unita alle difficoltà applicative, in assenza di una richiesta di lavoro da parte del mercato, fa sorgere il dubbio «se non debba essere attribuita rilevanza alla sola circostanza di chi si sia attivato per tempo e seriamente per trovare l'occasione lavorativa senza tuttavia riuscirci».

⁷⁶ Questa previsione ha un antecedente nell'art. 22 del codice Zanardelli che prevedeva la «prestazione d'opera in lavori di pubblica utilità» come modalità esecutiva 'alternativa' della pena dell'arresto nei casi determinati dalla legge - contravvenzioni di mendicizia ed ubriachezza - ovvero come sanzione "sostitutiva" della pena detentiva di conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità (art. 19, co. 2 e 5, 24, co. 2): sul punto si rinvia a E. DOLCINI, *Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1977, p. 479 ss.

che rischiano di determinare uno stallo nel funzionamento di questo istituto⁷⁷: l'art. 3 del D.M. 8.6.2015⁷⁸, ha statuito che «gli oneri per la copertura assicurativa contro gli infortuni e le malattie professionali, nonché riguardo alla responsabilità civile verso i terzi, dei soggetti ammessi al lavoro di pubblica utilità sono a carico delle amministrazioni, delle organizzazioni o degli enti presso cui viene svolta l'attività gratuita a favore della collettività. Nessun onere grava a carico degli organi del Ministero della Giustizia». Questa copertura assicurativa molto spesso manca e ciò ha indotto più volte i richiedenti la messa in prova ad offrire di accollarsi personalmente le spese degli oneri assicurativi obbligatoria per poter adempiere alle prescrizioni impostegli nel programma di trattamento⁷⁹. E' di tutta evidenza che simili inefficienze ed effetti distorsivi non possono che incidere negativamente sulla corretta operatività dell'istituto.

6. Uno dei principali obiettivi perseguiti dal legislatore è quello della deflazione procedimentale⁸⁰: depone in tal senso l'art. 463 *ter* c.p.p.⁸¹, che consente l'applicabilità della sospensione del processo con messa alla prova solo allorché manchi una pronuncia sulla responsabilità dell'imputato⁸². Non è difficile, tuttavia, prevedere che il carico processuale non trarrà i benefici sperati: gli imputati che potrebbero aver accesso al *probation* infatti – considerati i contenuti limiti edittali delle fattispecie per le quali è ottenibile il beneficio nonché il tendenziale appiattimento su livelli minimi o medi della pena detentiva irrogata in concreto – potranno confidare nell'applicazione di una pena condizionalmente sospesa⁸³. Sarà quindi forte la tentazione di ottenere l'estinzione del reato per altra via, quella della sospensione condizionale⁸⁴, che presenta per l'imputato il vantaggio di rendere eventuali – in caso di condanna – e temporalmente più lontani gli obblighi, che sono – inoltre – meno gravosi di quelli che conseguono al *probation*⁸⁵. L'imputato eviterebbe infatti di sottoporsi al programma di trattamento elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna, previsto dall'art.

⁷⁷ Cfr. V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, cit., p. 16

⁷⁸ Decreto Ministeriale che - a norma dell'art. 8 della legge n. 67/2014 - contiene disposizioni “in tema di convenzioni con enti e organizzazioni per lo svolgimento di lavoro di pubblica utilità nell'ambito della sospensione con messa alla prova”.

⁷⁹ Cfr. V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, cit., p. 16

⁸⁰ Si è espressa in tal senso anche la Suprema Corte: cfr. Sez. 6, 9 dicembre 2014, n. 6483 cit. Per questo ordine di idee, in dottrina, vedi V. BOVE, *op. loc. ult cit.*

⁸¹ In base a questa disposizione «il giudice dispone la misura con ordinanza, su richiesta dell'imputato, qualora vi sia il consenso del pubblico ministero, sentita la persona offesa, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.».

⁸² Fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p. o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio, oppure ancora entro il termine e con le forme stabilite dall'art. 458, comma 1, c.p.p. se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, o con l'atto di opposizione, nel procedimento per decreto, come prevede l'art. 464 *bis* c.p.p.

⁸³ F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1301, ipotizza che la platea dei soggetti interessati alla sospensione del procedimento con messa alla prova possa in tal modo restringersi ad una ristretta categoria di imputati che potrebbero temere le conseguenze negative di una condanna o di un patteggiamento (in relazione, ad es., al loro interesse a concludere contratti con la pubblica amministrazione).

⁸⁴ Cfr. in tal senso, M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, cit., loc. cit. Cfr. inoltre, V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, cit., loc. cit.

⁸⁵ In questo senso F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, nm cit., p. 11 ss., rileva che la messa alla prova, per gli imputati che non rischiassero l'esecuzione della pena detentiva potrebbe apparire «scarsamente allettante rispetto ad altri esiti del processo ugualmente imperniati sull'imposizione di obblighi lavorativi – come, ad

464 *bis* c.p.p., quale allegazione necessaria dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova e beneficerebbe di una clemenzialità, quella della sospensione condizionale, che solo in parte è stata limitata dalle riforme legislative⁸⁶.

Non va inoltre dimenticato che, celebrando il processo, l'imputato potrà sperare nella sua estinzione per decorso del tempo ovvero in una pronuncia assolutoria.

Queste considerazioni non sono di certo tranquillizzanti sotto il profilo del corretto funzionamento del sistema penale: sono infatti noti gli effetti distorsivi che, anzitutto in termini di funzioni della pena, la sospensione condizionale ha prodotto. Introdotta in virtù della ritenuta «inutilità delle pene detentive brevi, unita alla corrispondente necessità di evitare la recidiva»⁸⁷, essa ha finito per assumere tratti incompatibili con un diritto penale assiologicamente orientato a principi di politica criminale da stato sociale di diritto e – anche in virtù dei suoi tassi di applicazione che si attestano alla metà delle condanne inflitte – ha contribuito in misura determinate a rendere ineffettivo il sistema penale⁸⁸, fornendo inoltre al condannato una percezione distorta dell'incondizionato favore riservatogli. A questo vuoto di effettività ed al mancato conseguimento di risultati in termini di integrazione sociale, si sono accompagnate le discrasie rispetto alla funzione generalpreventiva, negativa e positiva: la sterile clemenzialità non ha reso il sistema penale una seria 'minaccia', in grado di orientare le condotte dei consociati, né ha accresciuto il consenso della collettività nei confronti della giustizia penale la quale, anzi, ha perso credibilità⁸⁹.

Il legislatore del 2014, tuttavia, contrariamente a quanto auspicabile, non ha creato i presupposti affinché il *probation* - che si sottrae almeno a parte delle obiezioni alle quali va incontro la sospensione condizionale - riconducesse entro un alveo fisiologico l'applicazione della sospensione condizionale della pena.

esempio, una sentenza del giudice di pace applicativa della sanzione del lavoro di pubblica utilità, o una sentenza di condanna o di patteggiamento a pena detentiva condizionalmente sospesa, con imposizione dei predetti obblighi -, dal momento che l'obbligo di prestazione del lavoro accessorio alla sospensione con messa alla prova potrebbe avere contenuti significativamente più afflittivi, quanto a estensione temporale, di quelli dell'analoga misura irrogabile a norma dell'art. 54 d.l. n. 274 del 2000 o dell'art. 165 c.p.».

⁸⁶ Sia consentito, riguardo patologico funzionamento della sospensione condizionale, rinviare al nostro *La crisi del sistema delle sanzioni penali*, p. 249 ss.

⁸⁷ G. DIOTALLEVI, sub art. 163, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi – E. Lupo, Milano, 2000, vol. IV, p. 281. Nello stesso senso già si esprimeva E. DOLCINI, *Ancora una riforma della sospensione condizionale della pena?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 1012.

⁸⁸ *Relazione di accompagnamento al progetto di codice penale elaborato dalla commissione Pisapia*, sub § XXVII, *Sospensione condizionale e altre cause di estinzione della pena*.

⁸⁹ Effetti distorsivi del corretto funzionamento della giustizia penale sono derivati dall'improprio utilizzo dell'istituto della sospensione condizionale, che ha minato l'effettività della pena. Cfr., al riguardo, T. PADOVANI, *Sospensione e sostituzione nella prospettiva di un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 983; ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, ivi, 1992, p. 419; L. MONACO - C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di crisi della sanzione: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 421; G. FORNASARI, *Riflessioni sulla disciplina della sospensione condizionale della pena nel "progetto Grosso"*, con particolare riferimento ai rapporti con la pena pecuniaria, in *Crit. dir.*, 2001, 1-2, p. 56 ss., spec. p. 58 ss.; G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano 2002, p. 321 ss.; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano 2002, p. 130 ss.; S. MOCCIA, *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, cit., pp. 485-486. Cfr. inoltre, per significativi spunti comparatistici relativi al funzionamento dell'istituto in commento, L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato e sospensione condizionale della pena. Spunti di riflessione dai modelli tedesco occidentale e austriaco*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 1149 ss.

La disciplina introdotta, per le ragioni che abbiamo provato ad evidenziare, determina anzi l'effetto contrario: è la sospensione del processo con messa alla prova a veder il proprio ambito applicativo limitato dall'interazione con la sospensione condizionale.

I margini di operatività del *probation* si sono poi ulteriormente ristretti a seguito dell'ingresso nel nostro ordinamento dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: infatti, in base all'art. 131 *bis* c.p., introdotto dal d. lgs 16 marzo 2015, n. 28⁹⁰ nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, c.p., l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

La non punibilità per particolare tenuità del fatto si caratterizza, quindi, per la pena edittale che ne delimita l'ambito di applicabilità in senso meno restrittivo rispetto alla sospensione del processo con messa alla prova e per l'assenza di afflittività per l'imputato: caratteristiche, queste, che rendono anche questa misura più vantaggiosa per l'imputato rispetto al *probation*.

Se è quindi vero che la disciplina della messa alla prova si incentra sulla volontà dell'imputato, che «può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova» (e non poteva che esser così: il consenso è presupposto implicito dell'obiettivo risocializzativo), vero è anche che sarà proprio quella volontà, di regola, a mancare: presumibilmente la difesa punterà a dimostrare la particolare tenuità del fatto, che potrà ben sussistere in concreto, in considerazione della scarsa consistenza edittale dei reati per i quali la *probation* può esser concessa, e – in mancanza – a sperare nella sospensione condizionale della pena.

Sarebbe stato, forse, più ragionevole riservare al giudizio discrezionale del giudice l'individuazione dei casi concreti nei quali, nonostante il superamento del limite edittale prestabilito, la modesta offensività del fatto poteva giustificare l'applicazione della nuova procedura⁹¹.

Il legislatore, invece, pur avendo mosso passi nella direzione giusta, non ha avuto il coraggio necessario.

7. La disciplina introdotta ha posto – da un lato – problemi applicativi⁹² e – dall'altro – dubbi di legittimità costituzionale⁹³.

Sotto il primo profilo, tra le questioni ermeneutiche che la giurisprudenza ha dovuto affrontare ha particolare rilievo quella che – posto che il legislatore ha delineato l'ambito applicativo del *probation* riferendosi ad un massimo di pena edittale (oltre che ad alcune tipologie di reato) – ha ad

⁹⁰ Vedi *supra* § 1

⁹¹ G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit. loc. cit.

⁹² Per un'analisi delle applicazioni giurisprudenziali del nuovo istituto si rinvia a M.L. GALATI–L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, 2015.

⁹³ Questo profilo è stato approfondito da J. DELLA TORRE, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale*: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale, in <http://dirittopenalecontemporaneo.it>, 11 febbraio 2016.

oggetto la rilevanza delle circostanze nella determinazione della pena edittale rilevante ai fini applicativi⁹⁴: la S.C. si è condivisibilmente espressa nel senso della irrilevanza delle circostanze: «in tema di sospensione con messa alla prova, ai fini dell'individuazione dei reati attratti dalla disciplina della "probation" di cui agli artt. 168 bis e seguenti cod. pen. in ragione del mero riferimento edittale, deve guardarsi unicamente alla pena massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dal rilievo che nel caso concreto potrebbe assumere la presenza della contestazione di qualsivoglia aggravante, comprese quelle ad effetto speciale»⁹⁵. Questo ordine di idee è stato sostenuto anche in dottrina, facendosi rilevare che «quando il legislatore ha voluto dare rilievo, nella determinazione della pena, alle circostanze, l'ha sempre fatto espressamente»⁹⁶: il silenzio del legislatore, in questo caso, depone nel senso della irrilevanza delle circostanze. Ai fini dell'individuazione dei reati che rientrano nell'ambito applicativo di tale istituto, deve guardarsi alla pena massima prevista per la fattispecie base, senza tener conto delle circostanze, neanche di quelle ad effetto speciale. A queste corrette argomentazioni giurisprudenziali e dottrinali aggiungiamo il rilievo che una diversa interpretazione restringerebbe ulteriormente l'ambito di applicabilità del *probation* rendendo l'istituto ancor meno incisivo ed aggravando la distonia tra la configurazione del *probation* e le finalità che tramite esso il legislatore persegue.

La giurisprudenza ha già avuto modo di pronunciarsi, inoltre, sulla questione che – nel silenzio del legislatore – è venuta a porsi riguardo alla concedibilità di una messa alla prova solo parziale, ove l'istante sia imputato per più reati, dei quali solo alcuni rientrano nei limiti edittali indicati dall'art. 168 *bis* c.p.⁹⁷: la concedibilità del beneficio è infatti limitata⁹⁸ ai delitti elencati dall'articolo 550, comma 2, c.p.p. ed ai reati edittalmente puniti con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria.

Nulla quaestio sull'ammissibilità del *probation* - in presenza di reati riuniti in un unico procedimento – ove la pena edittale, complessivamente considerata, non superi la soglia indicata dalla legge per poter accedere all'applicazione dell'istituto⁹⁹. Ben più problematica è – invece – l'ipotesi

⁹⁴ Cfr., sul punto, A. MARANDOLA, *Il criterio quantitativo della pena per l'ammissione alla messa alla prova*, in *Giurisprudenza italiana*, ottobre 2015, p. 2226 ss.

⁹⁵ Cass. Sez. 6, 9 dicembre 2014, n. 6483, Rv. 262341. Diversamente ha opinato Cass. Sez. 6, 30 giugno 2015, n. 36687 Rv. 264045, secondo cui ai fini della determinazione del limite edittale al cui superamento consegue l'inapplicabilità del *probation* rilevano le aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. Successive pronunce giudice di legittimità hanno però – condivisibilmente - confermato il primo orientamento, che esclude la rilevanza di qualunque tipo di circostanza: cfr. Cass. Sez. 2, 14 luglio 2015, n. 33461, Rv. 264154; Cass. Sez. 4, Sentenza 19 luglio 2015, n. 32787 Rv. 264325.

⁹⁶ V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, cit., p. 8 che cita, come esempio, il caso dell'applicazione della pena su richiesta: «l'imputato e il pubblico ministero posso chiedere al giudice l'applicazione... di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera i cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria».

⁹⁷ Sul tema cfr. J. DELLA TORRE, *La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova 'parziale' in nome della rieducazione 'totale' del richiedente*, nota a Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 2015 (dep. 8 aprile 2015), n. 14112, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 20 maggio 2015. Si rinvia inoltre a M.L. GALATI – L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, cit., p. 84 ss.

⁹⁸ Vedi *supra* § 5.

⁹⁹ Sul punto cfr. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 664.

in cui alcuni dei reati contestati non rientrano in tale soglia: la seconda sezione della Corte di Cassazione, individuata la *ratio* dell'istituto nella volontà di dare attuazione al principio costituzionale della funzione rieducativa della pena, ha negato l'ammissibilità di una messa alla prova parziale; nei casi in cui siano contestati all'imputato anche reati per cui non sia astrattamente concedibile la messa alla prova, secondo il S.C. non ci sarebbero i presupposti per operare una positiva valutazione prognostica in merito alle possibilità di risocializzazione. L'istituto, rileva la Corte, mirerebbe infatti ad una totale rieducazione, che stridrebbe con l'idea di una «parziale risocializzazione del soggetto» o, altrimenti detto, di un «individuo semi-risocializzato»¹⁰⁰.

Queste argomentazioni, apprezzabili per il tentativo di ancorare la *probation* alle funzioni della pena, finiscono tuttavia per enucleare - in contrasto con il principio del *favor rei* e con la stessa riserva di legge - un divieto del quale non vi è traccia nel testo normativo¹⁰¹. Ne derivano conseguenze applicative *in malam partem* che, anche perchè di creazione giurisprudenziale, potrebbero suscitare legittime perplessità nello stesso imputato e ciò finirebbe per risultare incompatibile proprio con la finalità rieducativa il cui perseguimento la Suprema Corte vorrebbe preservare.

Ci sembrerebbe, quindi, preferibile una soluzione meno radicale che rendesse l'esercizio del potere discrezionale più armonico con l'obiettivo risocializzativo: in quest'ottica potrebbe consentirsi al giudice di ammettere alla messa alla prova parziale l'imputato del quale formuli una prognosi positiva in merito al conseguimento, per tal via, di esiti di integrazione sociale. Questa conclusione ci sembra coerente con il dettato dell'art. 464 *quater*, comma 3, c.p.p., ai sensi del quale la sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta «se il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati».

Le medesime considerazioni sono a nostro sommo avviso valide anche con riferimento alla differente ipotesi di un soggetto che, imputato per più reati per i quali il beneficio sarebbe concedibile, manifesti volontà di accedervi solo per taluni tra essi: il giudice, anche qui, dovrebbe esser lasciato libero di concedere la messa alla prova parziale ove la ritenga funzionale al percorso rieducativo¹⁰².

Venendo ora ai dubbi di legittimità costituzionale già emersi nelle applicazioni giurisprudenziali, evidenziamo che su alcuni di essi la Consulta ha già avuto modo di pronunciarsi ed uno dei giudizi ha condotto alla dichiarazione di parziale illegittimità della norma impugnata: è il caso dell'art. 460, comma 1, lettera e), del codice di procedura penale, ritenuto dalla Corte illegittimo nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova¹⁰³.

¹⁰⁰ Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 2015 (dep. 8 aprile 2015), n. 14112, con nota di J. DELLA TORRE, *La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova 'parziale' in nome della rieducazione 'totale' del richiedente*, cit.

¹⁰¹ In tal senso G.L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, cit., p. 430.

¹⁰² Così G.L. FANULI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰³ Corte Costituzionale, sentenza n. 201 del 6 luglio 2016, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2016/0201s-16.html>, con nota di G.L. GATTA, *Decreto penale di condanna: la Corte cost. parifica la sospensione del procedimento con messa alla prova ai riti speciali, ai fini dell'avviso ex art. 460, co. 2, lett. e) c.p.p.*

Numerose altre questioni di legittimità sono state sollevate: infondate alcune¹⁰⁴; inammissibili altre¹⁰⁵; si attende invece la pronuncia per altre ancora. In questa sede non è tuttavia possibile analizzarle: ciò che più ci sembra rilevante è che – tra i quesiti posti alla Corte costituzionale – vi sono questioni che non attengono a singoli aspetti della disciplina, ma pongono dubbi sull'intera struttura dell'istituto.

Comprensibile interesse, ad esempio, hanno suscitato in dottrina¹⁰⁶ le ordinanze del Tribunale di Grosseto¹⁰⁷ nelle quali si rileva, tra l'altro, che la messa alla prova si sostanzia in un «trattamento giuridico corrispondente alla espiazione di una pena criminale» e che – come qualsiasi trattamento sanzionatorio – dovrebbe fondarsi sul «convincimento del giudice in merito alla responsabilità dell'imputato», mentre l'ammissione al beneficio può esser chiesta a prescindere dalla prova della fondatezza dell'accusa. In effetti, nel momento in cui valuta la concedibilità del *probation*, il giudice fonda la propria decisione sull'assunto che, allo stato degli atti, quel fatto di reato è attribuibile al soggetto¹⁰⁸. Nulla più di questo. Ma la decisione – da prendersi senza che il giudice possa 'sentire l'imputato sul fatto'¹⁰⁹ – si basa su materiale istruttorio «largamente insufficiente o inidoneo a fornire palusibile rappresentazione fatto occorrente»¹¹⁰: l'art. 464 *quater* c.p.p., infatti, non prevede che il giudice, ai fini della decisione sull'ammissione alla *probation*, possa acquisire e valutare «gli atti del fasciolo del pubblico ministero di cui altrimenti non disponga»¹¹¹. Il remittente grossetano ravvisa in questa disciplina una radicale negazione della presunzione di non colpevolezza, sancita dall'art. 27, comma 2, Cost.: negazione i cui effetti sono ancor più gravi perché non controbilanciati dall'esigenza di tutelare valori di pari o superiore importanza, come invece accade nel procedimento minorile ove la deroga si fonda sulla «cogente necessità di protezione della personalità dell'imputato ancora in fase formazione», desumibile dall'art.31 comma 2, Cost.

¹⁰⁴ Ci riferiamo - ad esempio - a Corte cost., 26 novembre 2015, n. 240, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 464 bis, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui, in assenza di una disciplina transitoria [...] preclude l'ammissione all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati di processi pendenti in primo grado, nei quali la dichiarazione di apertura del dibattimento sia stata effettuata prima dell'entrata in vigore della legge 67/2014».

¹⁰⁵ Tra le varie, Corte Costituzionale sentenza n. 140 del 20 aprile 2016, in <http://www.giurcost.org>, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 della legge 28 aprile 2014, n. 67, ritenuto dal remittente illegittimo nella parte in cui «non prevede che la disciplina ivi recata si applichi anche alla costituzione delle parti in sede di incidente d'esecuzione ex art. 666 c.p.p.; ciò, quanto meno, laddove nei confronti del soggetto interessato a esercitare i propri diritti di difesa venga sollecitata al giudice una statuizione per lui pregiudizievole».

¹⁰⁶ Per un'ampia analisi si rinvia a J. DELLA TORRE, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale*, cit., p. 2-3

¹⁰⁷ Il riferimento è a Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, T.F., in Gazz. Uff., 2 settembre 2015, n. 35.

¹⁰⁸ Cfr. V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, cit., p. 14.

¹⁰⁹ Questa preclusione è implicitamente ricavabile, nel silenzio del legislatore, dalla circostanza che il richiedente è tenuto ad esprimere il proprio consenso allo svolgimento del programma di trattamento e può essere sentito dal giudice, ma solo sulla volontarietà della richiesta presentata: così V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, cit., p. 15

¹¹⁰ In tema di accertamento compiuto dal giudice in fase di ammissione dalla messa alla prova, cfr. per tutti, A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 681.

¹¹¹ Così, ancora, la citata ordinanza di rimessione del Tribunale di Grosseto.

Ulteriore profilo di illegittimità è ravvisato dal remittente con riferimento al principio di determinatezza/tassatività¹¹²: le «determinazioni qualitative e quantitative dei trattamenti applicabili sono rimesse alla libera scelta dell'autorità procedente» e - in particolare - il secondo e il terzo comma dell'art. 168 *bis* c.p., descrivono «in modo indeterminato l'insieme della prestazioni oggetto della messa alla prova, lasciando al giudice una scelta eccessivamente ampia in merito alla concreta afflittività del trattamento»¹¹³. Non è inoltre stabilita, e questo costituisce un ulteriore vizio denunciato, la «misura precisa delle sanzioni criminali applicabili»¹¹⁴: unica previsione al riguardo è la durata minima del lavoro pubblica di utilità, che è di dieci giorni ai sensi dall'art. 168 *bis* comma 3 c.p.; mentre totalmente indeterminata è la misura massima di questa prestazione lavorativa¹¹⁵; del tutto indeterminata, inoltre, è la misura intertemporale dell'affidamento in prova.

I dubbi di legittimità che abbiamo provato a descrivere ci sembrano tutt'altro che peregrini: siamo consapevoli che difficilmente ciò avverrà, ma sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che - a prescindere dai futuri pronunciamenti della Consulta - mirasse a sanare i denunciati vizi della disciplina vigente ed a render così il *probation* rispettoso dei principi costituzionali, attualmente violati se non addirittura, come nel caso della presunzione di non colpevolezza, radicalmente negati.

8. Alla luce delle considerazioni svolte crediamo che, in prospettiva *de iure condendo*, andrebbe esteso l'ambito di applicabilità del *probation*: la scelta di renderlo concedibile solo in relazione a fattispecie criminose di entità medio-lieve, ne frustra invece ruolo e finalità¹¹⁶, impedendo a questo istituto di conseguire gli esiti applicativi sperati.

Il legislatore, del resto, con l'introduzione alla non punibilità per particolare tenuità del fatto¹¹⁷ ha fornito ulteriore indizio della volontà di limitare l'esecuzione della sanzione penale ai casi in cui ciò appaia strettamente necessario: in caso contrario non potrebbero efficacemente perseguirsi le finalità che la Costituzione assegna alla pena. Il reo, infatti, non comprenderebbe il senso di una pena che trovi fondamento in un fatto pressoché inoffensivo; la collettività non sarebbe culturalmente orientata da una simile esecuzione sanzionatoria; ad essere violato, poi, sarebbe lo stesso canone retributivo nella sua valenza garantistica connessa alla necessità di non violare - *in peius* per il reo - il principio di proporzione¹¹⁸.

¹¹² Per un'ampia analisi delle violazioni di questo principio nel nostro ordinamento e delle 'promesse non mantenute' dal legislatore' si rinvia a S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

¹¹³ Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, cit.

¹¹⁴ Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, cit.

¹¹⁵ A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?* cit., p. 1272, deduce - dall'assenza di un termine massimo di durata del lavoro di pubblica utilità - l'irriducibile incompatibilità di questa sanzione con la natura di pena.

¹¹⁶ Sono infatti estensibili alla *probation* le considerazioni autorevolmente svolte in dottrina da S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Crit. Dir.* 2004, 4, p. 344 ss.: secondo l'autorevole studioso i reati mediabili non andrebbero limitati a fatti di non rilevante gravità; la mediazione verrebbe altrimenti trasformata in un «mero strumento deflattivo, che ne mortifica ruolo e finalità. È proprio nei casi di forti conflitti, invece, che la mediazione, svolgerebbe un ruolo di particolare significato».

¹¹⁷ Vedi *supra* 1.

¹¹⁸ Nell'ambito dello Stato sociale di diritto la pena non può quindi conformarsi a concezioni retributive, delle quali può essere recuperata solo la valenza garantistica insita nel principio di proporzione: sul punto si rinvia alle riflessioni di F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparativo allo studio del tema)*, in AA.VV., *L'influenza*

La scelta di ammettere la sospensione del processo con messa alla prova – e quella successiva in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto - ci sembrano infatti in linea con un sistema assiologicamente orientato ai principi costituzionali di uno Stato sociale di diritto nel quale, ragionando in termini di funzioni della pena, andrebbe privilegiata l'ottica preventiva della quale, giova ricordarlo, non tutte le implicazioni sono accoglibili: occorre selezionare, secondo parametri normativi, le forme di prevenzione compatibili con i principi del nostro assetto ordinamentale¹¹⁹.

In tale ottica può sostenersi che la perseguibilità di un disegno di integrazione sociale¹²⁰ è compatibile con la scelta di preferire – in misura più ampia rispetto a quanto consentito dalla disciplina vigente – la messa alla prova, evitando nei limiti del possibile il contatto con la struttura carceraria, del quale sono ben noti i potenziali devastanti effetti sulla personalità: anche in tal modo potrebbe finalmente attribuirsi «consistenza tangibile al principio del ricorso al carcere come *extrema ratio*»¹²¹ che, superando la centralità della risposta detentiva, assegni un ruolo centrale agli strumenti di definizione anticipata del processo, nel cui ambito potrebbe delinarsi - «nel solco della *restorative justice*»¹²² – una messa alla prova fondata su attività 'riparatorie' e 'conciliative' con l'obiettivo della riconciliazione tra reo e vittima e della ricomposizione della frattura dei rapporti interpersonali e sociali che la condotta illecita ha prodotto¹²³. Per un miglior conseguimento di questi obiettivi ci sembrerebbe opportuno, inoltre, valorizzare – tra le attività in cui può consistere la prova – quelle di mediazione¹²⁴ che, in ambito penalistico, hanno catalizzato l'attenzione delle correnti di pensiero che affermano la necessità che la reazione penale si fondi sul concetto di *corrispettivo*, rifiutando logiche solo repressive nella risposta al reato¹²⁵.

Non può tuttavia omettersi di rilevare che il nuovo istituto, nonostante l'evidente meritorietà del passo mosso verso un nuovo modo di intendere la risposta al reato, farà ancora una volta emergere la marginalità di modelli di risposta al reato diversi da quello detentivo: significativo è l'indicatore dalla scarsità di risorse destinate agli Uffici del servizio sociale ai quali è affidata l'attuazione del *probation* – e delle misure alternative – a fronte dell'impegno economico decisamente maggiore per ciò che concerne l'apparato carcerario.

dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei, a cura di A. Pizzorusso-V. Varano, Milano 1985, p. 603 ss.; E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, vol. II, Milano 2006, p. 1073 ss. Una pena sproporzionata per eccesso sarebbe avvertita come ingiusta dal reo ed avrebbe il probabile effetto di renderlo non disponibile ad accettare il trattamento rieducativo: cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma 1981, p. 227 ss.

¹¹⁹ In tal senso S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teologica*, cit., p. 96.

¹²⁰ Nell'ambito dello Stato sociale di diritto sono legittimamente perseguibili gli scopi positivi della prevenzione generale (rafforzamento della coscienza sociale intorno ai principi fondamentali sui quali si fonda l'ordinamento ed ai valori ad essi sottesi) e speciale (recupero sociale e, ove manchi il consenso del reo al trattamento rieducativo, non-desocializzazione), che possono essere unitariamente compresi nel concetto di genere dell'integrazione sociale: così S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 109.

¹²¹ L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1308

¹²² L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, p. 1316.

¹²³ L. EUSEBI, *Una giustizia diversa. Il modello riparativo la questione penale*, cit., p. 17 ss.

¹²⁴ Sulle difficoltà allo sviluppo di percorsi di mediazione, anche in relazione al *probation*, cfr. V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>, 22 dicembre 2015, p. 14

¹²⁵ L. EUSEBI, *Una giustizia diversa. Il modello riparativo la questione penale*, cit., p. 14 ss.

Ovviamente, affinché un simile disegno politico-criminale possa essere fruttuosamente messo in atto, andrebbero adottate soluzioni che facciano tesoro dell'esperienza fornita dal nostro sistema sanzionatorio e – non meno – degli spunti di riflessione forniti dalla esperienza comparatistica.

Quest'ultima, in particolare, evidenzia che – proprio nei paesi di *common law* che ne sono stati la culla – al *probation* è stato rimproverato con insistenza crescente il lassismo punitivo cui essa condurrebbe: cfr. *supra* 4. L'esperienza di matrice anglosassone funge allora da monito: abbia cura, il legislatore italiano, di evitare evitare esiti di ineffettività del sistema sanzionatorio. Nel nostro ordinamento, del resto, abbiamo già una triste e lunga esperienza nel campo della vuota clemenzialità, della quale il funzionamento dell'istituto della sospensione condizionale è emblema, avendo essa fornito al condannato¹²⁶ una percezione distorta dell'incondizionato favore riservatogli, nel contempo ingenerato nella collettività un disorientamento dal quale non ha di certo tratto benefici la credibilità del sistema penale.

La messa alla prova dovrebbe esser strutturata secondo i tratti che stiamo provando a delineare, ma in un contesto di armonia e coerenza dell'intero sistema sanzionatorio. A poco vale, infatti, rendere il *probation* una causa di estinzione del reato non meramente clemenziale se poi non si adegua ai medesimi canoni la sospensione condizionale della pena: quest'ultimo istituto, infatti¹²⁷ costituisce un approdo processuale più appetibile per molti degli imputati che potrebbero beneficiare della sospensione del processo con messa alla prova. Ne deriva una restrizione dell'ambito di applicabilità del *probation* che si è poi fatto ancor più angusto a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento della non punibilità per irrilevanza del fatto, che – ancor più della sospensione condizionale – costituisce soluzione tendenzialmente più appetibile, in ottica difensiva, rispetto al *probation*.

Il sentiero è tracciato; ma occorre percorrerlo con maggior decisione.

Viene da chiedersi, ovviamente, perché il legislatore, pur avendo mosso passi nella direzione giusta, non abbia avuto il coraggio necessario.

La spiegazione della 'timidezza' legislativa si cela, a nostro sommo avviso, dietro una considerazione di ordine pragmatico: l'opinione pubblica tende ad accogliere con favore provvedimenti severi e repressivi; e la classe politica tende a cavalcare quest'onda, mantenendosi invece prudente nei confronti di provvedimenti che appaiano favorevoli ad indagati ed imputati.

Ciò – dicevamo – 'spiega', ma non giustifica le ritrosie del legislatore che, dopo aver compiuto la lodevole scelta di introdurre la sospensione del processo con messa alla prova, ne ha rigorosamente limitato l'applicabilità.

Andrebbe quindi ampliato il novero dei reati per i quali è consentita l'applicazione del beneficio.

Una simile scelta, tuttavia, non può che andare di pari passo con la modifica delle disposizioni che, come opportunamente evidenziato da attenti giudici *a quibus* nel primo arco temporale di applicazione del *probation*¹²⁸ contrastano, talora radicalmente, con i principi costituzionali di non colpe-

¹²⁶ Vedi *supra* § 6.

¹²⁷ Vedi *supra* § 6.

¹²⁸ Vedi *supra* § 7.

volezza e di determinatezza/tassatività. La questione, del resto, è stata posta anche in dottrina, evidenziandosi che la sperimentazione di forme di *diversion* va incoraggiata, ma a condizione che essa non intacchi le esigenze garantistiche dello Stato di diritto e, in particolare, il rispetto del principio di legalità nonché dei canoni dell'uguaglianza e della presunzione di non colpevolezza¹²⁹.

Sarebbe in tal senso da accogliere una soluzione normativa che – oltre ad esser pienamente rispettosa del principio di determinatezza/tassatività - consentisse la sospensione del processo con messa alla prova nei soli casi in cui il giudice abbia già «costatato la colpevolezza» dell'istante¹³⁰.

È quindi nel rispetto di ben precisi limiti garantistici stabiliti dal legislatore che potrebbe esser perseguito l'obiettivo di realizzare un modello politico-criminale alternativo che, superate logiche di mera corrispettività nella risposta al reato, veda nel reo non più il passivo destinatario della sanzione penale ma il fine ultimo di un *progetto* finalizzato a delineare programmi coerenti con la prospettiva dell'integrazione sociale.

¹²⁹ Sia consentito rinviare, in tal senso, al nostro *La crisi del sistema delle sanzioni penali. Prospettive di riforma*, cit., p. 340.

¹³⁰ L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1318.

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

Il Tribunale per i minorenni di Napoli

a scioglimento della riserva di cui al verbale di udienza dibattimentale del 23 Marzo 2016 del processo a carico di **A. A. (n. 299\15 R.G. ; 2702\14 PM)**, esaminate le richieste delle parti e verificate le risultanze della istruttoria dibattimentale sin qui svolta, ha pronunciato la seguente

Ordinanza ex art. 507 c.p.p.

In punta di diritto va preliminarmente rilevato come il legislatore – con una precisa scelta di campo in direzione del sistema cosiddetto accusatorio abbia deciso di articolare la istruttoria dibattimentale, attribuendone la gestione alle parti, nella presunzione (semplice) della completezza delle richieste probatorie ai fini della decisione, nel senso di definire la verità processuale su cui il giudice è chiamato ad emettere la pronuncia sulla responsabilità come quella scaturente dalla dialettica tra la accusa e la difesa, ritenendo questa procedura come quella maggiormente indicata alla adesione alla verità sostanziale dei fatti. La previsione normativa poggia, in definitiva, sulla presunzione che le parti producano *tutte* le prove ritenute rilevanti ai fini della dimostrazione dei rispettivi assunti, sicché si realizzi la completezza della istruttoria.

L'art. 507 del codice di procedura penale (ed, in parte, anche il precedente art. 506 in tema di indicazione di temi di prova) attribuisce, però, al giudice un potere "riequilibrante", atto a supplire alle eventuali carenze probatorie delle parti, allorché esse incidano in modo determinante sulla formazione del convincimento e sul risultato del giudizio. Ed infatti, ad di là della opzione preferenziale adottata dal legislatore, in ogni caso il giudice deve orientare la propria decisione partendo dalla considerazione (comunque ineludibile) secondo cui il fine primario del processo penale non può che essere quello della *ricerca della verità sostanziale* e che in un ordinamento improntato al principio di legalità, nonché al connesso principio di obbligatorietà della azione penale, non sono da applicarsi in modo formalistico norme di metodologia processuale, che ostacolano, in modo irragionevole, il processo di accertamento del "fatto storico" necessario per pervenire ad una giusta decisione. Tale presupposto di fondo rappresenta il retroscena culturale, che ha imposto al legislatore la individuazione e l'affidamento ad un giudice terzo del precedente descritto potere riequilibrante, idoneo a supplire alle carenze probatorie delle parti, laddove esse siano tali da impedire una corretta e giusta decisione.

Ed il concetto di *giusta* decisione altro non significa che sarà corretta ogni pronuncia che esamini le risultanze istruttorie - emerse dal contraddittorio dialettico tra le parti - in maniera logica e motivata, indipendentemente dalla ricerca di una verità disancorata dalle tavole del processo, ma che, comunque, *in via tendenziale tenda ad avvicinare il più possibile il concetto di verità processuale alla verità sostanziale del fatto storico* in esame. In altri termini, soltanto all'esito della dichiarazione di chiusura della istruttoria il giudice dovrà, comunque, far prevalere la verità emergente dagli atti del processo rispetto ad altre verità comunque supponibili o congetturabili. Prima di siffatto momento processuale di cesura, il giudice è obbligato alla ricerca di ogni strumento probatorio legittimo che consenta di avvicinarsi il più possibile alla verità storica dei fatti.

E questo ancora di più in un processo in cui ciascuna delle parti in genere tende a dimostrare per un verso la sovrapposibilità ai fatti della propria ricostruzione e, per altro verso, la non congruità della ricostruzione di parte avversa.

E ciò è tanto più vero per l'accusa, tenuta – secondo il principio desumibile dall' art. 530 c.p.p. – alla dimostrazione piena della ipotesi (cd. Progetto di sentenza di condanna) portata all' attenzione del giudice dibattimentale, una volta scartata la ipotesi di cui all' art. 125 disp. Att. C.p.p. (relativo a regole in tema di archiviazione). Si può parlare di certezza nella ricostruzione di un fatto quando *ogni ipotesi alternativa o non è plausibile o va respinta*, altrimenti entra in gioco la categoria giuridica della verosimiglianza. Ma per una condanna non basta che un fatto sia verosimilmente accaduto nel modo descritto dalla accusa, ma è indispensabile che (quanto meno sotto il profilo della verità processuale ricavabile dagli atti) esso sia “vero” e, cioè, accaduto ed attribuibile certamente all' imputato. Secondo la costante giurisprudenza della suprema corte la prova indiziaria deve consentire la ricostruzione del fatto in termini di certezza tali da *escludere la prospettabilità di ogni altra ragionevole soluzione*. Non è possibile, secondo la corte, concepire, ai fini di escludere la fondatezza di una ipotesi di accusa, concepire alternative di fantasie, o, comunque di pura congettura: davanti ad una astratta pluralità di spiegazioni è necessario preferire quella capace di inglobare tutti gli elementi in maniera coerente, tagliando, cioè, fuori le ricostruzioni fantasiose o meramente congetturali. *Né, in questo campo, si tratta di una competizione tra livelli di probabilità delle storie*, basata su ciò che accade di solito secondo le regole ordinarie di esperienza, potendosi, nella vita e nei processi, verificare i casi eccezionali: l' importante è che anche il caso eccezionale trovi un suo riscontro negli atti processuali, non potendo la regola di esperienza “usuale” (su ciò che nella maggior parte dei casi accade) funzionare da criterio di decrittazione apodittico del fatto.

In altri termini *non basta all' accusa proporre una storia più probabile per far sì che la sua ipotesi sia giudicata processualmente “vera”* – nel senso sopra delineato –. Ai fini della declaratoria di responsabilità penale e della condanna, l' accusa deve proporre quella che sia l' unica storia accettabile, l' unica spiegazione dimostrabile dei fatti di causa.

Posto siffatto principio di ordine generale, quale indispensabile premessa, al fine di discernere gli esatti criteri di valutazione adottati dal collegio giudicante, va, quindi, particolarmente, verificato entro quali termini la istruttoria dibattimentale, sin qui espletata, consenta la adozione di una pronuncia “corretta”, nei sensi sopra accennati.

Non vi è alcun dubbio che il *quantum* del materiale probatorio finora raccolto su impulso del pm sia stato indirizzato alla dimostrazione della tesi di colpevolezza, ipotizzata dalla accusa, mediante la richiesta di rinvio a giudizio immediato.

In particolare, in estrema sintesi, attraverso le fonti di prova azionate dal pm, è possibile dire che sia stata sottoposta a vaglio (con che esiti lo dirà la pronuncia) la prospettazione di accusa, intesa a configurare la azione omicida non realizzata come compiuta materialmente dall' imputato minorenne a. A. Con la motivazione “passionale” di liberarsi di un ostacolo allo sviluppo ulteriore della relazione sessuale (così definita dai medesimi due protagonisti) con la b. B., moglie della persona offesa del tentato omicidio c. C.

Sotto tale aspetto acquistano rilevanza le deposizioni della vittima, dei suoi familiari ed in tale prospettiva sono stati, altresì, escussi i testi p. E m. Le dichiarazioni dello stesso imputato a. E della b. Appaiono significative, almeno per quanto attinenti alla effettiva, oggettiva, esistenza della relazione extra coniugale. Altrettanto oggettive (salva la valutazione del tribunale) le acquisizioni relative alla eventuale compatibilità tra l' ora del fatto e le comunicazioni telefoniche dell' utenza dell' imputato in connessione alle celle “agganciate”. Tutte le acquisizioni *hanno individuato la esistenza di un probabile movente* al delitto e la “probabilità” che di esso si sia reso autore

l'imputato, non potendosi neppure dimenticare, in relazione alla posizione della coimputata maggiorenne b. B., che la predetta risulta già condannata in primo grado (sia pur con sentenza non definitiva) ad otto anni di reclusione con rito abbreviato – privo di istruttoria – nella qualità di mandante del tentativo di omicidio eseguito – in ipotesi – materialmente dal minore a. A.

Sotto l'aspetto della prospettazione difensiva tesa alla negazione della accusa, al di là della messa in dubbio (sotto il profilo della logistica e della strumentazione balistica) della ricostruzione operata dal c., è stato – soprattutto mediante le dichiarazioni rese dalla coimputata b. B. Alla udienza del 10 febbraio 2016 – instillato il dubbio che la accusa formulata dal c. Altro non sia stato che una manovra abilmente messa in scena dallo stesso in funzione della separazione in corso con la coniuge, funzionale a screditarla quale genitrice sì da rendere impossibile l'affidamento a lei dei figli in sede di separazione. Con tale motivazione, secondo la prospettazione difensiva, si spiegherebbe il ritardo – rispetto alla data del fatto (9 agosto 2014) ed alla denuncia resa nella immediatezza – con cui il c. Con le successive dichiarazioni del 23 settembre 2014 – un mese e mezzo dopo – riferiva per la prima volta ai carabinieri (che investigavano sul diverso movente camorristico dell'attentato in relazione alla figura ed alle relazioni della vittima), non solo del puntamento della pistola alla tempia con i successivi click di inceppamento dell'arma ma anche, e soprattutto, della individuazione da parte sua – a mezzo di indagini private – del responsabile e, cioè, dell'amante della moglie con cui erano già in corso le pratiche di separazione.

Se, per un verso, non appare rilevante ai fini del decidere l'accertamento peritale richiesto dalla difesa, apparendo sufficientemente dimostrato agli atti che i proiettili rinvenuti in loco non attengano alla fase specifica del tentativo omicidiario, bensì (eventualmente) alla fase successiva durante la fuga dalla via c. G., viceversa, nulla risulta – allo stato degli atti utilizzabili per la decisione – circa la possibile ulteriore congruità della spiegazione dei fatti lasciata trasparire attraverso le parole della coimputata, *le cui dichiarazioni del 10 febbraio c.a. Lasciano ampi margini di riscontro sia di natura oggettiva che testimoniale*, apparendo le motivazioni a discolta dei pianeti sostanzialmente inesplorati, seppur raggiungibili con adeguati strumenti.

In altri termini, ad avviso del tribunale, ciò che appare determinante al fine di verificare la eventuale fantasiosità delle spiegazioni fornite dalla b. (ed indirettamente da a.) Non risulta l'evento in sé quanto, piuttosto, l'esame del periodo intercorrente tra la prima denuncia del 9 agosto e la successiva del 23 settembre 2014, onde verificare la credibilità sia della spiegazione della b., sia la attendibilità della seconda (e differente) versione del fatto fornita dalla vittima c. C.

A tal proposito, oltre a verificare la sussistenza di una relazione in atto, all'epoca dei fatti, tra il c. C. E tale d. D., sia mediante la escussione di questa che attraverso la verifica di una permanenza dei due in un albergo di cava de' tirreni nel periodo tra il 9 ed il 12 agosto 2014 (data in cui la b. Si allontanò di casa perché a suo dire scacciata dal marito), appare opportuna la acquisizione di copia integrale del fascicolo di indagini preliminari pendente (con richiesta di archiviazione del pm) presso il giudice per le indagini preliminari di torre annunziata a carico del c. C. Con la ipotesi di “stalking” (art. 612 bis c.p.) In danno proprio della b.

Andrà, inoltre, verificata la eventuale veridicità delle dichiarazioni rese dalla b. Circa i contatti – finalizzati alla futura denuncia per le violenze subite dal marito – che la stessa ebbe – una volta scappata a milano intorno alla metà di agosto 2014 – con gli operatori del centro antiviolenza presso la locale clinica mangiagalli (assistente sociale e?).

Appare, inoltre, necessaria la identificazione del legale civilista (avv. F.?) Di s. Cui, a suo dire, la b. Si rivolse a fine agosto 2014 per l'inizio della procedura di separazione del marito con richiesta di affidamento dei figli onde

verificare, attraverso la sua deposizione e la acquisizione di copia del carteggio relativo, la data (precedente o successiva alle seconde più precise dichiarazioni del c.) Cui far risalire l'inizio della pratica.

Tali ulteriori acquisizioni si propongono la finalità di verificare, da un lato, la eventuale plausibilità di un movente calunnioso del c. In danno della b. Riverberatosi, poi, sul minore a. Oggi imputato, e, da un altro lato, la possibile calunniosità delle accuse rivolte – quale estrema ratio di difesa - dalla b. Al c..

P.q.m.

- Rigetta, siccome ininfluyente, la richiesta di perizia tecnico \ balistica formulata dalla difesa alla udienza del 23 marzo 2016;

Visto l'art. 507 c.p.p.

1. Dispone procedersi alla *audizione* (previa precisa identificazione) di Presunta attuale convivente di Nonché dell'avv. Cui la Si sarebbe rivolta per la attivazione della procedura di separazione nel mese di agosto \ settembre 2014 ;

2. Dispone procedersi alla *verifica presso gli alberghi* o altri luoghi di temporanea dimora della presenza nel periodo tra il 9 ed il 12 agosto 2014 del In compagnia della Da identificarsi, acquisendo, in caso di esito positivo del riscontro copia dell'eventuale cartellino;

3. Dispone procedersi alla *identificazione degli eventuali operatori sociali della clinica mangiagalli* di milano cui la Si sarebbe rivolta a far tempo dal 14 agosto 2014 con la finalità di denunciare le presunte violenze subite dal coniuge, con riserva, in caso di esito positivo del riscontro, di ammissione della relativa prova testimoniale;

4. Dispone procedersi alla *acquisizione presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari di torre annunziata di copia integrale del fascicolo* di indagini preliminari pendente (con richiesta di archiviazione del pm) a carico del Con la ipotesi di "stalking" (art. 612 bis c.p.) in danno della

Delega per la esecuzione delle indagini e dei riscontri di cui alla presente ordinanza, **la aliquota carabinieri della sezione di polizia giudiziaria presso la procura per i minorenni di napoli**, con facoltà di collegamento o subdelega - per gli atti da compiersi esternamente al distretto – con i locali organi di investigazione dei carabinieri.

Dispone la **citazione** – da effettuarsi, previa identificazione, sempre a mezzo della sezione di Suddetta, della E dell'avv. (con la documentazione della pratica) dinanzi a questo tribunale per la udienza dibattimentale del _____ alle ore _____ .

Riserva, all'esito dei disposti accertamenti, la ammissione ulteriore ex art. 507 c.p.p. Degli operatori della clinica mangiagalli di milano e di ogni altro soggetto in grado di riferire sui fatti oggetto del processo.

Napoli 30 marzo 2016

il presidente
dr. Maurizio Pierantoni

ESPERIENZE

Appunti sul sistema della giustizia minorile nei Paesi Bassi

ROBERTA RAO

ABSTRACT

Some reflections about the minor's rights, through a comparative investigation with other legal system.

Sommario: 1. Premessa – 2. I principi fondamentali. – 3. La responsabilità penale. – 4. Gli organi: il pubblico ministero. – 4.1. Il giudice minorile. – 4.2. I servizi assistenziali per i minori ed i giovani adulti. – 4.3. Il servizio di probation minorile. – 5. I programmi di diversion. – 5.1. STOP - HALT Programme. – 6. Cenni sulla giustizia riparativa. – 7. Dalle pratiche di diversion all'azione penale. – 7.1. L'area penale non detentiva. – 7.2. Le community sanctions e la riparazione del danno. – 7.3. Gli schemi di apprendimento. – 7.4. L'ordinanza di influenza sul comportamento. – 8. L'area penale detentiva: l'arresto. – 8.1 La custodia cautelare. – 8.2 La pena detentiva. – 8.3. La detenzione notturna. – 8.4. I centri detentivi e gli istituti per il trattamento. – 9. Conclusioni

1. Come è noto, negli ultimi venti anni in Europa, i cambiamenti nella struttura sociale hanno condizionato e modificato gli orientamenti ed i programmi delle politiche sociali e delle politiche penali di tutti i paesi europei. Tali mutamenti sono stati molteplici e di varia natura. Solo per citarne alcuni: la profonda crisi economica che ha accelerato la diffusione di processi di *deregulation* e precarizzazione del lavoro (Beck 2000; Paci 1993; 1997; 2005), l'ascesa di società "liquide" caratterizzate da un alto livello di incertezza e insicurezza a livello sistemico e individuale (Bauman 1999; 2005), l'aumento delle disuguaglianze sociali ed economiche con ampie quote della popolazione sempre più ai margini della società (Swimez 2015).

In questo contesto i programmi di *welfare* devono fare sempre più i conti con un sistema di risorse finanziarie e umane sempre più scarso ed, al tempo stesso, più esigente in termini di domanda di servizi, prestazioni e competenze professionali. Ma non solo. Specie nel settore dei servizi alle persone lo stato ha affievolito il suo ruolo cruciale favorendo la diffusione di sistemi di *governance* locali a forme di partenariato con il settore privato (Bifulco, de Leonardis 2005), pur rimanendo titolare delle principali politiche dei servizi di sostegno. Ciò ha dato luogo alla diffusione di un sistema di welfare "mix", anche chiamato un "secondo welfare" (Ferrara 2013) oppure un *welfare community*.

Segnali di tali cambiamenti sono evidenti in tutti i paesi europei. Se consideriamo ad esempio i dati sulla spesa sociale sostenuta nei paesi membri, relativamente alla quota di risorse dedicate di natura non pubblica (proveniente cioè dalla spesa sostenuta dalle organizzazioni private e/o del privato sociale), risulta essere crescente la partecipazione al *welfare* di ampi

settori privati. Come scrive Ferrara secondo «l'Ocse, in Italia la spesa sociale non pubblica è pari al 2,1 per cento del Pil. Siamo al di sotto della Svezia (2,8 per cento), di Francia e Germania (3,0), del Belgio (4,5), per non parlare di Regno Unito (7,1) e dell'Olanda (8,3 per cento)»¹.

Nel campo delle politiche penali la crisi del modello tradizionale di *welfare* fondato sulla centralità dello sviluppo economico, sulla sicurezza sociale diffusa, sulla fiducia nel futuro ha generato lo sviluppo e l'estensione della "penalità" in tutti i campi della vita sociale (Dal Lago 2010; Wacquant 2010; Garland 2001). Ciò ha comportato il diffondersi di uno stato sempre meno assistenziale e sempre più penale: uno "stato penale globale", come è stato, ad esempio, definito da Alessandro Dal Lago (2010). Uno stato in cui si assiste, secondo Wacquant, alla carcerazione di massa negli Stati Uniti, alle politiche penali sempre più repressive in Europa e ad una diffusa cultura della sicurezza che si dirama alla nella repressione delle devianze giovanili e dei "reati senza vittime".

Le politiche penali europee sono diventate più dure ed apertamente indirizzate alla "difesa sociale" a scapito del reinserimento sociale del reo, con un inasprimento in generale di tutti i sistemi penali europei (Caputo 2008). Tale orientamento risulta evidente anche dalle statistiche del Consiglio d'Europa².

Il filo conduttore che in qualche modo accomuna la direzione e il senso di tali cambiamenti è da riscontrare nella crisi diffusa dell'ideale riabilitativo tipico dell'approccio correzionalista, radicato nella struttura della società occidentale, sul quale poggia le basi il modello penale assistenziale (*welfare model*). Secondo questo modello, retaggio del positivismo penale, il reato è espressione di un sintomo (di natura personale, familiare ed ambientale), che può essere "corretto" attraverso il trattamento rieducativo riabilitativo messo in atto da figure professionali esperte nel campo sociale che operano nei servizi sociali dedicati ai minori.

La messa in discussione del *welfare model* ha condizionato la diffusione di politiche neoliberiste centrate su una cultura del controllo sociale tendenzialmente orientate più alla repressione e meno all'inclusione sociale dei soggetti "pericolosi". Soggetti che appaiono in una nuova veste: essi non sono più visti "in funzione di un progetto *clinico* di eliminazione dei fattori di disagio individuale" bensì sono diventanti "semplici" destinatari di politiche di controllo e di sicurezza (Campesi 2007, p. 28).

L'attenzione del sistema politico e culturale si è spostata così sulle politiche penali di riduzione dei fattori di rischio, di riduzione della recidiva, di controllo del territorio, di sicurezza urbana (Selvini 2004). Con un netto affievolimento del ruolo dello stato nella gestione degli interventi penali (Garland 2001). Ciò ha dato origine a quello che è stato definito un "nuovo senso comune del penale" nel quale prevalgono i processi di criminalizzazione delle condotte antisociali, dei poveri, dei soggetti vulnerabili, dei detenuti in quanto non meritevoli di politiche di inclusione sociale (Wacquant 2000a, p. 12).

Al modello penale assistenziale si sono succeduti nel tempo modelli di giustizia retributiva centrati sul libero arbitrio (*justice model*), modelli di giustizia riparativa orientati alla realizzazione di percorsi di conciliazione tra l'autore del reato e la vittima oppure alla riparazione

¹ Ferrara 2013, p. 1, sottolineatura dell'autore.

² Council of Europe, SPACE I, SPACE II, 2014

diretta o indiretta del danno cerato (*restorative justice*). In alcuni casi si sono diffusi modelli misti con tendenze assistenzialistiche e tensioni neo-liberali della cultura del controllo e della retribuzione penale³.

L'estensione della penalità nella vita sociale ha coinvolto anche le normative e le pratiche dei sistemi di giustizia minorile: sistemi che sono nati proprio in virtù dell'esigenza, avvertita da più parti⁴, di differenziare dagli adulti il trattamento dei minorenni autori di reati. E di promuovere un approccio centrato sulle loro esigenze educative, dando priorità al recupero e reinserimento sociale del minore attraverso l'implementazione di programmi di assistenza e sostegno individualizzati. Si ritiene, infatti, che per i minorenni in quanto soggetti in formazione devono essere messi in campo interventi e misure penali educative speciali, che lo affiancano durante la crescita e sviluppo della sua personalità⁵.

I sistemi di giustizia minorile sono stati così nel tempo condizionati dalle tendenze neo-liberiste provenienti dalla società civile. Essi hanno visto il proliferarsi di nuovi e diversi approcci che fanno riferimento ora al paradigma correzionale, ora ai modelli di giustizia riparativa, ma anche a quelli tipici della giustizia retributiva. Parole chiave delle nuove politiche penali per minori sono diventate: responsabilizzazione, restituzione, riparazione. Ma anche: detenzione minorile.

Come afferma un noto studioso tedesco, Frieder Dünkel, in questo campo si assiste non solo ed elusivamente all'implementazione di una cultura del controllo, ma anche all'incremento di sanzioni più repressive ed ad un uso maggiore della detenzione minorile. Tali mutamenti hanno riguardato soprattutto i paesi centrali e dell'Europa dell'est. Ma anche i paesi dell'Europa occidentale (Gran Bretagna, Galles, Francia, Paesi Bassi), sebbene con alcune differenze, sono stati coinvolti in tali trasformazioni (Dünkel 2014).

Tuttavia, in un certo senso per i minori le tendenze neo-liberiste non hanno completamente e pienamente sostituito il modello correzionale del *welfare* assistenziale penale. Sono, infatti, frequenti modelli "misti" in cui prevalgono tendenze neo-liberiste e approcci correzionali. In altri termini, si rileva la presenza di misure rieducative, che rientrano tipicamente nel modello del "*welfare model*" accompagnate da sanzioni più repressive (anche se spesso sono

³ Per un approfondimento sui modelli di giustizia penale si veda ad esempio: O' Connor 1997; Dignam 2004.

⁴ Si fa presente che non tutti gli studiosi a livello internazionale sono d'accordo nel sostenere la tesi della separazione della giustizia minorile da quella degli adulti. Per il dibattito si veda: Junger- Tas 2006.

⁵ La tutela del minore in quanto soggetto in evoluzione è un aspetto cruciale che emerge in tutte le norme e atti di indirizzo prodotti a livello internazionale ed europeo. Tra le fonti internazionali si segnala: la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 20 novembre del 1989 che con i suoi principi essenziali ha disciplinato gli standard internazionali in materia di giustizia minorile (art 37; art. 40); le "Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile", le "Regole per la protezione dei minori privati della libertà" del 14 Dicembre 1990, le "Regole di Havana" per la protezione dei giovani privati delle loro libertà personale inseriti in strutture detentive e le "Linee guida per la prevenzione della Delinquenza Minorile" (Regole di Riyadh), del 14 Dicembre 1990. Tra le fonti europee si segnalano: le "Regole Europee per i minori autori di reato sottoposti a sanzioni o misure" adottate il 4 novembre del 2008, le "Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore" del 2010 e da ultimo come atto europeo vincolante: la nuova direttiva europea 2016/80 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati, entrata in vigore l'11 giugno 2016 che mira a garantire un livello di protezione nelle procedure penali e definisce i diritti procedurali di base che dovrebbero essere garantiti a tutti i minori dell'Unione dimostrando che è il superiore l'interesse del minore ad avere la precedenza. Per ulteriori approfondimenti sui processi di conformità alle norme internazionali adottate nei singoli paesi europei si veda: Hamilton 2011; Pruin 2011

applicare "nell'ambiente libero"), tipiche invece del "*justice model*". Ma anche politiche sul "minimo intervento" penale con la diffusione di pratiche di diversificazione dal processo penale (*diversion*) e pratiche di giustizia riparativa.

In quest'ottica, questo contributo intende delineare e descrivere quali sono gli elementi caratterizzanti il sistema di giustizia minorile in vigore nei Paesi Bassi alla luce delle nuove riforme. Esso intende focalizzare attenzione sui suoi principi normativi, sulla responsabilità penale, sugli organi che in esso operano, sui servizi che intervengono, mostrando le pratiche di *diversion*, le misure alternative, i programmi e le metodologie di intervento al fine di mettere in evidenza i punti di forza e di debolezza delle politiche penali minorili applicate in questo paese.

2. In termini generali, la giustizia minorile nei Paesi Bassi si caratterizza come un sistema sanzionatorio particolarmente mite e per la tradizionale tendenza alla riduzione dell'uso della pena detentiva. Le pene irrogate sono mediamente le più brevi d'Europa e circa un quarto delle condanne sono in parte o totalmente sospese.

Il sistema penale minorile è, a tutt'oggi, basato sul principio di umanizzazione della pena e sulla risocializzazione del minore al di fuori dal carcere. Tutte le misure penali previste dal codice, siano esse detentive che non detentive, devono essere utili per lo sviluppo del minore ed orientate alla sua rieducazione e reinserimento sociale. Le esigenze educative del minore sono, infatti, considerate al primo posto nei criteri di valutazione e decisione della magistratura. Cruciale è anche l'applicazione del principio della residualità della detenzione e della centralità dei provvedimenti di sospensione della condanna.

Come vedremo in seguito il sistema di giustizia minorile nei Paesi Bassi è centrato:

- sul rispetto dei diritti e degli interessi dei minorenni e dei giovani rei;
- su un approccio pedagogico;
- sul differimento dell'azione penale con l'implementazione di programmi comunitari di *diversion*;
- sulla specializzazione degli organismi che si occupano della sua attuazione;
- sulla partecipazione dello Stato nel finanziamento delle attività di tutti gli enti che operano con l'esecuzione della giustizia minorile;
- sulla professionalizzazione del personale impegnato nell'esecuzione dei provvedimenti della giustizia minorile;
- sulla cooperazione tra le organizzazioni sociali che operano nella comunità.

E' necessario osservare che le politiche penali per i minori nei Paesi Bassi, insieme alla Repubblica d'Irlanda e l'Irlanda del Nord, sono più vicine al modello anglosassone, modello che si caratterizza come uno dei sistemi di giustizia minorile, che a livello europeo risulta essere il più repressivo rispetto ad altri paesi, quali, ad esempio, la Francia, il Belgio che rientrano invece nel modello continentale centrato sulla protezione sociale dei minori e più vicini al *welfare model* (Junger-Tas 2006). Seguendo il pensiero di Peter H. Van Laan, da una prospettiva europea, l'approccio alla devianza minorile olandese appare essere caratterizzato da tendenze

repressive, ma che restano al tempo stesso ancora molto moderate e misurate (2006).

Le statistiche attuali mostrano, infatti, una significativa diminuzione della criminalità minorile a partire dal 2008 (Van der Laan e Blom, 2011), con un tasso di recidiva dei minorenni autori di reato che si attesta intorno al 40% (*Ministerie va Justitie* 2009). Come si accennerà, anche oltre il numero di minori ospiti nei centri di detenzione giovanile è diminuito passando da 2.557 nel 2009 a 1.520 nel 2013 (*Sectordirectie Dienst Justitiële inrichtingen* 2010; I.O.D.A 2014; Defence for Children 2014)⁶.

3. Secondo il codice di procedura penale in vigore nei Paesi Bassi i minorenni che si sono resi responsabili di uno o più reati non possono essere perseguiti penalmente se sono infra-dodicenni⁷

(art. 486). La responsabilità penale inizia a partire dal 12°esimo anno fino al compimento del 17°esimo anno di età.

E' previsto, inoltre, che il limite massimo di età può essere esteso. Dal 17esimo fino al 21esimo anno di età possono essere applicate le norme speciali per la giustizia minorile (art. 77c del codice di procedura penale olandese). Recentemente, tale limite di 21 anni è stato esteso fino a 23 anni in attuazione della nuova legge del 2014 dal titolo *Adolescent Criminal Law*⁸. Le norme della giustizia minorile sono applicate sulla base di una valutazione della gravità del reato, della personalità del minore e delle circostanze del fatto.

Al tempo stesso è contemplata la possibilità di giudicare un minore reo come una persona adulta applicando le norme della magistratura ordinaria⁹. Anche in questo caso, come in precedenza, la decisione della magistratura avviene in base alla valutazione della gravità del reato, della personalità del minore e delle circostanze del fatto (art. 77b del codice di procedura penale olandese). Sembrerebbe, tuttavia, che in pratica il trasferimento alla magistratura ordinaria, sia una decisione eccezionale che riguarda solo il 3% dei casi (Van Duck 2004).

4. Nei Paesi Bassi il pubblico ministero è un organo dell'accusa. Rispetto ad altri paesi europei, dove vige il principio di legalità, il suo ruolo è ancora più importante in quanto decide se avviare un procedimento penale o se, in alternativa, una pratica di *diversion* e, cioè, di differimento dell'azione penale¹⁰ (cfr. par. 5). Le funzioni principali dell'Ufficio del pubblico ministero (*Publiek Prosecution Service*) sono volte ad indagare sui reati commessi, a perseguire tali

⁶ Per un approfondimento sulle statistiche e sulle ricerche condotte sulle caratteristiche della devianza penale minorile nei Paesi Bassi si veda: Van der Laan 2006.

⁷ Nei confronti dei minorenni rei infra-dodicenni possono essere applicati dei particolari tipi di programmi educativi di reinserimento sociale denominati *STOP Programme* con il consenso del minore e della famiglia (cfr. par. 5.1).

⁸ In molti paesi europei è prevista l'estendibilità dell'applicazione della legge penale minorile. Ad esempio in Germania può essere applicata fino a 20 anni. Tale orientamento è giustificato dal fatto che all'età 18 anni raramente si è maturi nel senso che non si è ancora raggiunta una piena integrazione e distacco dalla famiglia di appartenenza con un lavoro ed una famiglia propria (Dünkel 2014).

⁹ La possibilità per i giovani rei di essere giudicati dal Tribunale ordinario per adulti è prevista anche in altri paesi europei, molto spesso dipende dalla gravità del reato. Tra i paesi in cui è prevista, ad esempio, ritroviamo la Scozia ed il Portogallo e la Gran Bretagna e il Galles (Dünkel 2014).

¹⁰ Statistiche recenti hanno messo in luce l'incidenza delle decisioni prese dal Pubblico Ministero. Ad esempio nel 2011: 16.402 minori sono stati valutati dal Pubblico Ministero contro 9.200 minori nei confronti dei quali è invece

reati, a supervisionare l'applicazione della misura ed a supervisionare le persone affidate ad un ospedale psichiatrico¹¹. Prima di procedere il pubblico ministero si consulta con il Dipartimento della pubblica accusa, con la polizia, l'assistenza sociale (*Child Care*) e la Commissione di protezione dell'infanzia (*Child Protection Board*) (European Commission 2013). La centralità e finalizzazione educativa del processo penale minorile emerge anche nel lavoro operativo del pubblico ministero. Come si è osservato, in ogni situazione il pubblico ministero, nel corso della valutazione e decisione, deve sempre considerare che il minore, come massima priorità, ha sempre bisogno di avere aperte tutte le strade per essere reinserito nel suo ambiente sociale (Dronkers 2008).

Un altro aspetto importante riguarda la specializzazione minorile del pubblico ministero. La legge (*Judicial Organization Act*) di fatto non la prevede, tuttavia si segnala che l'Ufficio del procuratore capo in collegamento con i Tribunali di primo grado, a sua volta collegati ai tribunali superiori, può nominare speciali pubblici ministeri per seguire i casi minorili. Solo nel giudizio di primo grado, tutti gli uffici dei pubblici ministeri regionali sono provvisti di unità di personale specializzato per i minori, coordinati da un pubblico ministero anch'egli specializzato in materia minorile. Essi svolgono un importante ruolo nel sistema della giustizia minorile (De Jonce 2007).

Particolarmente significativa è l'applicazione dal 2004 negli uffici del pubblico ministero di una metodologia di verifica sul caso (*case review*) che si sviluppa in *itinere*. Si tratta di una procedura giuridica di revisione del caso che ha come obiettivo principale quello di migliorare la qualità dell'accordo tra le parti, ridurre i tempi della decisione, monitorare e calibrare gli interventi rendendoli maggiormente flessibili. Tale procedura si applica sia quando l'accordo è stato raggiunto in Tribunale sia quando esso è stato deciso al di fuori delle aule del Tribunale e cioè come pratica di *diversion* (cfr. par. 5). Gli attori principali di questa procedura sono: il pubblico ministero, la polizia e la Commissione di Protezione dell'Infanzia (*Child Protection Board*) (cfr. par. 4.3). Le parti si incontrano settimanalmente per discutere tutti i casi relativi ai minori che hanno commesso casi criminali, qualunque sia il reato di cui sono colpevoli (Dronkers 2008). Come azione di supporto al pubblico ministero, di particolare importanza, in questo paese è il lavoro delle forze di polizia, le quali hanno costituito delle unità organizzative di polizia specializzate in criminalità minorile anche se di fatto non sono normativamente previste (De Jonce 2007).

La polizia svolge un elevato potere discrezionale nel trattamento degli autori di reato: può predisporre un mero avvertimento (*warning*), oppure può multare il minore. La polizia anche, nei casi più difficili, quando il reato è grave, può inviare un rapporto ufficiale sul reato e proporre al pubblico ministero una pena detentiva.

4.1 Come indicato nel *Judicial Organization Act* nei Paesi Bassi dal 1921 è richiesta la nomina di sezioni speciali incaricate della gestione dei casi minorili. Tali sezioni si occupano di minori, sia di casi penali che civili. In ambito penale le sezioni minorili sono costituite da un

intervenuto il giudice minorile (J.O.D.A. 2014)

¹¹ Le funzioni del pubblico ministero sono regolamentate dal *Judicial Organization Act* del 2008.

collegio giudicante che varia secondo il reato commesso dal reo. In queste sezioni operano i giudici minorili specializzati¹² (*Kinderrechten*) che esercitano presso le sezioni minorili del Tribunale ordinario. Le sezioni minorili sono costituite da un collegio giudicante, che varia secondo il reato commesso dal reo.

Gran parte dei casi sono giudicati da un singolo giudice minorile. Per i casi più gravi¹³ è previsto un collegio giudicante composto da tre giudici, con un giudice speciale per i minorenni (art. 495 codice di procedura penale). Questo collegio valuta anche i casi che sono, di diritto o di fatto, complessi ed i casi che riguardano minori accusati di aver commesso atti illegali insieme a persone maggiorenni.

Il giudice per i minorenni pronuncia il giudizio dopo la richiesta del pubblico ministero e dopo aver ascoltato la posizione del giovane e del suo avvocato. Inoltre, può anche chiedere il parere del *Protection Board* (cfr. par. 4.3) ed il parere di esperti del *Netherlands Institute for Forensic Psychiatry and Psychology* (Istituto olandese di Psichiatria Forense e di Psicologia - NIFP). Oppure può chiedere un parere al servizio di *probation* minorile ai fini della sospensione della detenzione preventiva (Ministerie van Justitie 2008).

E' interessante osservare che circa 25.000 casi di crimini commessi da minorenni rei raggiungono le sezioni speciali minorili ogni anno nei Paesi Bassi. Essi rappresentano circa il 10% di tutti i casi penali trattati dai tribunali (Boev 2002).

4.2. Nei Paesi Bassi il Ministero della sicurezza e della giustizia è responsabile dei servizi assistenziali specialistici, dei servizi per la disabilità psichica giovanile e dei servizi della giustizia minorile. Questo Ministero è, inoltre, responsabile dei servizi di assistenza e di tutela dei minori. Nei Paesi Bassi i principali servizi che si occupano dei minori e dei giovani sono:

Il *Child Protection Board* (La Commissione di protezione dell'infanzia);

Il *Child Welfare Council* (Il Consiglio per l'assistenza sociale dei minori);

I *Bureaus of Youth Care* (Uffici di assistenza sociale minori/giovani).

Il *Child Protection Board* è una agenzia su base nazionale del Ministero della Giustizia ed è uno dei principali attori del *welfare* penale. Il *Child Protection Board* svolge la funzione di supervisionare l'attuazione dei procedimenti penali che coinvolgono i minori per tutto il periodo di affidamento ai servizi minorili (Brosscher 2014). Questa agenzia assicura le inchieste psico-sociali sul minore e sul suo contesto di vita, fornisce i pareri al pubblico ministero ed al giudice su come condurre la fase processuale alla luce dell'interesse e dei bisogni del minore reo. Quando un minore è in custodia cautelare redige un rapporto entro tre giorni. Presso gli uffici del *Child Protection Board* sono istituiti gli uffici sulle misure alternative (*Alternative Sanctions Bureau*), che sono responsabili dell'attuazione di tali misure anche per i minori.

Nel campo dell'assistenza sociale una struttura fondamentale che opera nelle azioni di sostegno nei confronti di minorenni e di giovani e delle loro famiglie è il *Child Welfare Council* (Consiglio per l'assistenza sociale dei minori). Il *Child Welfare Council* è un'agenzia statale

¹² Le sezioni minorili operano a livello regionale ed in primo grado.

¹³ In particolare per i casi in cui la legge prevede più di sei mesi di detenzione o di collocamento presso un centro minorile di trattamento (Boev 2002).

organizzata su base provinciale. Ogni provincia ha un suo *Bureau for Child Welfare* (Ufficio Assistenza Sociale Minori). In totale sono operativi 12 uffici di assistenza sociale minori¹⁴.

Il *Child Welfare Council* costituisce il punto di accesso provinciale del sistema dei servizi di cura per i minori e per i giovani. Quando le agenzie assistenziali locali non sono in grado di soddisfare i bisogni dei minori e delle loro famiglie intervengono i centri provinciali del *Child Welfare Council* responsabili dell'organizzazione dei "primi interventi" nei confronti di un minore che ha commesso un reato. Durante il fermo, un impiegato del *Child Welfare Council* dopo un colloquio con il minore elabora una "relazione di aiuto" in cui indica se vi sono elementi di rischio. Se nel corso dell'intervento è individuata una condizione di rischio il *Child Welfare Council* coinvolge il servizio di *probation* minorile. Quando un minore è indagato e deve sostenere il processo il pubblico ministero è obbligato a chiedere per legge (art. 494 codice procedura penale) al *Child Welfare Council* una relazione completa della personalità e del contesto sociale del minore (De Jonge 2007).

Tra i servizi minorili a livello locale sono operativi infine i *Bureaus of Youth Care* (Uffici di assistenza sociale minorile/giovanile). Essi sono i servizi locali più vicini ai cittadini che svolgono funzioni di assistenza volontaria e di garanzia del benessere del minore e dei giovani adulti¹⁵. In questi servizi è incardinato il servizio di *probation* minorile (*Youth Probation Service*) (cfr. par. 4.5).

Recentemente il sistema dei servizi assistenziali è stato oggetto di un radicale processo di riforma sulla base dell'attuazione di una nuova legge assistenziale per i minori e i giovani dal titolo "*Youth Act*" del 2014 in vigore dal 1° gennaio 2015. Con questa riforma sono stati realizzati radicali cambiamenti nell'organizzazione e nell'operatività dei servizi. Elementi chiave della riforma sono: il decentramento dei servizi di assistenza per i minori ed i giovani, il cambiamento del focus dell'intervento dalla centralità dei servizi sul "disagio" ai servizi per l'agio e l'attenzione ai criteri di qualità dei servizi minorili e giovanili. Secondo la nuova legge sono soprattutto i servizi di protezione dei bambini, dei minori e dei giovani ed i servizi di *probation* minorile, che devono rispondere a dei parametri di qualità ed essere sottoposti a procedure di certificazione (Bosscher 2014)¹⁶.

4.3. Nel 1995 nei Paesi Bassi è stato istituito un servizio di *probation* dedicato ai minori (*Youth Probation Service* YPS). Questo servizio è un'organizzazione privata fondata dal Ministero della Giustizia con competenza regionale. Sul territorio nazionale sono operative 14 organizzazioni. Una per ogni provincia o grande centro urbano. Come accennato in precedenza il *probation*

¹⁴ Nei Paesi Bassi sono state istituite 12 province, 3 aree metropolitane (Amsterdam, Rotterdam e Hague), responsabili delle agenzie provinciali dei servizi assistenziali per i minori (*Bureaus of Youth Care*) e 403 municipi (Bosscher 2014).

¹⁵ E' necessario sottolineare che nei Paesi Bassi il settore delle politiche sociali minorili include anche quello delle politiche giovanili che ha come destinatari i giovani fino al compimento del 24°esimo anno di età. Di fatto il termine "Youth" indicato nelle leggi nazionali si riferisce sia ai bambini, sia ai minori sia ai giovani adulti sino a 24 anni (*Netherlands Youth Institute* 2007).

¹⁶ Con la nuova normativa i comuni diventano pienamente responsabili dell'intera offerta dei servizi dedicati ai minori alle famiglie. Questo include i servizi universali, i servizi di prevenzione, nonché i servizi di cura specializzati (volontaria e obbligatoria), per i minori e le disposizioni nel campo della salute mentale (Bosscher 2014).

minorile è incardinato nella rete dell'offerta dei servizi assistenziali per i minori (*Bureaus of Youth Care*). In questo modo risulta essere facilitato il lavoro di rete e di interconnessione tra le organizzazioni istituzionali e del privato sociale che operano nell'area del disagio e dell'inclusione sociale per l'individuazione di risposte operative nei confronti dei minori rei e delle loro famiglie.

Il servizio di *probation* minorile svolge un ruolo importante in tutte le fasi del processo penale. Nella fase investigativa, prima della sentenza di condanna, agisce con i primi interventi e stesura dell'inchiesta psicosociale (*social-enquiry report*) da sottoporre al pubblico ministero. Durante e dopo la fase processuale interviene nei programmi di intervento all'esterno del carcere (Kalmthout, Durnescu 2008).

Le sue principali funzioni sono di prevenire la recidiva e reindirizzare le carriere devianti verso contesti positivi di vita quotidiana. Questo servizio svolge un ruolo fondamentale nell'ambito dell'applicazione della sospensione della detenzione preventiva, della liberazione anticipata, della libertà condizionata e della sospensione della sentenza di condanna (Derksen 2008; Ministerie van Justitie 2008). E esso collabora attivamente con il servizio del pubblico ministero ed interviene secondo la problematicità del caso e lavora in sinergia con gli operatori degli Istituti Penali Minorili. In particolare si occupa della preparazione della fase *dell'after-care* (accompagnamento dopo le dimissioni dall'istituto) che supervisiona il minore dimesso dall'istituto.

Figura professionale chiave di questo ufficio è il *probation officer* che svolge funzioni di accompagnamento, sostegno e vigilanza. Il *probation officer*, con una formazione dedicata nel campo del diritto minorile, ha il compito di controllare l'esecuzione delle condanne con ordine restrittivo nell'ambiente "libero", fornisce pareri sulla cauzione ed ha la responsabilità di sorvegliare il minore sotto cauzione.

Sul piano metodologico significativa è la collaborazione con le autorità locali al fine di dare continuità al percorso del minore dopo la chiusura del suo caso giudiziario. Partner importanti degli operatori del *probation* minorile sono gli *Individual Employment Counsellors of Work-Wise Nederland*¹⁷ e le agenzie educative del territorio (Derksen 2008).

5. Come accennato in precedenza il sistema di giustizia minorile nei Paesi Bassi si caratterizza nell'essere orientato all'implementazione di procedure di diversione (*diversion*) dai procedimenti formali del processo e all'applicazione di programmi di differimento dell'azione penale.

In generale quando un minore commette un reato non grave la procedura investigativa si chiude sempre e si apre una nuova azione, di natura non formale, in cui si praticano programmi e/o interventi di *diversion*. Tali programmi consentono di archiviare il caso e di "comminare una pena" al minore responsabile di reato sotto forma di misure rieducative.

Il sistema penale è infatti guidato dal principio di opportunità dell'azione penale; sia il giudice sia il pubblico ministero possono sospendere l'azione giudiziaria nell'ipotesi in cui il

¹⁷ Consulenti che operano presso gli Istituti penali per i minorenni e aiutano il minore a trovare un impiego.

minore e la sua famiglia siano d'accordo l'applicazione di misure di *diversion*. Le componenti comuni che caratterizzano i programmi di *diversion* sono la presenza di servizi di pubblica comunità¹⁸, la riparazione del danno o la prescrizione di altre attività educative.

Le figure professionali centrali nei programmi di *diversion* sono la polizia, il pubblico ministero e il giudice minorile. La polizia ha un ruolo importante nell'indirizzare il minore verso un programma di intervento di questo tipo, il pubblico ministero e il giudice hanno inoltre un'ampia flessibilità nel decidere se istruire o meno un procedimento di accusa formale contro il minore.

Nei Paesi Bassi risulta che nei confronti dei minorenni rei in carico al sistema della giustizia sono applicati programmi di *diversion*. Secondo questa procedura i casi si risolvono, come si è soliti affermare, "al di fuori delle aule del tribunale" (*out of Court*), grazie all'intervento della polizia e/o del pubblico ministero. Solo una piccola proporzione di casi di giustizia penale minorile registrata dalla polizia finisce in tribunale (De Jonce 2007).

5.1 Nei confronti di minorenni non imputabili, infra-dodicenni, sono previsti brevi programmi di *diversion*. Nei loro confronti è frequentemente applicato il programma chiamato "*STOP Programme*". Solitamente proposto dalla polizia ai genitori del minore, questo programma consiste nella predisposizione di un progetto educativo che prevede un insieme di attività con una durata massima di 10 ore. In questi programmi è sempre prevista una riconciliazione con la parte lesa. Nel 2005 quasi 2000 minori sotto i 12 anni sono stati avviati ad un "*STOP Programme*" ed il 75% dei partecipanti ha completato il programma con successo (De Jonce 2007).

Per i minorenni imputabili è invece previsto come misura di *diversion* l'*HALT Programm* (abbreviazione di: *Het ALTERNatief, the alternative*). Questo programma è rivolto ai minori primari indagati per reati non gravi che nel corso degli ultimi 12 mesi non siano stati sottoposti ad alcun progetto di *diversion*. I minori possono essere sottoposti a tali programmi due volte in totale, ma solo una volta nell'arco di anno. Se il minore ha meno di 16 anni è necessario il consenso dei genitori. Con l'*Halt programme* viene elaborata un'offerta scritta, con un promemoria, nel quale si precisa che il minore non è costretto a partecipare al programma (Wolthuis 2000).

Se il minore accetta l'offerta, la polizia invia il caso all'ufficio dedicato dell'*HALT Programme*. Questo ufficio offre la possibilità al minore di aderire ad un progetto di intervento individualizzato. Le possibili attività incluse nel progetto educativo sono il lavoro, il risarcimento del danno o una combinazione di entrambe queste misure. Un progetto *HALT* non può durare più di 20 ore, anche se in pratica è raro che superi le 10 ore (Wolthuis 2000).

Se si è raggiunto l'accordo sul progetto educativo la polizia conduce una revisione con il gruppo tecnico dell'*HALT Programm* e successivamente decide se prevedere o meno ulteriori prescrizioni. Se l'esito della misura *HALT* è positivo, la polizia informa sia il minore che il

¹⁸Come si vedrà oltre, i servizi di pubblica utilità (*Community Service order*) sono previsti dal codice sia nell'ambito dei programmi di *diversion*, sia come esito di un procedimento formale del Tribunale di applicazione delle sanzioni alternative.

pubblico ministero. In questo modo i procedimenti penali sul minore reo sono cancellati.

L'*HALT programme* presenta tra i suoi vantaggi principali quello di consentire una rapida conclusione del procedimento. Esso offre anche dei vantaggi alla vittima ed al minore reo. La vittima avrà la possibilità di essere risarcita, il minore non avrà alcuna registrazione sulla sua fedina penale. Ogni anno più di 22.000 minori sono sottoposti ad un programma di *HALT diversion*. Circa il 90% dei partecipanti ha concluso il programma con successo (De Jonce 2007). Recentemente si è segnalato una lieve diminuzione di applicazioni di questa tipologia di programmi di intervento pur restando sempre molto alta la partecipazione dei minori. Nel 2011, ad esempio, risultano essere stati sottoposti ad un *HALT programme* circa 16.741 minori, nel 2012 sono stati coinvolti 17.607, nel 2013 hanno partecipato ad un *HALT programme* 16.829 minori (J.O.D.A. 2014)¹⁹.

6. Nei Paesi Bassi lo sviluppo di pratiche di mediazione penale risulta essere in ritardo rispetto ad altri paesi vicini quali, ad esempio, il Belgio, la Germania, il Regno Unito²⁰ (Blad, Pemberton 2006). Ciò nonostante, pur non essendo ancora formalmente previste dalla legge, sono state realizzate sul territorio diverse esperienze pilota in questo settore. Quest'ultime avviate dalla polizia e/o dal pubblico ministero fanno perno sul ruolo vittima e si basano sullo sviluppo di percorsi di *conferencing* (De Jonge 2007; Blad 2010)²¹.

Si segnala, ad esempio, un progetto pilota per i minori e giovani rei avviato dalla polizia su scala locale *Tilburg* nel mese di agosto 1999 che ha visto la collaborazione del *Council for Youth Care*, dell'ufficio di *probation*, degli istituti assistenziali, delle autorità locali che si occupano di istruzione, degli uffici dell'*HALT programm* e dell'ufficio del pubblico ministero con l'ausilio delle forze dell'ordine.

Prima di avviare il caso giudiziario, l'autore del reato è invitato a prendere parte ad una conversazione di gruppo, ovvero ad una "riunione" di gruppo (*conferencing*). La conversazione di gruppo è coordinata da uno degli agenti di polizia. I trasgressori si confrontano con le loro vittime e co-autori di reati, ma anche con i genitori e altre persone vicine. Il punto di partenza dell'incontro è di correggere il danno recato. L'esito della mediazione viene successivamente segnalato al pubblico ministero. Finora sono stati coinvolti soprattutto i giovani rei accusati di furto, anche se l'obiettivo è di allargare in futuro il suo campo di applicazione (Wolthuis 2000).

Si segnala che dal 2000 è nato nei Paesi Bassi un importante movimento culturale volto a promuovere le pratiche di giustizia riparativa. Ad esso partecipano un gruppo di accademici,

¹⁹ Per approfondire gli effetti dell'*HALT programme* si veda ad esempio: Rud. I., Van Klaveren C., Groot W., Maassen van den Brink H.. 2013.

²⁰ La giustizia riparativa nei Paesi Bassi è menzionata all'art 51h del codice di procedura penale (J.O.D.A. 2014).

²¹ Negli ultimi anni le vittime di reati sono diventate sempre più visibili nel sistema della giustizia in generale in tutti i paesi europei. Nei Paesi Bassi nuovi sviluppi in sono stati emanati da una legge del 1995: il "Wet Terwee". Questa legge contiene disposizioni per la compensazione finanziaria per le vittime di reati. Nel 1997 nel sistema degli adulti è partito un progetto dal titolo '*Herstelmiddelning*'. Questo progetto, finanziato dal Ministero della Giustizia, prevede un incontro tra vittima e autore del reato di un reato ed è organizzato dopo che il processo formale è stato completato. Un mediatore è coinvolto per assistere durante la mediazione che consiste in generale di due incontri/conversazioni. L'incontro può avvenire in carcere o presso l'ufficio di mediazione. Le esperienze della maggior parte degli attori coinvolti (vittime, rei, coordinatori del progetto) sono risultate molto positive. Allo stato attuale risulta che questa forma di mediazione è utilizzata solo per gli adulti (Wolthuis 2000).

mediatori e rappresentanti di varie organizzazioni del sistema della giustizia penale che hanno fondato una piattaforma per la mediazione in materia di giustizia penale grazie anche all'istituzione di un Forum olandese sulla giustizia riparativa (*Forum Nederlands voor Herstelrecht*) (Blad, Pemberton 2006; Wolthuis 2000).

7. Quando la polizia scopre che un minore ha commesso un atto illegale sono previste due possibilità. Se l'azione rientra nella categoria dei reati non gravi ed il minore è alla sua prima esperienza penale il caso è inviato, come si è visto, all'ufficio di *diversion* e al *Child Protection Board*. La polizia ammonisce il minore (*warning*) ed informa i suoi genitori sulle possibili conseguenze qualora il minore dovesse commettere un secondo reato.

Se un minore non intende aderire ad un HALT programme oppure quando non ci sono le condizioni per l'applicazione del programma, la polizia invierà il rapporto all'ufficio del Pubblico Ministero e al *Child Protection Board*. Il minore sarà registrato come un "caso penale-criminale". Sarà successivamente compito del pubblico ministero seguire il caso ulteriormente.

In questa fase l'ufficio del procuratore ha quattro possibilità: 1) sospendere le indagini per mancanza di prove sufficienti oppure se si è constatato che il minore non ha commesso il reato; 2) sospendere²² il procedimento penale per imporre una multa²³; 3) proporre un accordo per la sospensione del procedimento penale con il quale il giovane ha l'obbligo di prestare un servizio di pubblica utilità (*community sanctions*) per il reato commesso; 4) proseguire le indagini ed inviare il caso ad un giudice minorile.

La sospensione del procedimento penale con l'imposizione di una multa fa sì che la multa agisca come una sorta di avvertimento, cioè, nell'ipotesi di un successivo reato scatterà per il giovane una grave punizione. La sospensione del procedimento con un accordo si applica per i reati meno gravi e per i minori indagati per la prima volta. In questi casi il pubblico ministero può applicare una sanzione sostitutiva e alternativa al procedimento penale (*diversión*). Essa è subordinata dall'ammissione di colpevolezza del minore e dalla sua accettazione ad effettuare un lavoro non pagato di servizio alla comunità per un massimo di 40 ore²⁴.

Se il caso dovesse essere seguito dal tribunale, il giudice può decidere di assolvere il minore o di emettere nei suoi confronti una multa, oppure obbligarlo a frequentare un corso di apprendimento oppure emettere una sanzione lavorativa o un provvedimento di detenzione. Le udienze sono di solito a porte chiuse. Quando il caso è di interesse comune, il giudice può decidere di rendere il procedimento aperto al pubblico.

²² Con le modifiche del codice penale nel 1995 il pubblico ministero può sospendere un procedimento penale nei confronti di un minore senza l'approvazione del giudice 1) se negli ultimi sei mesi il minore è stato affidato al suo genitore/tutore sotto la supervisione del *Child Protection Board*; 2) se sono state imposte al minore fino a 40 ore di servizio di pubblica utilità (*community sanctions*); 3) se sono state imposte al minore fino a 40 ore di lavoro per compensare il danno; 5) se il minore ha frequentato un corso di apprendimento fino a 40 ore.

²³ Quando la multa è superiore 125 Euro, il pubblico ministero deve assicurare che il minore abbia un avvocato difensore. Se il giovane non ha un avvocato, deve essere nominato gratuitamente. Il tribunale deve approvare la sospensione del procedimento.

²⁴ Se sono imposte più di 20 ore di servizio alla comunità l'accordo non si può concludere se non è presente l'avvocato del minore. Ciò significa che nella pratica nella maggior parte dei casi gli accordi non prevedono più di 20 ore. Se il minore non ha un legale o non può permetterselo il procuratore deve procurargliene uno a titolo gratuito (Boev 2002).

7.1. Come indicato in precedenza, il sistema penale per i minori nei Paesi Bassi è prioritariamente orientato alla rieducazione e reinserimento sociale del minore reo. Tutte le sanzioni previste dal codice detentive e non detentive sono finalizzate al suo reinserimento sociale e devono fare ammenda per le relazioni sociali che sono state minate.

Le misure previste dell'area penale esterna sono principalmente fondate sul lavoro e sulla partecipazione a corsi specialistici basati sull'apprendimento di competenze (*learning sanctions*). Queste misure possono durare per un massimo di 200 ore. Se sono applicate più di due sanzioni contemporaneamente non possono durare complessivamente più di 240 ore.

Le sanzioni alternative alla detenzione possono essere imposte dal giudice minorile o dal pubblico ministero solo con il consenso del minore (art. 77N paragrafo 3 Sr). La legge richiede, infatti, espressamente che il giovane reo concordi quale tipo di sanzione debba essere applicata (art. 77m paragrafo 1 Sr). Prima di indicare la tipologia delle sanzioni alternative è utile evidenziare che nessun altro paese in Europa ha visto un così ampio incremento nell'applicazione di misure come è avvenuto nei Paesi Bassi (Van der Laan 2006).

Le sanzioni di lavoro/apprendimento previste dal codice sono²⁵:

- il lavoro socialmente utile (*community Service*);
- il lavoro per pagare il danno recato;
- gli schemi di apprendimento (*learning schemes*);
- l'ordinanza di influenza del comportamento (*Individuele Traject Begeleiding - ITB*)²⁶.

Il giudice minorile può anche applicare altri provvedimenti non strettamente punitivi: la confisca proventi delle attività criminose; il risarcimento alla vittima/ del danno; il divieto di guidare veicoli a motore; l'ordinanza di collocamento presso un ospedale psichiatrico.

7.2. Il lavoro socialmente utile rientra nella categoria delle *community sanctions*. Tali sanzioni comprendono tutte quelle attività, realizzate a titolo gratuito, a favore delle autorità locali e/o nei luoghi pubblici come ospedali, foresterie statali, o organismi non commerciali. L'attività deve stimolare il giovane reo al senso di responsabilità per il danno che ha causato e per le conseguenze del crimine. Si tratta di solito di attività di riparazione indiretta del danno.

Le *community sanctions* sono solitamente molto applicate rispetto ad esempio alle sanzioni volte alla riparazione diretta del danno (Wolthuis 2000; Van der Laan 2006; J.O.D.A. 2014).

7.3. Gli schemi di apprendimento sono dei corsi di specializzazione che possono durare fino a sei mesi. Questi corsi hanno come obiettivo l'apprendimento di competenze pratiche e sociali. Essi sono centrati sia su un lavoro di gruppo sia su un percorso individualizzato di apprendimento.

²⁵ In origine il codice penale olandese prevedeva solo due punizioni: la multa e la detenzione. Con un emendamento della legge del 2001 sono state aggiunte le sanzioni "*learning and working*" come due tipi di punizioni. Prima di questo emendamento queste sanzioni esistevano solo come alternative alla detenzione (Wolthuis 2000).

²⁶ Nel 2014 è stato attivato un progetto pilota alternativo alla custodia cautelare per i minori vulnerabili che non possono tornare a casa per problemi familiari che prevede il loro inserimento presso speciali famiglie affidatarie (*Foster care*) per tre mesi (*Alternatives to Custody* 2015).

I corsi sono approvati dal *Child Protection Board* e sono organizzati dai centri giovanili comunali del *welfare* locale. Essi variano secondo le caratteristiche del giovane e del tipo di reato commesso (Wolthuis 2000; Boev 2002). I programmi più comuni sono:

- il programma centrato sul danno causato alla vittima (*Slachtoffer in Beeld*). Questo programma è adatto in caso di furto, rapina o aggressione ed è volto a garantire che il giovane reo capisca le conseguenze delle sue azioni sulla vittima, facendogli riconoscere il danno causato alla vittima. La vittima, tuttavia, non prende parte direttamente al progetto;

- il programma centrato sull'educazione sessuale (*Seksuele Vorming*). Questo programma è applicato nei casi in cui il minore ha commesso per la prima volta un reato di natura sessuale. Il programma ha lo scopo di aiutare il giovane delinquente di venire a patti con la propria sessualità e la sessualità degli altri;

- il programma centrato sulle relazioni sociali (*Sociale Vaardigheden*). In questo programma al giovane reo viene insegnato a migliorare l'interazione con altre persone, siano essi adulti o minori (Wolthuis 2000).

7.4. L'ordinanza di influenza sul comportamento (*Individuele Traject Begeleiding ITB*)²⁷ è stata introdotta nel 2008 nei confronti dei minorenni che hanno commesso un reato grave. Essa si colloca in una posizione intermedia tra le sanzioni alternative e il carcere e può essere applicata sia nella fase cautelare che in quella esecutiva; ha una durata che varia dai 3 a 6 mesi e può essere prorogata solo una volta. Le prescrizioni possono riguardare la frequenza scolastica, lo svolgimento di un'attività lavorativa ed altre attività inserite nel progetto educativo. Questo provvedimento serve ad assicurare che il minore venga seguito attraverso una supervisione nello svolgimento degli interventi educativi. I minorenni, che non rispettano le prescrizioni, sono collocati in carcere.

Dalle statistiche risulta che questa misura è stata applicata poche volte. Soprattutto se la confrontiamo con l'incidenza dei provvedimenti emessi dal Pubblico ministero e dal giudice minorile: 92 volte nel 2009, 87 nel 2010 fino a 84 nel 2011 (J.O.D.A. 2014).

7.5. Relativamente all'implementazione di progetti inerenti il reinserimento dei minori in area penale esterna sono state recentemente segnalate alcune buone pratiche di intervento, che utilizzano delle specifiche metodologie di intervento sociale: la *Multy Systemic Therapy*, il *Tools4U* e la *Responsive Aggression Regulation Therapy*.

La prima metodologia, la *Multy Systemic Therapy*, è un trattamento intensivo dell'area penale esterna rivolto ai minori di un'età compresa tra i 12 ed i 18 anni con complessi problemi comportamentali (droga, aggressività, ambiente sociale a rischio). Il programma varia da 3 a 5 mesi durante il quale un terapeuta visita il minore e la sua famiglia diverse volte in una settimana. Il lavoro è basato sul migliorare la rete delle relazioni sociali del minore (famiglia, amici, vicinato, scuola). Nell'82% dei casi i minori non commettono un altro reato dopo il programma (J.O.D.A. 2014).

²⁷ Anche indicata come "Behaviour measure".

La seconda metodologia, *Tools4U*, può essere imposta da giudice minorile come una formazione professionale o come parte di una Ordinanza di influenza del comportamento ed è implementata sotto la responsabilità del *Child Welfare Council*. Essa è dedicata ai minorenni rei con un quoziente intellettivo meno di 85. Questo programma è monitorato da un Istituto di pedagogia accreditato dal Comitato.

Infine, la terza metodologia, dal titolo *Responsive Aggression Regulation Therapy (RE-ART)* consiste in un trattamento individualizzato per i minori di un'età compresa tra i 16 e i 24 anni con seri problemi di aggressività ed ad alto rischio di recidiva. Essa può durare dai 6 mesi fino a 2 anni. Può essere implementata nei Centri detentivi o presso l'abitazione del minore. Tale metodologia mira a migliorare l'autocontrollo del minore ed include un piano di trattamento cognitivo comportamentale con tecniche di drammatizzazione²⁸.

8. Durante l'arresto dei minori si applicano le stesse norme previste per gli adulti. I minori possono essere detenuti presso le strutture della polizia fino a un massimo di tre giorni e 15 ore. Entro tale termine i minorenni indagati devono essere interrogati dal giudice per le indagini preliminari. Il giudice istruttore valuterà la legittimità della detenzione preventiva²⁹. Il giudice delle indagini preliminari, in base alla richiesta del pubblico ministero, può, in casi specifici, emanare un provvedimento di detenzione per il giovane reo (articolo 63 del codice di procedura penale olandese).

Qualsiasi provvedimento di detenzione, che superi tre giorni, deve essere approvato da un giudice. Il giudice può estendere la detenzione per un massimo di dieci giorni. Prima della decisione del magistrato è redatto un parere del *Child Protection Board* e, se è già stato coinvolto, è acquisito un parere del servizio di *probation* minorile. I genitori del minore sono informati immediatamente dell'arresto. L'avvocato deve essere nominato per la difesa e il *Child Protection Board* deve essere informato dell'arresto.

Se il giudice decide di prolungare il periodo di privazione della libertà per i minori di una età compresa tra i 12 e i 15 anni la detenzione in una cella di polizia può arrivare fino ad un massimo di 9 giorni e 12 ore. I minori di una età compresa tra i 16 e i 17 anni possono essere fermati dalla polizia per un massimo di 16 giorni e 15 ore (J.O.D.A. 2014).

8.1. Nei Paesi Bassi la custodia cautelare è prevista per i minori di età compresa tra i 12 e i 17 anni accusati di un crimine. Non sono previste clausole speciali per i minorenni nei casi di applicazione della custodia cautelare in carcere³⁰ (European Commission 2013). Un aspetto importante sulle speciali procedure legali previste per i minori è disciplinato dall'art. 493 del codice penale che consente al giudice minorile la possibilità di scegliere qualsiasi luogo fisico per applicare la misura della custodia cautelare. Ciò significa che la custodia può essere eseguita, oltre che in carcere, in qualsiasi altro luogo che sia ritenuto idoneo per il giovane (Dronkers 2008). Come per gli adulti, l'emissione di un ordine di custodia cautelare è possibile solo

²⁸ Per ulteriori approfondimenti si vedano gli esiti del progetto Europeo: J.O.D.A. *Juvenile Offenders Detention Alternative in Europe* (JUST/2013/JPEN/AG/4573), Amsterdam, 2014.

²⁹ Articolo 59 (a) (1) del codice di procedura penale olandese.

³⁰ Art. 67-67c del codice di procedura penale olandese.

se vi siano fondati motivi per farlo e se esistano gravi obiezioni nei confronti del giovane reo. Il suo obiettivo principale è quello di prevenire la recidiva, assicurare le esigenze di sicurezza della collettività e favorire le ulteriori indagini³¹.

La custodia cautelare può durare fino ad un massimo di 110 giorni e può essere estesa per oltre dieci giorni solo se un collegio di tre giudici decide di farlo. Il nuovo periodo di detenzione può essere prorogato di 30 giorni. Il collegio giudicante, se necessario, può prorogare il periodo di 30 giorni per altre due volte (*Defence for children international* 2008a).

I giovani detenuti per un lungo periodo di tempo possono partecipare ai corsi trimestrali di formazione organizzati sia in carcere sia all'esterno. Questi corsi sono organizzati dal *Child Board* e si svolgono durante il giorno con lo scopo di fornire ai giovani abilità pratiche e relazionali.

I minori in custodia cautelare sono collocati presso le strutture penali residenziali minorili (*Youth Institutions - YCIs*) che si caratterizzano, come si vedrà oltre, in due tipi principali: i centri detentivi minorili e gli istituti minorili per il trattamento (*Youth Custodial Institutions YCIfor treatment- PIJ*).

8.2. Generalmente nei Paesi Bassi la condanna a pena detentiva nei confronti di un minore è emessa quando il giovane reo ha commesso un reato grave, quando vi sono esigenze di sicurezza e quando questa misura detentiva è considerata fondamentale per il suo futuro sviluppo³⁰.

La pena detentiva è applicata per i reati che prevedono una condanna a pena detentiva superiore a 4 anni di carcere per gli adulti. Tuttavia è necessario evidenziare che esiste sempre la possibilità che il giudice possa, in ogni momento, sospendere, completamente o solo in parte, la sentenza di condanna. Il giudice può emettere un provvedimento di pena detentiva minorile solo dopo aver sentito il parere di due esperti: un educatore e uno psicologo (*Ministerie van Justitie* 2008; *Defence for children international* 2008).

La durata massima della pena detentiva dipende dall'età del minore. Per i minori di un'età compresa tra i dodici e i sedici anni la durata massima della pena detentiva è di un anno. Per i minori di sedici e diciassette anni la durata massima è di due anni (art. 77i del codice penale olandese)³².

In media la durata della detenzione è di tre mesi. Nei casi di violenza la durata può essere estesa a un massimo di 4 anni. La misura di collocamento presso un istituto di trattamento PIJ (cfr. par. 8.5) può durare fino a due anni, con la possibilità di un'estensione di altri due anni (*Defence for children international* 2008a).

Secondo la normativa sulle istituzioni penali minorili in vigore dal 2000 (*Youth Custodial Institutions ACT*) il Ministero della Giustizia dirige tutti i servizi detentivi minorili. Tale legge regola anche gli standard per il trattamento dei minori nei servizi detentivi minorili.

³¹ Art. 77s del codice penale olandese.

³² Tali termini sono stati recentemente estesi: per i minorenni di 15-16 anni la durata massima della pena prevista era in passato di 6 mesi, per i minorenni di 16-17 anni la durata massima della pena è stata estesa da sei mesi a due anni (*Defence for children international* 2008a).

La legge, che regola i servizi per l'infanzia e per i minori (*Children and Youth Care Act*), stabilisce, inoltre, che la punizione penale per i minori rei deve essere eseguita nelle istituzioni pubbliche o private. Più della metà dei servizi detentivi minorili (*Youth Custodial Institutions YCIs*) sono gestiti da organizzazioni private³³. Il Ministero della Giustizia svolge un ruolo di supervisione in qualità di responsabile dell'esecuzione della condanna (Boev 2002).

In questo ambito è significativo il lavoro dell'agenzia nazionale delle istituzioni correzionali per i minori (*National Agency of Correctional Institutions*), che cura l'attuazione delle pene detentive e della custodia cautelare dei minori, che si eseguono nelle Istituzioni detentive per i minorenni (*Ministerie van Justitie* 2008).

8.3. *Nei Paesi Bassi è prevista un'altra forma di detenzione: la detenzione notturna. Essa è una forma speciale di detenzione per minori, che si avvicina all'istituto giuridico italiano della semi-libertà. Con la detenzione notturna il giovane va a scuola o al lavoro durante la giornata ed è detenuto in un istituto di custodia durante la notte e costantemente durante il fine settimana (Defence for children international 2008a). Diversamente dall'istituto giuridico della semi-libertà italiano essa è applicabile anche durante la fase cautelare.*

L'obiettivo della detenzione notturna è quello di limitare gli effetti nocivi della custodia cautelare e di mantenere i legami positivi con la società esterna. Essa deve soddisfare una serie di condizioni: nella giornata il minore deve essere impegnato in modo significativo e strutturato; l'occupazione giornaliera deve essere vicina all'istituzione di custodia; il giovane è tenuto a firmare un contratto ed esprimere il suo consenso (*Ministere van Justitie* 2008).

8.4. Per i minorenni esistono due tipi di servizi detentivi: i Centri detentivi e gli Istituti per il trattamento dei 'minori (*Placement in a YCI for treatment- PIJ*). I centri detentivi accolgono i minori penalmente responsabili per il crimine commesso con provvedimenti di custodia cautelare, di pena detentiva, o minori in lista di attesa per essere inseriti negli istituti per il trattamento dei minori. Alcuni centri accolgono anche i minori stranieri in attesa di essere rimpatriati.

Presso gli istituti per il trattamento (PIJ) sono collocati sia i minorenni rei imputabili sia i minorenni non pienamente responsabili per il loro crimine, ad esempio, bambini con un disturbo nello sviluppo e minori con disagio psichico. Nei loro confronti la durata massima prevista in istituto è di sei anni (*Ministerie van Justitie, 2008; Defence for children international 2008a*). Alcuni di questi istituti per il trattamento minorile sono chiusi. Altri sono aperti all'esterno. Essi possono ospitare ragazzi o ragazze oppure entrambi. Alcuni sono specializzati. Sono presenti, ad esempio, istituti che lavorano per contrastare il fenomeno delle dipendenze da sostanze stupefacenti ma anche quelli che operano per favorire l'inclusione sociale dei minori disabili. Molto frequentemente è offerto un servizio di sostegno psichiatrico per i disturbi mentali e per la depressione. Se necessario, i genitori, possono essere inclusi nei programmi educativi. Gli istituti elaborano e sviluppano in autonomia un programma rieducativo che è in seguito, approvato dal Ministero della Giustizia.

³³ Sul territorio nazionale sono operative 14 strutture residenziali detentive minorili (*Youth Custodial Institutions YCIs*) sei sono pubbliche e otto private.

Rispetto ai Centri detentivi gli istituti di trattamento per i minori (*Youth Institutions YCIs for treatment PIJ*) applicano un programma più intensivo³⁴. In entrambi tuttavia l'istruzione e il lavoro sono parti fondamentali del programma.

In quasi tutti gli istituti è adottato un programma *Work-Wise* che si basa:

- sul lavoro e la formazione;
- sull'attività del tempo libero;
- sulla costruzione di una rete sociale (Derksen 2008).

E' prevista la possibilità di emettere un provvedimento che li combina entrambi: pena detentiva minorile e collocamento presso un istituto per il trattamento dei minori. La legge sulle istituzioni penali minorili stabilisce un tempo di attesa massimo per i minori che devono essere collocati dai centri detentivi agli Istituti di trattamento. Tale termine non può essere superiore a tre mesi. Nella pratica tale termine non è sempre rispettato. Da quanto risulta dal Rapporto di *Defence for Children International* sono state segnalate lunghe liste d'attesa per l'inserimento dei minori in tali istituti di trattamento (2008a).

Dalle statistiche nazionali olandesi riportate nel rapporto J.O.D.A -*Juvenile Offenders Detention Alternative in Europe*, nel corso degli anni 2009-2012 si osserva una diminuzione dei minori condannati ad una sentenza di detenzione: si è passati da 1.199 minori (e giovani adulti) nel 2009, a 962 nel 2011 fino a 929 minori/giovani adulti nel 2012 (J.O.D.A 2014). Parallelamente le misure di trattamento erogate dai giudici minorili risultano essere pressoché stabili: 106 dispositivi nel 2009, 115 nel 2011 e 126 nel 2012.

9. In conclusione, il sistema di giustizia minorile nei Paesi Bassi presenta diversi punti di forza che fanno leva soprattutto sulla possibilità del pubblico ministero e del giudice minorile di procedere con ampi spazi di flessibilità e di mettere in atto procedure "informali" di giustizia con l'implementazione di programmi di *diversion*³⁵. *Il giudice minorile ha* la possibilità di applicare una vasta gamma di misure alternative alla detenzione ma anche, come si è visto, di sospendere il processo e la condanna di un minore reo (*From legislation to action? Trends in Juvenile Justice* 2007).

Il gruppo di lavoro incaricato al monitoraggio e sullo stato di attuazione della convenzione dei diritti dell'infanzia di New York³⁶ nell'ambito delle sue valutazioni sul sistema della giustizia minorile nei Paesi bassi ha espresso infatti un positivo riconoscimento in merito alla politica penale minorile di questo paese. Sono state realizzate positive riforme che hanno reso il sistema della giustizia minorile in questo paese maggiormente conforme, rispetto al passato, agli obiettivi e standard internazionali sanciti dalla Convenzione ONU (ChilONEEurope 2014).

³⁴ Sul territorio nazionale in totale sono operativi 14 YCI (6 centri sono pubblici; 8 privati). Dal 2008 al 2015 sono stati chiusi 3 Istituti (J.O.D.A 2014).

³⁵ Si fa presente che la discrezionalità di tutti gli operatori del diritto che tale approccio comporta non è stata esente da critiche. Si veda: Junger-Tas 2006.

³⁶ La Convenzione dei diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza prevede l'istituzione del Comitato ONU sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza (CRC), composto da dieci membri eletti dagli Stati che ha il compito di monitorare lo stato di attuazione nei singoli paesi dei principi della Convenzione.

E' stata valutata positivamente la scelta di istituire la detenzione notturna e durante il fine settimana in quanto consente di ridurre gli effetti stigmatizzanti della detenzione (*Council of Europe, Children and juvenile justice: proposals for improvements* 2009). Analoga valutazione positiva è stata fatta nei confronti del lavoro della Commissione sulla ricognizione sul sistema degli interventi *Committee of the Dutch Recognition System for Interventions* (J.O.D.A. 2014) (penali e civili) realizzati al fine di valutare (ex ; *in itinere* ed *ex post*) con ricerche empiriche dedicate la loro efficacia in termini di riduzione della recidiva. Scelta che appare quanto mai molto significativa e conforme alle raccomandazioni internazionali (I.O.D.A. 2014).

Il Comitato della Convenzione ONU, tuttavia, non è stato esente da indicare alcune criticità del sistema olandese. Secondo il parere del Comitato la percentuale dei minori in custodia cautelare è ancora molto alta (*Children's Rights in the Netherlands* 2014; *ChildONEurope* 2014). Il Comitato chiede di assicurarsi che la decisione di privare della libertà i minori sia effettivamente una misura di ultima istanza, come ultima *chance* e per un periodo di tempo più breve possibile (*ChildONEurope* 2014). E raccomanda che tale misura sia sempre valutata da un giudice, anche nei casi di reati gravi, violenti e di reati a sfondo sessuale.

Tra i punti critici il Comitato chiede di ritirare la legge che consente ai minori di 16 e 17 anni di età di essere perseguiti penalmente per adulti, di applicare il diritto penale minorile a tutti i minori (12 a 18 anni) e di limitare l'applicazione del diritto penale degli adolescenti ai giovani oltre il 18esimo anno di età. (*From legislation to action? Trends in Juvenile Justice* 2007; *ChildONEurope* 2014). Inoltre raccomanda i Paesi Bassi di ridurre i tempi di liste di attesa per il collocamento dei minori negli Istituti per il Trattamento (*Defence for children* 2008). Ed ha criticato la misura *Hospital Order* che prevede un trattamento di durata illimitata presso centri specialistici di igiene mentale anche per i minori (*Children's Rights in the Netherlands* 2014).

Infine ulteriori elementi critici sono stati segnalati da un gruppo di esperti interrogati sulle principali problematiche del sistema di giustizia minorile olandese (J.O.D.A. 2014). Tra i punti critici si è segnalato la difficoltà di applicazione delle misure alternative nella fase del processo rispetto a quella cautelare e che queste misure non sono applicate in modo uniforme in tutto il paese. In quanto risulta che i programmi di intervento alternativi alla detenzione sono spesso finanziati solo nei grandi centri urbani (J.O.D.A. 2014).

PAESI BASSI		
MODELLO DI GIUSTIZIA	Modello assistenziale con tendenze neo-liberiste (<i>Welfare - Model</i>)	
IMPUTABILITA'	12-17	
ETA' MINIMA DELLA RESPONSABILITA' PENALE	12 anni	
SPECIALIZZAZIONE	E' prevista una giurisdizione specializzata.	
PASSAGGIO ALLA GIUSTIZIA ORDINARIA	In determinate circostanze è previsto per minorenni dai 16 ai 17 anni di età la possibilità di applicare il diritto penale comune	
GIOVANI ADULTI	18-23 Possono essere applicate le norme speciali per la giustizia minorile fino al 23esimo anno di età	
ALTERNATIVE AL PROCEDIMENTO PENALE (diversione processuale)	Sono previste procedure alternative al procedimento penale (principio di opportunità dell'azione legale)	
GIUSTIZIA RIPARATIVA	Sono previste misure riparative.	MISURE RIPARATIVE <i>Halt programme</i> Mediazione penale (sperimentale) <i>Conferencing</i> (sperimentale)
AREA PENALE ESTERNA	Multa Confisca proventi delle attività criminose Risarcimento alla vittima/ del danno Divieto di guidare veicoli a motore Ordinanza di collocamento presso un ospedale psichiatrico <i>(Sospensione della custodia cautelare; Sospensione della sentenza)</i>	Sanzioni alternative Il lavoro socialmente utile (<i>Community service</i>) Attività lavorativa volta a compensare il danno subito (<i>Work to compensate for damages incurred</i>) Corsi di formazione (<i>Learning schemes</i>) Ordinanza di intervento sul comportamento dal 2008 (<i>Behavioural measure</i>)
ARE PENALE INTERNA	SANZIONE PENALE Pena detentiva (<i>Youth detention</i>)	
ETA' MINIMA PER L'APPLICAZIONE DI UN REGIME DETENTIVO	12 anni	
SERVIZI PENALI RESIDENZIALI	DETTENTIVI Custodia di polizia Misura trattamentale detentiva (<i>Youth Custodial Institution for treatment</i>) Centri detentivi per minorenni (<i>Youth detention centre</i>)	NON DETENTIVI
CUSTODIA CAUTELARE	La custodia cautelare è normativamente prevista per i minorenni ed è eseguita presso i Centri detentivi per minorenni. Essa può durare fino ad un massimo di 110 giorni.	Detenzione domiciliare Detenzione notturna
PUNTI DI FORZA E DEBOLEZZA	Punti di forza	Punti di debolezza

Esperienze

	<p>Ampia possibilità di fuoriuscita dal circuito detentivo in qualsiasi momento, attraverso l'istituto giuridico sospensione (<i>Suspension unless: Suspension under condition</i>);</p> <p>La detenzione notturna è stata valutata positivamente dal Consiglio d'Europa in quanto consente di ridurre gli effetti stigmatizzanti della detenzione (Council of Europe, <i>Children and juvenile justice: proposals for improvements</i>, 2009)</p>	<p>Criticità nella possibilità legislativa di applicare le norme del diritto ordinario per i minori che hanno commesso reati gravi (ChildONEurope 2014)</p> <p>Liste di attesa per il collocamento dei minori negli Istituti per il Trattamento (<i>Defence for children</i>, 2008)</p> <p>Resta ancora molto alta la percentuale di minori in custodia cautelare (<i>Children's Rights in the Netherlands</i> 2014)</p>
--	--	--