DIRITTO
E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale

3/4 **2018 • ANNO VI**

EDITORI
Mario Covelli

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, Maria de Luzenberger,
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, 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 processuale 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

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

INDICE

L'EDITORIALE

Necessitas non habet legem
SERGIO MOCCIA 6

L'OPINIONE

Riflessioni sulla riforma della legittima difesa
VALENTINA MASARONE 9

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO SOSTANZIALE

La famiglia quale bene giuridico, tra incertezze definitorie, esigenze sociali e principi costituzionali
VINCENZO GIORDANO 16

La liberazione condizionale nello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della l. n. 103/2017
MARCELLO IADEVITO 40

La scriminante procedurale come strumento di garanzia per le ipotesi di suicidio medicalmente assistito
GIUSEPPE MARIA PALMIERI 52

Tra la moderna concezione di pena e le sue alternative: la "*Restorative Justice*"
PIERA STRABELLO 75

DIRITTO PROCESSUALE

Incompatibilità a testimoniare e l'implicito riconoscimento dell'obbligo di deporre per il legale rappresentante dell'ente: esiste lo *ius tacendi* per l'ente imputato?
FABRIZIA CARUSO 104

***Semel mafioso semper mafioso*: il requisito dell'attualità della pericolosità al vaglio delle Sezioni unite**
ANTONIO MENNA 125

GIUSTIZIA MINORILE

Il decreto legislativo n. 121 del 2018: il ritorno al carcere come luogo e strumento di rieducazione
MARIO COVELLI 146

La messa alla prova per i minorenni ed il nuovo art. 657*bis* c.p.p.: ancora una normativa differenziata
GAIA TESSITORE 162

L'EDITORIALE

Necessitas non habet legem

SERGIO MOCCIA

Necessitas non habet legem, da intendersi nel senso che allo stato di necessità non può opporsi alcuna legge contraria. Si tratta di una prerogativa che taluni illustri giuristi ritenevano sussistesse, prima del contratto sociale, già nello stato di natura. Dunque risultava connessa alla stessa qualità di essere umano.

Ed è equiparata l'azione necessitata diretta a difendere un bene del medesimo agente a quella diretta a difendere un bene – o più beni – di una terza o più persone. Quest'ultima ipotesi, definita soccorso di necessità, è specificamente richiamata nel codice penale vigente al primo comma dell'art.54. Ebbene sì, si tratta del codice Rocco, del codice fascista che anche in questo caso, come già per la legittima difesa, dà lezioni di garantismo a Salvini!

Ma, a ben riflettere, tutta la normativa internazionale – quella che in base al combinato disposto di cui agli artt.10, 11 e 117 Cost. impone allo stato italiano di legiferare nel rispetto della medesima – in materia di soccorso in mare rappresenta il precipitato normativo del *necessitas non habet legem* in quel particolare contesto ed assume la stessa caratteristica cogente della disciplina interna in materia di scriminanti.

Proviamo a riassumere. La Convenzione di Londra del 1974 e la Convenzione di Amburgo del 1979, unitamente ad altre Convenzioni tutte riconosciute dall'Italia, integrate nel 2004 da emendamenti da parte dell'*International Maritime Organisation*, disciplinano fondamentalmente la materia. In base a tale normativa sorge in capo al comandante che soccorre naufraghi l'obbligo non solo morale, ma anche giuridico, di individuare un luogo sicuro di sbarco. Ed un tale obbligo, ripeto, giuridicamente fondato trova riscontro nell'adempimento di un dovere, art. 51 c.p., che scrimina la condotta del comandante e di chi con lui coopera anche a fronte di un ordine perentorio di un Ministro.

L'individuazione di un luogo sicuro di sbarco supera qualunque ostacolo normativo, conseguenza della necessità di salvare vite e dell'obbligo di adempiere ad un tale dovere, al di là delle insensate blaterazioni da parte di Salvini, dato che quando si arriverà all'eventuale processo il giudice non dovrà fare altro che applicare le norme che dicono tutto il contrario di quel che urla il Ministro dell'interno.

Per finalità di completezza vale la pena ricordare che, se la nave batte bandiera italiana ed ha raccolto i naufraghi a bordo, essendo la nave già territorio italiano, l'obbligo di sbarco in un porto sicuro conferisce alle persone soccorse in mare una condizione di libertà personale su cui l'eventuale ordine di impedire lo sbarco incide fortemente, determinandone una compressione non giustificata dall'ordinamento giuridico.

In genere viene ventilata l'idea che sulla nave italiana soccorrente fossero presenti non aventi diritto di asilo, né qualificabili come rifugiati, per cui il divieto di farli sbarcare sarebbe stato funzionale ad esigenze di "interesse generale". Ma l'argomento non regge. Innanzitutto, perché l'ipotesi aprioristica dell'irregolarità dei naufraghi è smentita costantemente dal fatto che sono

tantissime le persone che, una volta sbarcate, dimostrano di avere diritto allo *status* di rifugiato, secondo quanto stabilito all'art.33 della Convenzione di Ginevra, che compete a chi ha "il giustificato timore d'essere perseguitato" per razza, religione, opinione politica e così via. In questo caso opera il principio di non respingimento, art.33 par.1 della Convenzione di Ginevra, che vieta allo Stato interessato di respingere i naufraghi verso altra destinazione.

A questa ipotesi va aggiunta quella della presenza a bordo di persone che necessitano di soccorsi urgenti – caso frequentissimo – per le condizioni di salute. Dunque, anche in tali evenienze, si impone lo sbarco senza ritardo, pena la violazione delle Convenzioni richiamate. Essendo presente un obbligo di sbarco dei naufraghi, costoro non possono essere costretti a restare sulla nave: si determina, altrimenti, un'ingiustificata compressione della libertà personale attraverso la costrizione in uno spazio chiuso, al di fuori dei casi consentiti dall'ordinamento giuridico ed in mancanza di un provvedimento legittimamente dato dall'autorità giudiziaria, così come dispone l'art.13 Cost.

E per chi dovesse impedire lo sbarco dovrebbe aprirsi la strada di un processo penale, a seconda dei casi, per sequestro di persona aggravato, 605 co.3 c.p., o per finalità di coazione, art.289-*ter* c.p.

L'OPINIONE

Riflessioni sulla riforma della legittima difesa

VALENTINA MASARONE

ABSTRACT

A critical reflection on the reforms of self-defence, implemented and planned.

Il tema della legittima difesa, da qualche tempo, si presenta di 'perenne attualità'. Infatti, attraverso il 'rafforzamento' di questo istituto-chiave del diritto penale sostanziale, il legislatore penale e, in origine, la politica – perché il diritto rappresenta la formalizzazione delle scelte della politica – si propongono, ciclicamente, di offrire risposta al contingente allarme sociale sollevato da emergenze criminali più o meno reali, in buona parte alimentate dalla stessa comunicazione politica e mass-mediatica.

La 'perenne attualità' del tema ne sollecita il dibattito pubblico, nelle sedi più disparate, con il rischio di confusione e fraintendimenti: e, infatti, il dibattito pubblico è senz'altro qualcosa di auspicabile, in un ordinamento democratico, ma lo è meno quando non è fondato su una corretta informazione di base. Per valutare adeguatamente se e come l'istituto debba o possa essere (ulteriormente) riformato, è, quindi, necessario chiarire preliminarmente che cosa intendiamo per legittima difesa e come essa sia attualmente disciplinata dall'art. 52 c.p., già novellato nel 2006. Ragioni di sintesi impongono, al riguardo, inevitabili semplificazioni.

La legittima difesa – com'è noto – rientra tra le cause di giustificazione, che possono essere definite come quelle situazioni o circostanze, in presenza delle quali un fatto, che pure presenta tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, descritti nella fattispecie legale di un reato, viene, però, 'giustificato' dall'ordinamento giuridico. Il fatto in questione corrisponde, cioè, a quello vietato da un'apposita norma incriminatrice, ma, poiché, oltre agli elementi da questa descritti, presenta anche gli elementi specializzanti contenuti in una norma permissiva – che, in ragione di tali elementi, lo autorizza o lo impone –, si sottrae all'applicazione, in concreto, della norma di divieto, destinata a soccombere nel conflitto con la norma permissiva a carattere speciale. Facendo riferimento alla struttura del reato, intesa secondo la c.d. concezione tripartita e, dunque, articolata in tipicità, antigiuridicità e colpevolezza/responsabilità, in presenza della causa di giustificazione, il fatto, pur essendo tipico, non è antigiuridico.

Al di là dei profili di teoria del reato, va sottolineato come la sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti di una causa di giustificazione non elimini il contenuto d'offesa del fatto commesso, ma stia ad indicare che quel fatto non è realizzato in contrasto con l'insieme delle regole espresse dall'ordinamento giuridico. Prendendo ad esempio proprio un'ipotesi, la più eclatante, di legittima difesa, quando se ne riscontrino i presupposti nel caso in cui taluno cagioni la morte di un uomo – fatto, in sé, corrispondente al delitto di «omicidio», previsto e sanzionato dall'art. 575 c.p. –, ciò non toglie che un uomo sia stato ucciso, ma questo fatto, offensivo di un bene giuridico fondamentale come la vita, non è contrario al diritto in senso oggettivo, perché l'art. 52 c.p., alle condizioni in esso indicate, lo giustifica, lo permette, lo autorizza.

Ma, allora, quelle condizioni, quei presupposti, quei requisiti sono importanti – ciascuno per una ragione peculiare – perché attraverso di essi trova espressione quella corretta regolazione dei conflitti tra interessi contrastanti, in cui si identifica la funzione politico-criminale dell'antigiuridicità: essa, in uno stato sociale di diritto, dev'essere orientata a prospettive di tipo personalistico-solidaristico e, cioè, di contemperamento tra esigenze di tutela della persona e della collettività.

L'ordinamento non disconosce la sussistenza, in capo, all'aggressore di un interesse meritevole di protezione, ma ne giustifica il sacrificio, derivante dalla condotta che l'aggredito pone in essere per difendere il proprio interesse, pure meritevole di protezione, perché nel bilanciamento tra i due interessi in questione la presenza dei presupposti della scriminante determina la prevalenza di quest'ultimo. E, per effetto di tale giustificazione, quel fatto, rilevante per il diritto penale perché connotato da disvalore, non solo non potrà essere punito, ma nemmeno sanzionato in altri settori dell'ordinamento giuridico.

Questi brevissimi cenni consentono, se non altro, di percepire quanta e quale sia la rilevanza delle cause di giustificazione e della categoria che le 'ospita', l'antigiuridicità, nel complessivo effettuarsi della vita sociale, oltre che, con più diretto riferimento all'ambito penalistico, nella individuazione del modello legale a cui ricondurre il singolo avvenimento giuridicamente rilevante. Da questo punto di vista, perché non sia contraddetta la legittima funzione della pena, che consiste nell'integrazione sociale – e, cioè, negli aspetti postivi della prevenzione generale e di quella speciale – occorre che il suddetto bilanciamento tra interessi contrastanti operi nel senso di giustificare comportamenti chiaramente percepibili in termini di liceità, perché diretti alla tutela di interessi riconoscibili come meritevoli di protezione o di maggior protezione, in forza della situazione scriminante.

Tra le cause di giustificazione, che tanto significato rivestono, la legittima difesa occupa un posto di particolare rilievo, perché, in essa, quel significato si arricchisce di un ulteriore profilo, stavolta inerente ai rapporti tra individuo ed autorità e più precisamente tra autotutela individuale ed intervento dell'autorità. La comunità organizzata rimette il monopolio della difesa 'pubblica' degli interessi dei consociati allo Stato, che è tenuto ad esercitare e ad assicurare tale difesa, sia pure nel rispetto dei diritti degli individui. Sotto quest'aspetto, la logica di bilanciamento tipica della causa di giustificazione si esprime nella concessione che lo Stato fa al cittadino di un residuo spazio di legittimità, entro il quale questi, *a certe condizioni*, può utilizzare mezzi privati di difesa dei propri interessi.

Quelle 'condizioni' sono i requisiti e i presupposti della legittima difesa, che, come abbiamo già detto, consentono di considerare lecito un fatto intrinsecamente dannoso per un bene meritevole di protezione e che, in quest'ulteriore prospettiva, intervengono a regolare il rapporto tra autotutela individuale ed intervento pubblico dell'autorità, nel senso di assicurare che – una volta superata la logica, prestatuale, della faida o della vendetta privata – la prima possa legittimamente intervenire solo in via sussidiaria rispetto al secondo.

Ed è per questo che, in relazione alla legittima difesa, come ed ancor più che per le altre cause di giustificazione, risulta particolarmente significativa l'individuazione nel diritto positivo dei requisiti che rendono legittima la difesa e/o la riforma degli stessi.

Nel nostro ordinamento tali requisiti sono individuati, in via generale, dall'attuale primo comma dell'art. 52 c.p., nel quale consisteva l'originaria formulazione della norma, quella introdotta con il codice penale del 1930 e rimasta invariata fino al 2006.

Il fatto penalmente rilevante, posto in essere per difendere un diritto proprio o altrui, potrà essere giustificato a condizione che l'aggredito abbia agito in quanto costretto dalla necessità di difesa, a fronte di un pericolo che dev'essere attuale, la cui realizzazione avrebbe determinato un'offesa ingiusta, fermo restando il limite della proporzione della difesa rispetto all'offesa medesima.

In via di estrema sintesi, il diritto difeso può essere anche di natura meramente patrimoniale. La costrizione per necessità di difesa si ravvisa quando l'aggredito non possa evitare il pericolo se non reagendo, ma, con riferimento al caso specifico, essa incide anche sul tipo di reazione posta in essere, che dovrà corrispondere a quella strettamente necessaria a difendersi. L'attualità del pericolo richiede che esso sia incombente al momento del fatto, dunque né già passato, né futuro: non è legittima né una difesa successiva, né tanto meno preventiva. L'ingiustizia caratterizza l'offesa, quando non sia consentita dall'ordinamento: ad esempio, non ci si può difendere in modo legittimo da chi, a sua volta, agisca in legittima difesa. La proporzione è un requisito introdotto nella norma codicistica proprio in vista della possibilità di difesa anche di diritti patrimoniali, a fronte della lesione di beni personali dell'aggredito, quali la vita e l'integrità fisica. In passato concepita come proporzione tra i mezzi a disposizione dell'aggredito e quello dallo stesso impiegati, va più correttamente intesa come rapporto di proporzione tra i beni/interessi in conflitto, da valutarsi anche in considerazione del rispettivo grado di messa in pericolo nella situazione concreta.

Quest'ultimo requisito è forse il più rilevante per assicurare che la regolazione dei conflitti tra interessi contrastanti, in cui si identifica la funzione delle cause di giustificazione, avvenga nel rispetto della scala di valori costituzionale, che vede sul gradino più alto la persona. Allo stesso tempo, la proporzione, unitamente alla necessità della difesa, svolge un ruolo fondamentale per assicurare che lo spazio di autotutela, riconosciuto all'individuo dall'ordinamento, risulti davvero sussidiario rispetto al monopolio pubblico della coercizione.

Ebbene, proprio sul requisito della proporzione ha inciso la riforma del 2006, sia pure limitatamente alle ipotesi in cui la reazione difensiva si rivolga contro l'aggressore che abbia realizzato una violazione di domicilio. La legge n. 59/2006 ha, infatti, aggiunto due commi all'art. 52 c.p., per effetto dei quali il giudice è dispensato dall'accertamento della sussistenza in concreto del requisito della proporzione tra offesa e difesa – che diviene oggetto di presunzione legislativa – quando la difesa è diretta contro un intruso in una dimora privata e in ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale, da parte di taluno legittimamente presente in tali luoghi, che usi «un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione».

Con riferimento al significato complessivo di tale riforma, il profilo più evidente è quello per cui, nel contesto indicato, può essere riconosciuta come legittima (anche) la reazione difensiva che incida su di un bene personale dell'aggressore/intruso – e, cioè, sulla sua integrità fisica e sulla vita – , a tutela di un interesse meramente patrimoniale dell'aggredito, e anche quando il rapporto tra il

grado di messa in pericolo di quest'ultimo e quello di lesione dell'interesse dell'aggressore sia del tutto sbilanciato a sfavore dell'aggressore.

L'obiettivo perseguito dal legislatore del 2006 è a tutti noto, anche perché si tratta degli stessi argomenti utilizzati oggi per motivare la necessità di un'ulteriore riforma, nella stessa direzione, della legittima difesa: e, cioè, quello di sottrarre i 'cittadini onesti', che si difendano da un'aggressione, subita in casa propria, a scrupolosi e lunghi accertamenti processuali e al 'rischio penale' che potrebbe derivarne, vale a dire alla possibilità di essere chiamati a rispondere penalmente del fatto realizzato ai danni dell'aggressore. Garantendogli un più ampio diritto di autotutela si sarebbe, inoltre, assicurata a quei cittadini maggiore sicurezza e/o senso di sicurezza.

In realtà, com'è stato rilevato già nei primi commenti a quella riforma e com'è emerso, poi, dalla prassi, l'introduzione di un meccanismo presuntivo in rapporto ad uno dei requisiti fondamentali della legittima difesa, tale da farne una sorta di uso legittimo delle armi 'privato'[1], non riesce a perseguire lo scopo con esso avuto di mira, anche a prescindere da ogni valutazione sul merito dello stesso. Innanzitutto, perché le stesse condizioni a cui risulta collegata la presunzione di proporzione non possono non essere oggetto di scrupoloso e inevitabilmente lungo accertamento in un processo e, inoltre, perché 'armare' i cittadini onesti potenzialmente produce effetti criminogeni, rendendo gli stessi delinquenti più aggressivi, in via di adeguamento alla più elevata pericolosità – dal loro punto di vista – della possibile difesa.

La riforma del 2006 non ha intaccato, anche con riferimento alla 'legittima difesa domiciliare' gli altri requisiti richiesti dal primo comma dell'art. 52 c.p., intervenendo solo sulla proporzione. La riforma elaborata dall'attuale Legislatura, già approvata in Senato a fine ottobre, in un testo che unifica diversi disegni di legge presentati in materia, prospetta, sempre con riferimento all'ipotesi della violazione di domicilio, un ulteriore scardinamento dei presupposti che rendono la difesa legittima e lo fa sulla base delle stesse motivazioni di allarme sociale e di tutela dei cittadini onesti, che già avevano animato il precedente intervento novellistico.

Vi sono anche altre modifiche in programma, che qui non possono essere considerate: inasprimenti sanzionatori per i reati di furto, rapina e violazione di domicilio – pur in presenza di un'accertata diminuzione di tali reati – che rendono le relative cornici edittali del tutto incongrue rispetto al sistema; previsioni in buona parte ridondanti in ordine all'esclusione della responsabilità civile per danni causati per legittima difesa, già prevista dall'art. 2044 c.c., a cui vengono aggiunti due commi; l'esonero dalle spese di giustizia per chi ha agito per legittima difesa; la subordinazione della sospensione condizionale della pena all'integrale risarcimento del danno alla persona offesa, nel caso di condanna per il reato di furto in abitazione e con strappo, previsto dall'art. 624 *bis* c.p.; e la riforma – nel senso che vedremo – dell'art. 55 c.p.

Quanto all'art. 52 c.p., la riforma in approvazione prevede, innanzitutto, l'inserimento dell'avverbio «sempre» in riferimento alla presunzione di proporzione nelle ipotesi di cui al secondo comma, evidentemente volta a rafforzare l'operatività della presunzione, contro potenziali oscillazioni giurisprudenziali. Ma si tratta di una modifica pressoché superflua, perché resta comunque da verificare la sussistenza delle condizioni indicate di seguito.

[1] E, infatti, così era qualificato nel progetto di riforma del codice penale di poco precedente (il c.d. progetto Nordio).

È, poi, prevista l'aggiunta di un quarto comma[2], che dispone la totale presunzione della legittimità della difesa nel caso di chi, nel contesto di una violazione di domicilio, «compie un atto» – e qui pure il termine è inappropriato –«per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone»: e, cioè, si giustifica qualunque reazione difensiva, questa volta a prescindere non solo dal requisito della proporzione, ma anche da tutti gli altri indicati nel primo comma[3], realizzata per respingere l'intrusione con violenza – non necessariamente su persone, ma anche su cose – o con minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone. Non è mancato chi ha già parlato, in proposito, di licenza di uccidere.

La nuova previsione dovrebbe assicurare alle 'persone oneste' di non finire sotto processo per aver ucciso qualcuno che si è introdotto in casa loro. Attenzione, non di non essere condannate: la legittima difesa-base, per dir così, già valeva ad escludere quest'eventualità. Qui si vuole garantire la liceità di fatti anche gravemente offensivi, indipendentemente dall'accertamento di qualsivoglia condizione, in considerazione della sola 'scena del crimine': il privato domicilio.

Per completezza, va sottolineato, che la 'persona onesta', oltre a poter essere riconosciuta tale, già in origine, prima delle riforme realizzate o programmate, per l'operare della legittima difesa, sia pure all'esito di un processo, di cui evidentemente, essendoci 'un morto a terra' – è il caso di dire – non dovrebbe farsi a meno, già poteva e può avvalersi delle norme in materia di erronea supposizione di una scriminante e di eccesso colposo.

La prima ipotesi, disciplinata dall'art. 59, co. 4, c.p., si verifica quando un soggetto ritenga erroneamente che ricorrano i presupposti fattuali di una scriminante: ad esempio, quando ritenga per errore che vi sia il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, da cui sia costretto necessariamente a difendersi. In tal caso, di legittima difesa putativa, egli non risponderà del fatto, pure tipico ed antigiuridico, realizzato per difendersi, a meno che il suo errore non sia stato colposo, tale cioè da poter essere evitato, ed il fatto, corrispondente ad un delitto, sia previsto dalla legge come delitto colposo.

Quando, invece, i presupposti della scriminante siano realmente sussistenti, nel caso di specie, ma – sempre richiamandoci alla legittima difesa – il soggetto aggredito, per un errore di valutazione o per un errore nell'uso dei mezzi difensivi, ecceda i limiti della proporzione tra offesa e difesa, ricorre l'ipotesi dell'eccesso. Ai sensi dell'art. 55 c.p., anche l'eccesso è punibile solo quando sia colposo e, cioè, dovuto ad un errore evitabile, e a condizione della previsione espressa del corrispondente delitto colposo. Ferma la punibilità di un eccesso che non sia fondato su di un errore, ma che sia voluto, c.d. eccesso doloso, andrà, invece, esente da pena chi ecceda incolpevolmente i limiti della proporzione.

Ebbene, nella valutazione della evitabilità dell'errore-motivo o dell'errore-inabilità che dà fondamento all'eccesso, la giurisprudenza già tiene in conto la possibilità che esso sia determinato dai c.d. affetti astenici, vale a dire da turbamento, paura, panico, terrore. Da questi ultimi si distinguono i c.d. affetti stenici, quali collera, rabbia, desiderio di vendetta, che potrebbero,

[2] Al nuovo quarto comma viene estesa la previsione del terzo sull'individuazione dei luoghi in cui può verificarsi la c.d. legittima difesa domiciliare.
[3] Dunque, anche se si tratta di una reazione non necessaria, se il pericolo non è attuale, se l'offesa non è ingiusta.

verosimilmente, fondare un eccesso doloso. Nono stante gli affetti astenici trovino, di fatto, riconoscimento nella prassi giurisprudenziale relativa all'eccesso incolpevole, già in passato era emersa l'opportunità di attribuirvi normativamente efficacia scusante, tale da escludere la colpevolezza/responsabilità dell'agente e, quindi, il suo assoggettamento a sanzione penale.

Lo stato di turbamento, paura, panico e terrore è una condizione certamente ricorrente nelle ipotesi di c.d. legittima difesa domiciliare. Non a caso, la riforma in corso prevede anche la modifica dell'art. 55 c.p., nel senso di escludere, comunque, la punibilità quando chi si difende abbia agito in condizioni di minorata difesa, descritte dall'art. 61, co. 1, n. 5 c.p., «ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto».

In definitiva, sarebbe stato preferibile evitare, fin dall'inizio, modifiche all'art. 52 c.p. ed intervenire esclusivamente sull'art. 55 c.p., con l'attribuzione di efficacia scusante agli affetti astenici, utilizzando, però, un'espressione meno indeterminata di «stato di grave turbamento», che, in sé, potrebbe essere ricondotta anche a collera, rabbia, desiderio di vendetta. L'operatività della scusante non dovrebbe, poi, essere limitata ai soli casi di legittima difesa domiciliare, posto che le medesime condizioni potrebbero presentarsi anche al di fuori di tale contesto ed il rispetto del principio di uguaglianza dovrebbe indurre ad evitare difformità nel trattamento di casi simili.

Il problema è che interventi *ad hoc* su di un istituto come quello della legittima difesa hanno, senz'altro, un valore simbolico più evidente e politicamente più 'spendibile', oltre a rappresentare il riflesso delle carenze e incapacità palesate dallo Stato, detentore del monopolio della coercizione, sul piano della *governance* complessiva della criminalità, che finisce per essere delegata al comune cittadino.

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

La famiglia quale bene giuridico, tra incertezze definitorie, esigenze sociali e principi costituzionali

VINCENZO GIORDANO

ABSTRACT

The author, based on the latest legislation and jurisprudence, reconstructs the legally of the family. In particular, highlights the people, avoiding moralistic or paternalistic tendencies. With this in mind investigates the phenomenon of cohabitation in fact, trying to identify the parameters, also in terms of reform, to provide legal status, also in criminal law.

Sommario: 1. Il bene giuridico famiglia tra esigenze sociali ed esigenze penalistiche. – 2. La "famiglia" nel codice Rocco. – 3. Evoluzioni ordinate o caotiche. – 4. Gli interventi del legislatore in campo penale. – 5. Le spinte giurisprudenziali verso un aggiornamento assiologico. – 6. I sentieri dottrinali. – 7. La famiglia, le persone. – 8. La violazione degli obblighi di assistenza quale perfetta sintesi delle contraddizioni legislative, teoriche e processuali. – 9. L'introduzione delle unioni civili ed i riflessi, diretti ed indiretti, nel diritto penale. – 10. La rilevanza penalistica della convivenza di fatto. La situazione dopo l'introduzione dell'istituto nella legge Cirinnà. – 11. Prospettive massime e minime di riforma.

1. Approfondire la tutela penale della famiglia significa per lo studioso della materia avere l'occasione per una delicata analisi della tenuta dei principi costituzionali dinanzi a comprensibili esigenze di tutela.

Il motivo per il quale si pone la necessità di indagare un tema così complesso e peculiare deriva dall'essenza stessa del concetto di famiglia e della sua difficoltà a confrontarsi con gli archetipi della tutela penale. In effetti, forse la famiglia è il concetto che più difficilmente si adatta alle forme del diritto penale, quale conseguenza dell'adozione del principio di legalità quale asse fondante della struttura dell'edificio penalistico.

La famiglia, infatti, è concetto totalmente immerso nella dimensione sociale, come dimostra la formula costituzionale di cui all'art. 29 Cost.[1], instabile e legato a mutamenti repentini anche in conseguenza dell'intreccio tra struttura economica della società e dimensione personalistica dell'uomo[2].

Alla mutevolezza della nozione si associa, inoltre, una pluralità di significati che la stessa può assumere. Come rileva attenta dottrina, il vocabolo "famiglia" può riferirsi «sia alla famiglia fondata sul matrimonio, che alla famiglia originata sulla mera convivenza, sia alla famiglia fondata su un vincolo giuridico valido sia alla famiglia fondata su un vincolo giuridico invalido o addirittura

[1] Su cui si avrà modo di tornare nel prosieguo del testo.

[2] Si ritiene, infatti, che la rivoluzione sociale ottocentesca abbia interrotto il modello patriarcale di famiglia di derivazione romanistica, così come la rivoluzione industriale abbia interrotto il modello gerarchico di famiglia. Cfr. D. FALCINELLI, *Famiglia (tutela penale della)*, in *Dig. disc. pen*., Torino, 2010, 5.

penalmente illecito, sia alla famiglia di fatto illegittima che alla famiglia di fatto non illegittima, sia alla famiglia fondata su legami puramente giuridici che alla famiglia fondata sul fenomeno della consanguineità»[3].

Pertanto, risulta molto difficile fornire una definizione stabile e completa di famiglia senza rischiare di lasciare fuori fenomeni parimenti degni di tutela o, allo stesso tempo, di assumere una vaghezza concettuale tale da far svanire ogni utilità concettuale.

Non è un caso, d'altronde, che né il diritto civile, né il diritto costituzionale siano stati in grado di fornire, nel tempo, una risposta adeguata alle incertezze definitorie. Ai problemi in tema di legalità si associano diverse problematiche tipiche del diritto penale. In particolare, la difficoltà principale attiene proprio alla possibilità della famiglia ad assurgere ad oggettività giuridica penalmente tutelata. Si riflettono, in questo versante, le tensioni e le difficoltà insite nel codice Rocco rispetto all'individuazione dei beni giuridici precisi ed afferrabili, penalmente tutelabili, in grado di orientare la strutturazione della fattispecie. La *ratio* di tutela si sovrappone all'oggetto, disorientando l'interprete.

I criteri di criminalizzazione[4] presenti nel codice sono, inoltre, compromessi da un (apparente) malinteso rapporto con le istanze moralistiche che ineluttabilmente sono presenti in un settore così aderente alle intime convinzioni dei consociati. Aumenta il senso di confusione dello studioso la distanza culturale e giuridica tra l'impostazione codicistica in tema di famiglia ed i principi costituzionali e convenzionali.

Il tema che emerge, ormai simbolo delle dinamiche giuridiche odierne, è quello dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, i suoi spazi legittimi ed i suoi straripamenti.

Ed ogni qual volta si pone un dilemma interpretativo avente ad oggetto un fenomeno così ampio, le ricadute in termini di uguaglianza sono inevitabili. Infine, sempre in chiave interpretativa, si pone un quesito classico della scienza penalistica, ovvero il rapporto tra le nozioni civilistiche ed il diritto penale. Proprio come avviene, ad esempio, in tema di patrimonio[5], la domanda che accompagna l'interprete attiene al ruolo del diritto penale, quale mero strumento sanzionatorio oppure quale autonomo propulsore di tutela.

I cinque interrogativi proposti (definizione di famiglia; individuazione oggetto di tutela e susseguente espulsione di tendenze moraleggianti; ruolo ermeneutico dell'interprete dinanzi alla distanza tra testo codicistico e principi costituzionali; uguaglianza di tutela dinanzi ai differenti tipi di famiglia presenti nella realtà sociale; corretta identificazione del rapporto tra diritto civile e penale) sono sufficienti a dimostrare come lo studio della tutela penale della famiglia rappresenti un importante campo di verifica della tenuta dei principi costituzionali anche dinanzi ad una materia che coinvolge le intime convinzioni di ognuno di noi. Proprio, però, lo statuto peculiare della famiglia impone la riaffermazione dei principi fondamentali dell'ordinamento, nella certezza che proprio

[3] G. PECORELLA, *Famiglia (delitto contro la)*, in *Enc. Dir*., XVI, Milano, 1967.
[4] Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 173 ss.
[5] Cfr. S. MOCCIA, *La tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988.

l'attuazione di quei principi consente il raggiungimento di un corretto equilibrio tra efficienza della tutela e garanzie individuali.

2. Il codice del 1930 dedica ai "delitti contro la famiglia" il titolo XI del libro II[6], suddiviso a sua volta in quattro capi, relativi ai delitti contro il matrimonio, ai delitti contro la morale familiare, ai delitti contro lo stato di famiglia ed infine ai delitti contro l'assistenza familiare.

L'ambito della rilevanza penale della famiglia, tuttavia, è molto più ampio. Sono diverse, infatti, le norme in cui i singoli rapporti parentali sono adoperati quali circostanze, elementi costitutivi o cause di non punibilità, basti pensare, tra gli altri, agli artt. 307, 384, 540, 649 c.p.[7] Pur non fornendo una definizione tecnico-giuridica della nozione famiglia, appare evidente il concetto ideologico insito nella trama adoperata dal legislatore storico.

In aderenza ai dettami di uno Stato totalitario, si assiste ad una forte pubblicizzazione delle oggettività giuridiche, ritenute funzionali al mantenimento dell'assetto sociale e alla protezione delle dinamiche di potere. In questo modo, la famiglia rileva quale corpo intermedio tra Stato e singoli, fornita di una propria individualità e funzionale all'educazione e alla propulsione dell'etica pubblica.

Si legge, infatti, nella relazione al progetto definitivo[8] di codice penale: «lo Stato deve rivolgersi costantemente e col massimo interesse la sua attenzione all'istituto etico giuridico della famiglia, che è centro d'irradiazione di ogni civile convivenza. Nella comunione famigliare i genitori con la parola, e più con l'esempio, plasmano l'anima del fanciullo, che sarà poi il cittadino: secondo che l'ambiente domestico è moralmente puro, o viziato o malsano, germina in esso e fiorisce la pianta dell'uomo onesto, ovvero vi alligna quella triste e attossicata del criminale. Il legislatore deve, con tutti i mezzi di cui può disporre, cercare di rinsaldare, nella sua esistenza fisica e nella sua compagine morale, l'organismo famigliare; e a tale scopo serve anche la sanzione punitiva con la sua minaccia contro gli attentati all'istituto del matrimonio, che costituisce il fulcro di ogni ben costituita società, e contro l'organismo famigliare».

Di conseguenza, l'ottica del legislatore storico risulta spiccatamente anti individualista, scevra da istanze di tutela del singolo, volta, invece, alla protezione di interessi "superiori"[9] che trascendono i componenti del nucleo familiare[10].

In questa prospettiva, fortemente gerarchica e autoritaria, la famiglia veniva intesa in senso patriarcale, secondo la tradizione romanistica, in maniera tale che fosse tutelata in primo luogo l'autorità del *pater familias*, in un certo qual modo estrinsecazione e prosecuzione della autorità dello Stato[11]. Evidente, in tal senso, la disciplina, poi dichiarata incostituzionale, dell'adulterio,

---

[6] Cfr. F. VIOLANTE *Famiglia (dir. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2010.
[7] Cfr. G.D. PISAPIA-G. PISAPIA, *Famiglia (delitti contro la)*, in *Dig. disc. pen*., Torino, 1991, 115 ss.
[8] *Relazione sui libri II e III del Progetto definitivo*, in *Lav. Prep*., II, Roma, 1929, 334.
[9] Palese in questo senso la famosa prolusione di Macerata del 1913 del civilista Antonio Cicu.
[10] Cfr. R. ZANNOTTI, *Delitti contro la famiglia*, in A. FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, 238.
[11] Come efficacemente osserva L. VIOLANTE, *La famiglia nel diritto penale*, in *Politica del diritto 1980*, 38, "*le funzioni d'ordine che nella società civile gestiva lo Stato, nella famiglia erano gestite dal capo famiglia, e lo Stato interveniva quando l'autorità del padre-marito si era rilevata insufficiente per ristabilirne il valore preminente all'interno della famiglia.*"

dell'omicidio per causa d'onore ed il peculiare trattamento giuridico assicurato al marito rispetto alla moglie.

3. La dottrina reputa, pertanto, di scarso valore scientifico la classificazione operata dal legislatore fascista, essendo finalizzata ad istanze incompatibili con la trama della Carta costituzionale e lo sviluppo della società civile.

Il principio di uguaglianza tra i coniugi, la definizione di famiglia quale società naturale sede dello sviluppo della personalità dei singoli, la protezione della prole ed, in generale, le istanze di tutela della dignità dell'essere umano hanno generato una comprensibile risemantizzazione dell'articolato codicistico in materia di famiglia. Senza dimenticare, poi, l'evoluzione dell'ordinamento civilistico, in particolare con la riforma del 1975, attraverso la quale si è cercato di fornire un assetto al codice civile maggiormente conforme allo statuto della famiglia nella società moderna, senza tralasciare l'incidenza del divorzio sulla conformazione dell'istituto matrimonio, e quindi sulla nozione di famiglia.

In campo penale, invece, si è innescato, a dire il vero, un disordinato percorso di evoluzione legislativa e giurisprudenziale, non immune da contraddizioni interne ed esterne, volto al difficile raccordo tra l'ordinamento penale ed i mutamenti della realtà sociale.

In assenza di una riforma complessiva ed organica della materia, si è assistito ad interventi puntiformi dei diversi legislatori ed ad interpretazioni giurisprudenziali adeguatrici, volte all'emersione di un dato qualitativo della tutela penale.

Una sintetica analisi di questi diversi apporti, sino alla recente legge d'introduzione della convivenza di fatto e delle unioni civili, può consentire di cogliere le contraddizioni e le reali lacune presenti nel sistema penale in materia di famiglia, per addivenire ad una adeguata prospettiva di riforma.

4. L'intervento del legislatore, come anticipato, è stato piuttosto limitato. Tralasciando per il momento i recenti interventi a seguito del coordinamento con la legge sulle unioni civili, cui sarà dedicato un apposito approfondimento, il primo provvedimento legislativo degno di nota è rappresentato dalla legge n. 689 del 1981, attraverso la quale si è introdotto opportunamente un regime di punibilità a querela di parte per alcune ipotesi ricomprese nel reato di violazione degli obblighi di assistenza famigliare.

La medesima legge aveva sostituito la formula patria potestà con quella di potestà dei genitori, prima che il d.lgs. 154/2013 adoperasse la formula responsabilità genitoriale, in correlazione con la riforma civilistica in materia di unicità dello status di figlio[12].

Sporadicamente, il legislatore ha dato rilevanza alla convivenza di fatto rispetto a singoli istituti. Si pensi ad esempio alle aggravanti in tema di pornografia (oggi art. 602-*ter* c.p.), ovvero alla facoltà di astensione della testimonianza, *ex* art. 199 c.p.p. co. 3. Nel medesimo senso è possibile segnalare l'intervento legislativo sull'art. 609 *quater* c.p. per opera della legge 38/2006, la quale ha provveduto a parificare dal punto di vista sanzionatorio il trattamento degli atti sessuali commessi in danno di

[12] Cfr. D.M. SCHIRÒ, *Responsabilità genitoriale*, in *Dig. disc. pen*., Agg. 2016, *passim.*

minorenne dall'ascendente, dal genitore anche adottivo ovvero dal convivente. La medesima legge ha introdotto al secondo comma, quale soggetto attivo del reato di atti sessuali con minorenne mediante abuso di posizione, proprio il convivente.

La legge n. 38 del 2009 si è posta nella medesima scia, introducendo la relazione affettiva quale uno dei presupposti per il reato di atti persecutori.

Maggiormente rilevante, invece, è stata la modifica dell'art. 572 c.p. ad opera della legge 172/2012, di ratifica della Convenzione di Lanzarote, che ha riformulato la fattispecie in maniera tale da punire i reati contro i familiari e conviventi.

Da ultimo, la legge 4/2018[13] è intervenuta sull'art. 577 in materia di circostanze aggravanti in materia di omicidio, parificando al coniuge la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente.

Gli interventi del legislatore hanno sicuramente favorito l'interprete nel tentativo di fornire una tutela sistematica alle convivenze intese quali formazioni sociali in cui si esplica la personalità del singolo. Al medesimo tempo, tuttavia, come spesso accade in assenza di interventi organici, i diversi interventi legislativi, nel loro progredire, hanno determinato la nascita del quesito interpretativo del rapporto tra convivenza e famiglia legittima, e di conseguenza la problematica della possibile equiparazione ermeneutica dei due concetti alla luce della disciplina del divieto di analogia in materia penale.

5. La giurisprudenza costituzionale, invece, ha spesso svolto il ruolo di autentico centro propulsore di un aggiornamento assiologico del codice penale, volto alla cancellazione delle aporie costituzionali. In questo senso, storiche e fondamentali sono le sentenze con cui la Corte ha sancito l'illegittimità costituzionale delle ipotesi penalmente rilevanti di adulterio e concubinato.[14]

La dottrina, diversamente dal legislatore, ha tentato di fornire una sistemazione teorica organica ai delitti contro la famiglia, interrogandosi sulla reale essenza della tutela fornita dal codice. In questa prospettiva, prima di indagare le soluzioni più accreditate, sono stati oggetto di attenzione scientifica diversi elementi normativi e incisi della giurisprudenza costituzionale.

L'assenza di una definizione codicistica di famiglia, presente in realtà quale elemento costitutivo solo nel reato di cui all'art. 572 c.p. (tale esiguità numerica ha fatto sorgere il dubbio di una sopravvalutazione del problema[15]), ha condotto la dottrina ad interrogarsi severamente sugli spazi ermeneutici aperti dagli artt. 307 (definizione di prossimi congiunti) e 540 (definizione del rapporto di parentela) che, come vedremo, costituiscono ancora oggi un argine al soddisfacimento di nuove istanze di tutela verso modelli di famiglia diversi da quella legittima.

Non si può negare, infatti, come nel nostro ordinamento, per precisa scelta politica e culturale, la famiglia legittima continui a mantenere una posizione privilegiata di tutela, sia nell'ordinamento civile che nell'ordinamento penale. Già l'art. 29 Cost., d'altronde, è espressione di questa scelta, fondata sulla stabilità e certezza, oltre che sulla disciplina giuridica peculiare di cui la famiglia legittima gode.

[13] Anche la suddetta legge sarà oggetto di analisi in correlazione con le unioni civili.
[14] Corte cost., sent. n. 126 del 1968 e sent. n. 147 del 1969.
[15] Come sostiene F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2016, 645 ss.

Indicative sono le sentenze della Corte costituzionale, ripetute negli anni, attraverso le quali si è sempre negata l'illegittimità costituzionale degli art. 384 e 649 c.p[16]., dove riconoscono cause di non punibilità soltanto verso un modello di famiglia legittima, senza aperture ermeneutiche verso diversi modelli di famiglia o di convivenza.

La Corte costituzionale ha sempre ritenuto legittima, giacché rientrante in una fisiologica scelta discrezionale, la disciplina esistente, maggiormente incline a riconoscere tutela e autonomia alla famiglia legittima, senza, però, perdere l'occasione di inviare un monito al legislatore affinché riconosca finalmente un'apposita disciplina per le forme di convivenza, espressione dell'art. 2 Cost.

In questo scenario, la giurisprudenza ordinaria ha, invero, innescato una sorta di insubordinazione latente laddove, nell'interpretazione dell'art. 572 c.p., *ante* riforma del 2012, ha "letto" il termine famiglia come comprensivo di ogni consorzio di vita fondato su un intime relazioni e consuetudini di vita, tali da essere parificato in una dimensione sostanziale alla famiglia fondata sul matrimonio[17].

La riforma del 2012 paradossalmente ha frenato lo scenario giurisprudenziale, perché pur riformulando la fattispecie come maltrattamenti contro familiari e conviventi, ha disinnescato quegli orientamenti, a dire il vero prevalenti, che riconoscevano tutele anche a forme di relazioni *more uxorio* non fondate su una stretta convivenza[18].

6. Attraverso l'analisi di simili dati normativi e giurisprudenziali, in dottrina si è assistito ad un comprensibile processo di individualizzazione del bene giuridico famiglia, il quale, tuttavia, non ha ancora compiuto definitivamente la sua maturazione[19].

Salvo alcuni Autori che ancora riconoscono alla famiglia il ruolo di istituzione pubblica superindividuale, trascendente i singoli membri, tale per cui soggetto passivo del reato sarebbe sempre lo Stato, incline a tutelare la famiglia quale luogo intermedio rispetto agli individui[20], nel panorama dottrinale si possono individuare due percorsi "mediati" di individualizzazione della tutela.

Secondo un primo punto di vista[21], la famiglia costituisce un bene giuridico strumentale, intermedio tra un bene collettivo superindividuale e i beni individuali della personalità e del patrimonio dei singoli componenti del nucleo familiare.

Rilevata, infatti, l'assenza di personalità giuridica in capo alla famiglia e la difficile determinatezza del concetto stesso, secondo la dottrina in esame non bisogna cadere nell'errore di abbandonare ogni istanza di tutela verso la famiglia a cause della difficoltà definitoria.

---

[16] Il dibattito sulla natura giuridica delle due norme è complesso ed articolato, non sintetizzabile, senza banalizzazione, in poche righe. Per un'efficace disamina, anche con soluzioni originali ma condivisibili, cfr. C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 328 ss.

[17] Per una disamina dell'art. 572 c.p. insuperabile F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, in *Enc. dir*., Varese, 1975, 226 ss.

[18] Senza tralasciare il discutibile nuovo assetto dei maltrattamenti contro minori, su cui v. L. TARASCO, *Maltrattamenti in famiglia o verso conviventi: prospettive di "ulteriore" riforma*, in *Dir. pen. e processo 1/2015*, 88 ss.

[19] Cfr. F. FIERRO CENDERELLI, *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Milano, 1984.

[20] Si tratta della tesi di G. PECORELLA, *Famiglia*, cit., *passim*. Nello stesso senso MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1984, 926.

[21] Ci si riferisce alla tesi sostenuta da A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., 313 ss.

La tutela della famiglia rappresenta uno dei compiti fondamentali dello Stato che, attraverso la tutela dell'ambiente familiare riesce a proteggere anche i singoli individui ed i loro beni. In questo senso, appare obbligata, secondo la tesi in esame, la ricostruzione dei reati contro la famiglia in chiave plurioffensiva.

Un diverso sentiero ermeneutico è stato percorso da uno dei maggiori studiosi della tutela penale della famiglia[22].

Il punto di partenza della tesi in esame è il rifiuto di un'eccessiva individualizzazione della tutela penale[23]. L'appartenenza al gruppo familiare fa sorgere diritti e doveri che, in assenza della famiglia, non esisterebbero; "dall'uomo *uti singulus* si differenzia non solo l'uomo *uti civis* ma anche l'uomo come membro della famiglia"[24].

Ciò posto, si introduce una fondamentale distinzione. Ammonisce l'Autore che non bisogna confondere oggetto della tutela e motivo dell'incriminazione. Dall'idea per la quale la tutela penale della famiglia è qualcosa di diverso dalla tutela dell'individuo in quanto tale non nasce necessariamente la tesi della famiglia quale bene superindividuale, strumentale, intermedio o che dir si voglia. Non vi è dubbio che nella scelta legislativa sia insita un'istanza di autoconservazione dello Stato e di gestione dell'ordine sociale, ma ciò non vuol dire che ciò assurga ad oggetto della tutela penale.

Ed il problema, allora, diviene proprio l'individuazione dell'oggetto della tutela dei reati ricompresi nel titolo XI del libro II del codice penale, dopo aver correttamente colto la *ratio* incriminatrice.

In questo solco si delinea la tesi, spesso seguita, dei singoli rapporti familiari quali oggetto di tutela delle singole norme incriminatrici nell'ambito dei delitti contro la famiglia.

I singoli diritti e obblighi che l'ordinamento in senso lato riconnette ai diversi rapporti familiari costituiscono il referente normativo della tutela penale.

Così ragionando il diritto penale assume un ruolo eventualmente ed ulteriormente sanzionatorio[25], soltanto nel caso in cui i rapporti penalmente tutelati trovino la loro genesi in altri rami dell'ordinamento.

Una simile prospettiva genera una diversa metodologia di indagine. In questo modo, infatti, lo sforzo esegetico non è più volto all'individuazione di un bene di categoria in grado di affasciare le diverse fattispecie, né tantomeno alla risoluzione onnicomprensiva dei problemi ermeneutici.

Se oggetto della tutela penale sono i singoli rapporti familiari, sarà necessario di volta in volta indagare la singola norma, individuare il rapporto tutelato e la sua fonte, cogliere la *ratio* dell'incriminazione e identificare il soggetto passivo, in una prospettiva necessariamente atomistica e singolare.

---

[22] Il riferimento è a G.D. PISAPIA-G. PISAPIA, *Famiglia (delitti contro la*), in *Dig. disc. pen*., Torino, 1991, 112 ss.

[23] Si ripercorre, in chiave storica, la ricostruzione di Carrara, il quale, invece, annoverava il delitto contro la famiglia tra i delitti individuali. Ancora, i delitti erano tripartiti tra quelli riguardanti i diritti del coniuge sul coniuge, i diritti della prole verso i genitori ed i diritti dei genitori sulla prole. Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Firenze, 1898, 1080 ss.

[24] G.D. PISAPIA-G. PISAPIA, *Famiglia*, cit., 117.

[25] G.D. PISAPIA-G. PISAPIA, *Famiglia*, cit., 118.

Bisogna rinunciare, pertanto, alla ricerca di una nozione penalistica trasversale di famiglia. Sono le singole norme, attraverso i rapporti richiamati, a fornire il dato minimo di tutela, consentendo all'interprete l'individuazione delle nozioni sottese.

La tesi in esame è particolarmente interessante non solo perché è una delle più seguite ma anche perché esprime, nel suo *iter* logico, una serie di passaggi condivisibili. Incontrovertibile è l'assunto secondo il quale la tutela della famiglia in senso superindividuale ed onnicomprensivo rappresenta la *ratio* della tutela e non l'oggettività giuridica protetta. Nel codice fascista i delitti contro la famiglia sono funzionali al mantenimento di un assetto sociale gerarchico ed ordinato, in cui nei privilegi e poteri del *pater familias* si riflette l'autorità dello Stato.

Nello Stato sociale di diritto delineato dalla Carta Costituzionale, invece, la famiglia rappresenta un ambiente di vita, un luogo privilegiato, una comunità di affetti, un contesto all'interno del quale lo strumento penale deve muoversi con estrema lucidità. In questo senso ci sembra funzionale la formula adoperata dall'art. 8 Cedu quando parla di tutela dell'ambiente familiare.

La *ratio* delle incriminazioni diviene la tutela di quest'organismo intermedio e multiforme, rete che sorregge lo sviluppo della personalità degli individui e, certamente, funzionale ad un maggior ordine nella società.

Tutto ciò, tuttavia, non può costituire oggetto di tutela penale in senso stretto. I criteri di offensività, materialità, personalità della responsabilità penale, di distinzione tra diritto e morale, ed il diritto di difesa impediscono la ricerca di beni giuridici privi di sostrato materiale, non immediatamente afferrabili e tutelabili, imprecisi e indeterminati.

Il bene giuridico non può coincidere con la *ratio* della tutela[26]. Allo stesso modo è da accogliere positivamente l'abbandono, a legislazione vigente, di categorie onnicomprensive in grado di unire le diverse fattispecie incriminatrici.

Dissolta la nozione di famiglia quale bene giuridico di categoria superindividuale, è soltanto l'analisi delle singole norme, della loro conformazione a permettere l'individuazione del bene giuridico, del soggetto passivo e dei problemi connessi, come ad esempio la rilevanza del consenso scriminante. Ciò non vuol dire, ovviamente, l'abbandono di un'analisi scientifica e giuridica di tipo sistematico ed interpretativo, volta alla ricerca delle linee politico criminali percorribili. Vuol dire, invece, dalla nostra prospettiva, impedire che punti di vista aprioristici influenzino *ex ante* l'analisi giuridica del dato normativo.

In altre parole, l'interpretazione della fattispecie non deve essere piegata al perseguimento di una qualsivoglia ispirazione giuridica o ipotesi ricostruttiva dogmatica ma deve essere il dato normativo il punto di partenza della scienza giuridica[27].

Colti i punti di merito, non può ritenersi, invece, soddisfacente l'individuazione del bene giuridico protetto nei delitti contro la famiglia nei singoli rapporti familiari. Sembra questa una sorta di compromesso linguistico di chi, dopo aver attaccato un *totem*, vuole comunque riconoscergli gli

[26] In questo senso vedi anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, *passim*.

[27] Come efficacemente sottolineato da K. VOLK, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, (a cura di) A. CAVALIERE-C. LONGOBARDO-V. MASARONE-A. SESSA- F. SCHIAFFO, Napoli, 2017, 42 ss, secondo il quale gli istituti giuridici devono essere interpretati teleologicamente e non in chiave ontologica.

onori del merito. I singoli rapporti familiari, infatti, non costituiscono altro, invece, che una riqualificazione giuridica pur sempre intermedia, strumentale, di carattere vago e che addiviene ai medesimi risultati di chi, invece, aderisce ad un percorso di completa individualizzazione della tutela. Si tratta, in altri termini, di un compromesso linguistico, corretto nell'intenzione di garantire una maggiore individualizzazione e materialità al bene giuridico, ma che nei risultati non si allontana troppo dall'impostazione codicistica.

Diverso, invece, è sostenere che i singoli rapporti parentali costituiscono il presupposto della tutela, ovvero un elemento costitutivo normativo/sociale del fatto tipico (o una circostanza aggravante in taluni casi). Sicuramente l'individuazione del rapporto parentale e dei connessi diritti e doveri è un dato imprescindibile dell'analisi della singola norma incriminatrice. Questo non vuol dire, però, che i singoli rapporti costituiscano il bene giuridico protetto dalla fattispecie.

7. È diversa la prospettiva, secondo la nostra opinione, da attraversare per cogliere realmente i problemi e le possibili soluzioni sottese ai delitti contro la famiglia.

Perseguendo una diversa impostazione metodologica, anche al costo di dover rinunciare o comunque ridimensionare taluni baluardi ideologici, riteniamo doveroso segnalare un doppio limite del concetto di famiglia alla luce delle categorie del diritto penale[28].

Come già visto, in primo luogo viene in rilievo il vizio genealogico, il legame storico rispetto ad un'impostazione autoritaria. Nella prospettiva fascista la famiglia trascendeva i singoli componenti per assumere il ruolo di cinghia di trasmissione di valori assiologici prestabiliti. In questo senso la famiglia assumeva il valore di vettore comunicativo, connotato da particolare "forza" morale, attraverso il quale diffondere l'ingerenza statuale.

Dissolto questo legame (tuttavia, ancora presente nel codice, seppur cadute in desuetudine le incriminazioni simbolo di questo atteggiamento, basti pensare ai reati contro la morale familiare, sui quali si ritornerà), permane un difetto intrinseco dei delitti contro la famiglia.

La nozione di famiglia appare irrimediabilmente poco determinabile, naturalmente cangiante, sostanzialmente vaga, compromessa dal fisiologico scontrarsi di opzioni assiologiche per natura contrastanti, come dimostra quanto detto sinora in termini di emersione di nuovi tipi di famiglia e come dimostra la tematica dei reati culturalmente orientati[29] ed il dibattito connesso, spesso affrontato proprio in relazione ai reati in ambito familiare. Alla luce di quanto espresso, nella consapevolezza della delicatezza del tema e delle fondamentali ripercussioni in tema di sviluppo della personalità umana, proprio per garantire una maggiore effettività di tutela, appare maggiormente adeguata un'oggettività giuridica caratterizzata da materialità e titolarità certa.

In questo senso, allora, può correttamente impostarsi la differenziazione tra *ratio* di tutela e bene giuridico.

Il diritto penale, scevro da formalismi definitori civilistici, tutela la personalità umana nel suo divenire, nel suo formarsi e nel suo manifestarsi. L'ambiente familiare, allora, diviene un contenitore di diritti fondamentali degni di tutela penale ma inevitabilmente connessi con il singolo individuo.

[28] Come magistralmente spiega S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 219 ss.
[29] Per un inquadramento della tematica v. C. SANTORO, *I riflessi penalistici della questione multiculturale: implicazioni dommatiche e profili di politica criminale*, Napoli, 2015.

Utilizzando una formula sintetica: la famiglia è uno dei luoghi in cui si tutela l'essere umano. Da ciò deriva una duplice conseguenza. Il bene giuridico di riferimento non sarà la famiglia, il rapporto familiare, un bene intermedio comunque si voglia chiamare, ma pur sempre la persona umana, la pubblica fede, il patrimonio, la personalità umana, secondo la fattispecie che viene in rilievo. Non vi è alcuno spazio tecnico giuridico per la famiglia in termini di bene giuridico.

Ciò non significa, tuttavia, indifferenza penalistica verso il tema familiare.

Proprio perché, invece, la famiglia rappresenta un luogo privilegiato in cui offendere i beni prima citati, tra l'altro con particolare incisività anche psicologica, assecondando una *ratio* di tutela volta alla protezione della personalità umana in uno dei suoi luoghi significativi di sviluppo, è sicuramente da accogliere con favore una rideterminazione delle fattispecie principali (omicidio, lesioni, abbandono di persone incapaci, rapina, furto, falso materiale, per citarne alcune) attraverso la creazione di sottofattispecie *ad hoc* laddove siano interessati luoghi e soggetti familiari.

In sintesi, la prospettiva da seguire, a nostro parere, è la declinazione nei singoli beni giuridici di apposite fattispecie connotate e parametrate al coinvolgimento del contesto familiare.

Così ragionando, si raggiunge un'ulteriore obiettivo. Se ad essere protetta è la personalità umana nel suo divenire, in uno dei luoghi privilegiati di sviluppo e quindi di vulnerabilità, ciò che interessa al diritto penale non è il dato formale del rapporto parentale o del matrimonio. Ciò che interessa al diritto penale, in linea con la *ratio* di tutela prima individuata, è proteggere la persona umana ed i beni ad essa connessa (patrimonio e pubblica fede) in uno dei contesti in cui è più vulnerabile. Ed allora, non vi può essere alcuna distinzione tra famiglia legittima, famiglia di fatto, e tutti i diversi tipi di famiglia coinvolti nella attuale fase storico.

Ogni singolo rapporto connotato da un consorzio vita e di affetti, da solidarietà umana, da progetti di vita comune, da condivisione dell'esistenza, da effettività e continuatività, da reciproca assistenza e protezione, da consuetudini di vita, merita una particolare e unanime considerazione dal diritto penale.

La persona, ed i beni ad essa connessa, possono essere ugualmente offesi e compromessi in ogni relazione umana con le caratteristiche sopra descritte, comunque si chiami e comunque la si interpreti. Ciò che muta è soltanto la dimostrazione probatoria dell'esistenza di una comunità di affetti, più semplice nel caso di una famiglia legittima e più articolata in una relazione completamente deformalizzata.

Una simile impostazione consente anche di chiarire in profondità quanto prima espresso in merito ai rapporti familiari. Adottando una simile impostazione metodologica permane, infatti, la centralità dell'analisi dei rapporti tutelati. L'esigenza definitoria dei rapporti tutelati è, infatti, centrale ai fini del rispetto del principio di determinatezza e tassatività.

Anche in una simile prospettiva, allora, "*la definizione dei rapporti familiari su cui si innesta e si riversa la protezione penale è la chiave di volta non solo per tratteggiare il campo tipico e (dis)valutativo degli illeciti appartenenti al genere dei reati familiari, ma anche per aprire una riflessione de iure condendo sulle dinamiche criminali della e nella famiglia*"[30].

[30] D. FALCINELLI, *Famiglia*, *cit.*, 6.

Ciò non vuol dire, secondo quanto prima espresso, che i singoli rapporti familiari assurgano a bene giuridico protetto.

La definizione dei rapporti tutelati, che per noi deve inglobare quei rapporti deformalizzati ma fondati su un consorzio di vita, individua il presupposto della sottofattispecie familiare, delimita il fatto tipico ulteriormente connotato. L'esigenza di perimetrare con attenzione la fattispecie permane, quindi, senza per questo adottare compromessi terminologici o acrobazie interpretative, bensì assegnando ad ogni elemento il proprio ruolo dogmatico, coniugando parallelamente esigenze di tutela ed esigenze sistematiche[31].

D'altronde, anche chi adotta la prospettiva dei rapporti familiari quale oggetto di tutela, non può che concludere affermando che "[…] *In sostanza, ad essere oggetto di tutela, è un aspetto della personalità individuale- di affidamento sull'altro- che è proprio dell'uomo uti singulus (e per questo concettualmente e topograficamente scisso da quelli contemplati nei reati contro la persona) ma se ed in quanto parte del gruppo familiare la cui tipologia ed ampiezza di volta in volta le scelte legislative positivizzano*"[32].

La sostanza assiologica ci sembra la stessa da noi espressa, se non per la differenza che la scissione di cui sopra, è da noi interpretata non in termini di oggettività giuridica bensì attraverso l'enucleazione di apposite sottofattispecie diversamente connotate.

È questa una scelta coerente con i principi personalistici della nostra Carta Costituzionale, con gli archetipi della tutela penale, e che conferisce una adeguata attenzione ad un luogo privilegiato della nostra società quale la famiglia, comunque la si voglia oggi intendere (per noi necessariamente al plurale), senza per questo, però, stravolgere o camuffare i principi costituzionali di offensività materialità e legalità. Anzi, si può addirittura arrivare ad affermare che attraverso la tutela del singolo nel contesto familiare si tutela, indirettamente, la tenuta collettiva dell'organismo familiare.

Infine, l'adozione di una simile metodologia, consente anche di chiarire definitivamente i rapporti tra diritto penale e civile. È opportuna, tuttavia, sul punto una precisazione in termini generali.

Diritto civile e diritto penale si distinguono non in termini di scopo (necessariamente individuato dalla Costituzione nell'organizzazione e mantenimento di una pacifica convivenza tra in consociati) ma in termini di funzione. Il diritto penale svolge la funzione di tutela di beni giuridici (direttamente o indirettamente) costituzionalmente rilevanti avverso offese connotata da particolare dannosità sociale. Differentemente, il diritto civile, pur nella sua attuale evoluzione verso nuovi orizzonti giuridici, svolge una funzione disciplinatoria delle relazioni umane, in termini patrimoniali e non solo. Se questo è vero, in linea di principio, come autorevolmente affermato[33], l'intervento penale deve prescindere da prospettive civilistiche. Le definizioni civilistiche in tema di famiglia, allora, assumono rilevanza se ed in quanto eventualmente richiamate dalla fattispecie penale in chiave di tipicità. Ciò vuol dire che nessuna influenza il concetto di famiglia civilistico può svolgere in tema di individuazione del bene giuridico. Può svolgere, invece, un'influenza decisiva in tema di tipicità, a discrezione però della norma penale.

[31] Secondo l'insegnamento di C. ROXIN, *Politica criminale e sistema penale*, trad. it. di S. Moccia, Napoli, 1986.
[32] D. FALCINELLI, *Famiglia*, cit., 8.
[33] Il riferimento è a S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio*, cit., 72.

In considerazione di quanto espresso, è assolutamente da rigettare la tesi del carattere sanzionatorio del diritto penale in tema di famiglia. Nessuna funzione sanzionatoria può assegnarsi all'intervento penale se il bene giuridico di riferimento è individuato nei termini sopra espressi. D'altronde, una simile tesi non può essere accolta anche per motivazioni contingenti al settore civile.

In effetti, anche in tale settore non si può registrare unanimità di consensi in merito alla latitudine della nozione di famiglia. L'intersecarsi delle esigenze familiari, con quelle successorie e con quelle connesse all'autonomia negoziale ha spesso determinato un'ambiguità di fondo in merito all'individuazione della nozione di famiglia. Per questo motivo, ancor più difficilmente si potrebbe ipotizzare una funzione sanzionatoria del diritto penale, non essendo chiaro a presidio di cosa dovrebbe porsi la minaccia penale.

Proprio dal diritto civile, invece, emerge una conferma delle possibilità di sviluppo della tesi prospettata. Uno dei più autorevoli studiosi della materia ha prospettato, infatti, l'abbandono di una prospettiva statica e monolitica in merito alla definizione della famiglia ai sensi del diritto civile[34].

Un punto chiave dell'analisi dell'Autore, fondamentale per la conferma della nostra tesi, è il mancato riconoscimento della personalità giuridica in capo alla famiglia.

L'attribuzione di personalità giuridica è una tecnica normativa adoperata per consentire l'esplicazione dell'autonomia negoziale e la risoluzione di problematiche non risolvibili attraverso l'attività del singolo. Ogni qual volta si fa riferimento ad un centro di imputazione comune si rinvia ad una problematica che il singolo da solo non potrebbe affrontare. Se così non è in tema di famiglia, significa allora che il riferimento costituzionale ai diritti della famiglia deve intendersi come inteso ai diritti dei singoli nell'ambito della relazione familiare.

Una simile considerazione va di pari passo con il rifiuto di una qualificazione in termini pubblicistici del diritto di famiglia. Spesso si è tentati nell'individuare il diritto di famiglia un settore del diritto civile di impronta prettamente pubblicistica, in virtù dell'autonomia negoziale ridotta, dell'inderogabilità di alcune norme e delle asserita funzione sociale.

Una tale argomentazione non è tuttavia sostenibile perché non si tratta di elementi univoci, facilmente spiegabili anche attraverso diverse interpretazioni, senza contare le sempre maggiori aperture che si incontrano in tema di riconoscimento di autonomia negoziale nel diritto familiare.

D'altronde, com'è stato efficacemente notato, "*la prospettazione di un generico e indefinito interesse superiore consentirebbe al legislatore ogni arbitrario conculcamento della personalità di qualcuno dei membri della compagine familiare*"[35].

Tutto ciò dimostra come forse finanche nel diritto civile sia più corretto discorrere di interessi individuali nell'ambito del diritto familiare. Senza voler ulteriormente scomodare il dibattito civilistico, è ragionevole pensare come ciò che nel diritto civile costituisce un legittimo dubbio, nel diritto penale dovrebbe divenire una solida prospettiva.

L'abbandono di un'esegesi superindividuale o assiologicamente predefinita dovrebbe consentire una completa individualizzazione dei delitti contro la famiglia ed i reati satellite, giustificando una completa autonomizzazione del diritto penale dalle logiche civilistiche.

---

[34] Ci si riferisce alla tesi di P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, XVI, Milano, 1967.
[35] U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, 21.

8. Un'ottima sintesi dei diversi snodi concettuali affrontati sinora è rappresentata dall'evoluzione giuridica del reato di cui all'art. 570 c.p.

In questa norma si riflette l'inadeguatezza della famiglia a porsi quale bene giuridico protetto; le connesse influenze moralistiche, da cui conseguono inevitabili difetti di determinatezza; l'evoluzione giurisprudenziale verso una maggiore individualizzazione della tutela; la necessità di un arretramento della tutela penale; il problematico rapporto con il diritto civile; il segno delle trasformazioni della società civile.

La fattispecie di cui all'art. 570 c.p., autentica novità del codice Rocco, è collocata tra i reati contro l'assistenza familiare, espressione eterogenea volta ad esprimere ancora una volta il riflesso della visione fascista della società. Attraverso tale disposizione, infatti, si mirava a reprimere tutti i comportamenti "*disgregatori dell'unità fisica e morale della famiglia*"[36], coniugando un modello autoritario di famiglia, proprio del contesto storico e sociale coevo al codice.

L'ispirazione della norma si traduce in una tecnica legislativa volutamente vaga, che si compendia nella punizione di condotte contrarie all'ordine e alla morale della famiglia, formula onnicomprensiva volta all'intromissione del giudice ogni qual volta un comportamento difforme dall'etica dominante minasse più che la famiglia stessa, la concezione di famiglia sottesa alle norme codicistiche.

Naturalmente un tale modello di tutela ha subito uno stravolgimento ermeneutico con lo scontro con le norme costituzionali e le riforme che si sono susseguite nel diritto civile, in particolare l'introduzione dell'istituto del divorzio. È stata attraverso la rivalutazione del concetto di uguaglianza giuridica tra i coniugi e la considerazione della famiglia come luogo in cui tutti i soggetti devono trovare protezione e sostegno per lo sviluppo della propria personalità che è stato possibile adottare interpretazioni costituzionalmente orientate[37].

Pertanto, stride con l'evoluzione sociale (ma non con l'orientamento costante della giurisprudenza costituzionale[38]), la pronuncia del 1972, numero 42, della Corte Costituzionale, che ha rigetto una questione di legittimità dell'art. 570 per contrasto con l'art. 25 Cost., in relazione al principio di legalità. Secondo la Corte, nella descrizione del fatto il legislatore si è riferito a "*concetti extragiuridici diffusi e generalmente compresi nella collettività in cui il giudice opera*". È evidente la petizione di principio in cui la Corte è caduta, dando per scontato proprio ciò che invece andava rigorosamente provato. Tali concetti sociali diffusi sono, invece, proprio nel settore familiare, come prima anticipato, soggetti a profonde trasformazioni, a volte anche repentine, in modo tale che una simile formula si traduca in una formula in bianco a disposizione del giudice.

È evidente allora, stante anche il disagio della giurisprudenza dinanzi un compito così arduo, la necessità di ricollegarsi alla normativa civilistica, colorando la norma in senso ulteriormente sanzionatorio. Si tratta, in questo caso, di un'esigenza nata dalla vaghezza della tecnica legislativa, che non consente in alcun modo di individuare, al primo comma, la condotta stigmatizzata.

---

[36] G. LEONE, *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo codice penale*, Napoli, 1931, 15.

[37] Per un'analisi approfondita della norma cfr. V. MONGILLO, V*iolazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da G. Cassano, V, Milano, 2006, 293 ss.

[38] Per una lettura dei canoni giurisprudenziali di applicazione del principio di determinatezza v. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Padova, 1979; per un'esegesi completa del principio cfr. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano,* Napoli, 2001.

Viepiù che una simile disposizione normativa non consente neanche di delineare con precisione l'oggettività giuridica protetta. Nell'esame della giurisprudenza e della dottrina sul punto, è solito discorrere di tutela dell'ordine familiare, della famiglia in senso istituzionale, dei singoli rapporti familiari. Sono tutte espressioni queste, però, che mal si adattano alle funzioni del bene giuridico, come già in precedenza sostenuto. Per questo è da accogliere con favore, seppur con una precisazione, la pronuncia delle Sezioni Unite del 2007, in cui si è ricostruita la disposizione come norma a più fattispecie, in particolare configurante tre diverse fattispecie di reato.

Secondo le Sezioni unite, il primo comma delinea la fattispecie principale (abbandono del domicilio domestico o violazioni dell'ordine o della morale della famiglia) ed è posta a tutela della famiglia in quanto tale, essendo indifferente la composizione del nucleo familiare, violando le condotte stigmatizzate gli interessi di tutti i componenti del nucleo familiare.

Le condotte, invece, punite nel secondo comma esprimono altrettante fattispecie autonome, poste a tutela, però, degli interessi economici dei singoli membri della famiglia. In questo modo le Sezioni unite hanno assicurato un'evoluzione in senso individuale della fattispecie di reato, ponendo al centro dell'attenzione la personalità umana ed il patrimonio del singolo individuo componente del nucleo familiare.

Riteniamo, tuttavia, che un simile ragionamento posta essere replicato anche rispetto al primo comma. In realtà, il problema è costituito più che dall'individuazione del bene giuridico, dalla strutturazione della fattispecie. In altri termini, la voluta vaghezza della fattispecie imposta dal legislatore storico, si riflette nella difficoltà e quindi nella pluralità di possibilità interpretative in merito all'oggettività giuridica. L'esegesi delle Sezioni Unite, per quanto legittima, a nostro parere contrasta con i canoni fondamentali in tema di bene giuridico. Le singole condotte di abbandono del domicilio domestico, o di violazione dell'ordine della famiglia, seppur è vero che astrattamente ledono tutti i componenti del nucleo familiare, nella concreta dinamica fattuale, ricadranno inevitabilmente su specifici soggetti, sulla loro personalità, sul loro patrimonio, sul loro equilibrio psicologico.

Di conseguenza, anche in questo caso il bene giuridico è di tipo individuale, come d'altronde è confermato dalla procedibilità a querela di parte, con una scelta ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 535 del 1987 (secondo la quale, le scelte di procedibilità nei reati attinenti ai rapporti familiari costituiscono precise scelte di politica criminale).

In ottica di riforma, invece, sarebbe maggiormente conforme ai canoni costituzionali del diritto penale, ed anche ad una maggiore effettività dell'intervento penale, una selezione puntuale e precisa degli obblighi penalmente sanzionati, attraverso una modulazione della fattispecie che tenga conto delle esigenze penalistiche (si pensi, ad esempio, alla differenza tra il concetto di inadempimento civilistico e la commissione di un reato, al cui interno valutare le esigenze economiche, la fattispecie soggettiva, lo stato di bisogno, al fine di ritenere un comportamento civilisticamente illecito anche penalmente rilevante).

In quest'ottica si potrebbe, in linea anche con quanto proposto nel progetto Pagliaro, valorizzazione l'aspetto materiale della solidarietà familiare (in senso lato), sanzionando le violazione degli obblighi di assistenza economica, di assistenza fisica ai soggetti in stato di bisogno, le violazioni agli obblighi verso la prole come ad esempio l'obbligo di istruzione. Soltanto attraverso un vaglio

delle condotte penalmente rilevanti, con riflessi materiali sui singoli individui, sarebbe possibile recuperare un maggiore margine di incisività della fattispecie (ad oggi, infatti, l'art. 570 c.p. costituisce una delle fattispecie più frequenti nella cognizione del giudice monocratico, spesso con interventi del giudice penale che acuiscono la tensione familiare anziché ricomporla, come nel caso di inadempimenti parziali, "a singhiozzi" o in presenza di uno stato di bisogno), senza comunque tralasciare la tutela indiretta, che non assurge a bene giuridico, che si fornisce all'unità familiare, da interpretarsi ancora una volta in senso ampio, con apertura verso i nuovi modelli di famiglia.

Non condivisibile appare, invece, il recentissimo intervento normativo volto all'introduzione dell'art. 570 *bis* c.p. Esercitando la delega contenuta nella legge Orlando[39] (23 giugno 2017 n. 103, con specifico riferimento al comma 85 let. *q* dell'art.1), il Governo ha adottato il decreto legislativo 21/2018 volto all'attuazione, seppur tendenziale del principio della riserva di codice (apprezzabile nell'ispirazione seppur criticabile nelle concrete modalità attuative)[40].

In questa cornice è stato introdotto l'art. 570 *bis* c.p., denominato "*Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio*", il quale recita: "*Le pene previste dall'articolo 570 si applicano al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli*".

In sostanza, il legislatore ha riprodotto il testo dell'art. 12 *sexies* l. n. 898/1970 e dell'art. 3 l. n. 54/2006 all'interno del codice penale. Seppur condivisibile sia l'esigenza di una maggiore conoscenza della legislazione da parte della collettività, la norma ci sembra soffrire della medesima miopia dell'art. 570 c.p., vale a dire un appiattimento sui canoni civilistici (violazione di ogni tipologia di assegno), senza alcuna selezione degli obblighi rilevanti, senza alcuna considerazione dell'eventuale stato di bisogno (salvo prevedibili operazioni ermeneutiche verso lo stato di necessità o la categoria dell'inesegibilità), equiparando sostanzialmente l'inadempimento civilistico ad un reato. Inoltre, questo è uno dei pochi esempi in cui il legislatore non si è limitato alla mera trasposizione di una norma complementare nel codice civile ma ha operato anche un intervento di chirurgia legislativa (è stato eliminato il riferimento agli artt. 5-6 della l. divorzio), in questo modo violando, tuttavia, la delega contenuta nella legge Orlando.

Infine, l'oscura formulazione della norma nella parte in cui sanziona la violazione degli obblighi economici nel caso di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli, priva di tutela una serie di situazioni in maniera del tutto incomprensibile, in particolare: affidamento ad uno solo dei genitori; mancato pagamento dell'assegno dopo la separazione soltanto verso il coniuge (la

[39] Per un commento generale alla legge Orlando v. R. BARTOLI, *Luci, ombre e penombre della riforma Orlando*, in *Giur. it.* 2017, 2225 ss.; A. GIARDA – G. SPANGHER, *Riforma Orlando (appendice)*, in A. GIARDA - G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, 2017, 3464 ss.; E. MARZADURI, *Un intervento dal contenuto ampio ma non sistemico*, in *Guida dir.,* 2017, 31 ss.; S. MOCCIA, *Qualche considerazione sugli aspetti di diritto sostanziale della riforma Orlando*, in www.*dirittoegiustiziaminorile.it, Riv. Trim*. 3-4/2017, 5 ss.; E. A. AMBROSETTI, *La riforma Orlando: profili di diritto penale sostanziale*, in *Proc. pen. giust.*, 6/2017, 1057 ss.; G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale. Prime riflessioni*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, Ospedaletto, 2017, 11 ss.

[40] Sul punto v. M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc*., 2018, 429 ss.

congiunzione "e", infatti, lascia intendere come la norma si riferisca congiuntamente alle due situazioni); mancato versamento dell'assegno verso i figli nati fuori dal matrimonio. Questo è il prezzo (alto) da pagare ogni qual volta si rinuncia al principio di determinatezza quale canone di legiferazione.

9. Dall'adozione di una prospettiva di abbandono di concetti generici ed indeterminati, richiamanti un vago concetto di famiglia, a favore di una tutela individuale e materiale, si è dimostrato, attraverso l'esempio dell'art. 570 c.p., come si possano raggiungere anche risultati in termini di effettività ed incisività dell'intervento penale.

Cosi ragionando divengono più chiare anche le prospettive generali *de iure condendo* e *de iure condito* del nostro ordinamento. È necessario, tuttavia, soffermarsi adesso sull'istituto, recentemente introdotto, delle unioni civili e della convivenza di fatto per verificare se questa importante svolta del nostro ordinamento abbia avuto (o possa avere) ripercussioni anche nel diritto penale.

La legge 20 maggio 2016, n. 76, denominata "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*", segna una vera e propria svolta legislativa del diritto di famiglia, arrivando finalmente a positivizzare taluni dei risultati di decenni di dibattito giurisprudenziale e dottrinale[41]. La legge ha adottato una logica di differenziazione, disciplinando due diversi modelli di formazione sociale, le unioni civili ed il paradosso della convivenza (giuridica) di fatto.

Al primo modello, riguardante due persone dello stesso sesso, il legislatore ha riconosciuto uno statuto quasi del tutto sovrapponibile a quello matrimoniale (cerimonia di costituzione, cause impeditive, regime d'impugnazione, scelta di un cognome comune, concordanza dell'indirizzo familiare e residenza comune, regime patrimoniale, tutela civile, scelte in materia terapeutica, regime lavoristico, solo per citare alcuni aspetti). Alle convivenze di fatto[42], invece, è toccato un regime più flessibile e meno invasivo, teoricamente coerente con la scelta dei conviventi nello stabilire un rapporto deformalizzato.

Dal punto di vista strettamente penalistico, nella legge Cirinnà[43] (legge del 20 maggio 2016 n. 76) vengono in rilievo, oltre al richiamo indiretto all'incriminazione di cui all'art. 12 *sexies* della legge divorzio (che confluirà dal 6 aprile 2018 nel nuovo art. 570 *bis* c.p.), l'obbligo reciproco di assistenza morale e familiare concernente le unioni civili, in grado di fondare una posizione di garanzia *ex* art. 40 c.p., e la discussa disposizione di cui al comma 20 dell'art. 1, secondo la quale «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole coniuge, coniugi o termini equivalenti, ovunque ricorrono nella legge, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi

[41] Per alcune valutazioni generali sulla legge dalla prospettiva civilistica v. M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 859 ss.; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in www.*giustiziacivile.com*, 2016, 930 ss.
[42] Trattasi di un modello che riguarda sia i rapporti eterosessuali che omosessuali.
[43] Dal nome della promotrice del disegno di legge.

e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

Secondo i primi commentatori della legge[44], questa sarebbe stata la disposizione in grado di stabilire un collegamento con l'ordinamento penale, seppur con il filtro teleologico dell'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi.

Non è stata questa la strada scelta dal Governo, che ha discutibilmente ricavato, invece, una delega legislativa per il settore penale dal comma 28 let. *c*., che non prevede, in realtà, alcun riferimento al settore penale ed è completamente privo di criteri direttivi e principi di riferimento (motivo necessario e sufficiente per sancire l'incostituzionalità del decreto legislativo susseguente)[45].

Seppur appare condivisibile quanto affermato nella Relazione illustrativa, vale a dire l'incapacità del comma 20 a rispettare il parametro della determinatezza, non si capisce, tuttavia, perché tale critica non valga per il comma 28 let. *c*, assolutamente inidoneo ad identificare l'oggetto della delega, oltre ai principi e criteri direttive, violando *in primis* l'art. 76 Cost e poi il principio di determinatezza[46].

Chiarito il dubbio (in senso negativo) sulla genetica costituzionale del decreto, è possibile indagarne il contenuto. Rispetto al codice penale, il decreto è intervenuto su alcune disposizioni, in maniera trasversale, garantendo attraverso di esse la massima capacità espansiva alle modifiche introdotte. In particolare, il legislatore è intervenuto sull'art. 307 c.p., inserendo nella definizione di prossimo congiunto anche la parte di un'unione civile dello stesso sesso.

L'introduzione delle parti dell'unione civile nel novero dei prossimi congiunti consente di modificare mediatamente l'ambito applicativo dell'art. 386 (circostanze attenuanti per la procurata evasione); degli artt. 390-391 c.p. (circostanze attenuanti per la procurata inosservanza di pene o misure di sicurezza); della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p.; per le cause di non punibilità previste dall'art. 307 e 418 c.p.; del reato di abuso d'ufficio *ex* art. 323 c.p. (nel caso di omessa astensione in presenza di un conflitto di interessi con la parte di un'unione civile).

Medesima *ratio* avvolge il neo-introdotto art. 574 *ter* c.p. che prevede l'equiparazione ai fini penalistici tra matrimonio ed unione civile ed, al secondo comma, l'equiparazione della nozione di coniuge alla parte di un'unione civile, soltanto nei casi, però, in cui tale nozione rilevi come circostanza aggravante o elemento costitutivo del reato. Inutile dire che è palesemente irragionevole la mancata equiparazione al coniuge della parte dell'unione civile nel caso di circostanza attenuante (probabile trattasi di mera "svista" legislativa, non per questo, però, meno colpevole).

Rispetto alle incriminazioni concernenti il matrimonio, la norma citata consente l'equiparazione dell'unione civile in relazione al delitto di bigamia ed al delitto di induzione al matrimonio mediante inganno.

Ben più ampie sono le ripercussioni che derivano dal secondo comma dell'art. 574 *ter* c.p. Ed infatti, vengono in rilievo le circostanze aggravanti di cui al delitto di omicidio (e *de relato* dei delitti

[44] Il riferimento è in particolare a G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della legge Cirinnà*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 11 maggio 2016.

[45] La norma si limita a prevedere la possibilità di adottare un decreto legislativo per le unioni civili riguardo alle "*modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti"*.

[46] Cfr. P. PITTARO, *Unioni civili e legislazione penale: il decreto delegato*, in *Fam. dir.,* 2017, 489 ss.

di lesioni personali, mutilazioni femminili e omicidio preterintenzionale), del delitto di abbandono di persone incapaci, di violenza sessuale e *stalking,* di prostituzione minorile, di pornografia minorile, di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, di tratta di persone, di acquisto e alienazione di schiavi, di sequestro di persone.

Per quanto riguarda, invece, la qualità di elemento costitutivo, la parte dell'unione civile è oggi equiparata al coniuge rispetto al delitto di cui all'art. 570 c.p. L'ultima modifica concernente il codice penale riguarda la discussa causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p., estesa oggi anche ai componenti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso[47].

Sul versante processuale, il decreto si limita ad intervenire sull'art. 199 c.p. rispetto alla facoltà di astensione dalla deposizione testimoniale in relazione ai fatti appresi durante l'unione civile per chi non sia più legata da tale vincolo.

Non è stato necessario alcun altro intervento, secondo il Governo, in virtù delle clausole di cui ai nuovi artt. 307 e 574 *ter* c.p. ed alla clausola di adeguamento di cui al comma 20 dell'art. 1 della legge Cirinnà. Il riferimento, nelle norme citati, alle legge penale in generale e l'assenza, in ambito processuale, del divieto di analogia consentono, infatti, di operare ermeneuticamente senza sbarramenti di sorta. Dall'illustrazione compiuta emerge, ormai, ai fini penali, una completa equiparazione assiologica tra unioni civili e matrimonio, raggiunta anche per il tramite del sistema delle definizioni normative, in grado di implementare gli effetti delle singole modifiche.

L'assimilazione raggiunta tra unioni civili e matrimonio rappresenta un importante dato teleologico, che conferma ancor di più non soltanto la forte evoluzione che il settore delle incriminazioni riguardanti la famiglia subisce a causa delle mutevolezza dei costumi sociali, ma anche come il dato che realmente interessa il diritto penale non è costituito dalla formale sussistenza di una famiglia legittima, bensì da un legame forte e stabile, dove sia dimostrata la volontà dei partecipi di stabile una comunità di vita ed una condivisione di affetti.

10. Diverse, tuttavia, sono le conclusioni che si ricavano analizzando la disciplina concernente le convivenze di fatto. Nell'articolato-commato della legge Cirinnà, infatti, appare evidente la volontà del legislatore di predisporre un modello flessibile, in grado di adattarsi alla concreta dinamica della relazione *more uxorio*. Ed infatti, la legge predispone una serie di facoltà e di diritti azionabili secondo la volontà dei conviventi, dalle scelte in materia terapeutica alla successione nel contratto di locazione, dalla disciplina dei rapporti patrimoniali attraverso appositi contratti di convivenza alla possibilità di recesso.

Significativa è la definizione che la legge predispone: ai sensi del comma 36, «per conviventi di fatto" si intendono "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolati da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

[47] Viene modificato anche il secondo comma della disposizione, che prevede il regime di procedibilità a querela per i delitti contro il patrimonio commessi a danno del coniuge legalmente separato ed oggi per la parte dell'unione civile, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento della stessa nei modi previsti dalla legge, prima che lo scioglimento intervenga.

La definizione ci appare in grado di fotografare il nucleo pulsante del legame in esame (nonostante il legislatore precisi come la definizione valga soltanto ai fini della legge Cirinnà), ovvero un legame affettivo dal quale scaturisce una reciproca e (soprattutto) stabile assistenza morale e materiale, vale a dire una comunità di vita, certo caducabile, ma caratterizzata dalla volontà di condividere una parte della propria vita senza per questo doversi formalmente vincolare.

Certo, la prova della stabile convivenza attraverso la dichiarazione anagrafica di convivenza come richiesto dal comma 37 rappresenta un requisito dalla inequivocabile valenza ermeneutica.

Come dimostra il dibattito civilistico insorto in merito alla natura costitutiva o probatoria della dichiarazione[48], sussiste comunque la necessità di differenziare questi legami dai rapporti caratterizzati dalle temporaneità e dall'assenza di volontà di condividere un consorzio di vita.

Ed è questa un'ottica replicabile anche ai fini del diritto penale. Non qualsiasi forma di condivisione dell'esistente implica, di per sé, il carico di conseguenze, favorevoli o sfavorevoli, previste nel settore penale, bensì soltanto relazioni caratterizzati dalla stabilità e volontà di reciproca assistenza. Ciò non significa, tuttavia, che il requisito della convivenza nella medesima abitazione debba acquisire, ai fini del diritto penale, carattere dirimente. Come già detto in precedenza, riteniamo la condivisione del medesimo nucleo abitativo, un dato probatorio che facilita la giurisdizione nella ricostruzione del rapporto e non, invece, una *condicio sine qua non* per l'applicazione della legge penale.

Nel *genus* convivenza di fatto (sarebbe meglio, forse, in relazione al diritto penale parlare di famiglia di fatto ma il problema resta soltanto terminologico) riteniamo, quindi, sussistere modelli diversi di relazione, tutti equiparabili nel campo penale purché fondati sulla stabilità (dato sociale) e sulla solidarietà (dato teleologico).

Il dato definitorio, pertanto, rappresenta sicuramente un ausilio anche rispetto all'interpretazione della legge penale, pur privilegiando una concezione autonomistica del diritto penale. Le disposizioni, invece, prettamente penalistiche presenti nella legge Cirinnà sono ben poche, a dire il vero una soltanto, il comma 38, che equipara i conviventi ai coniugi rispetto ai diritti previsti dall'ordinamento penitenziario. La disciplina penalistica delle convivenze di fatto non è stata implementata nemmeno dal d.lgs. 6/2017, in quanto la delega contenuta nel comma 28 let. *c* si riferiva espressamente alle unioni civili, senza alcuna menzione per le convivenze di fatto, né tantomeno sussiste altra delega nei commi successivi.

Secondo la dottrina che si è espressa sul punto[49], il legislatore ha perso un'importante occasione (sia con la legge Cirinnà sia con il decreto delegato, sia con qualsivoglia altro provvedimento legislativo coevo) per eliminare disparità di trattamento nei confronti dei conviventi.

Le modifiche prima citate in favore delle parti dell'unione civile hanno, infatti, acuito le possibilità discriminazioni rispetto ai conviventi, senza che l'atto ermeneutico possa adoperarsi per colmare i vuoti di tutela, stante lo sbarramento imposto dal principio di tassatività.

---

[48] Cfr. S. PELLEGATTA, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*, in *Fam. dir.*, 2017, 891 ss.

[49] Cfr. G.L. GATTA, Unioni civili tra persone dello stesso sesso, cit., 11; A. MERLI, *Note introduttive al tema: "La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio" (dopo la legge Cirinnà e il decreto legislativo di attuazione in materia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2017, n. 5, 89 ss.

Le disparità sussisterebbero non soltanto verso i conviventi di fatto, ma anche nei confronti delle unioni civili libere, cioè non formalizzate dinanzi ad un ufficiale giudiziario[50].

Non riteniamo, tuttavia, possibili allo stato attuale soluzioni ermeneutiche volte all'interpretazione degli artt. 307 e 574 *ter* c.p. (e, di converso, le norme richiamate indirettamente da questi due articoli) in senso estensivo verso i conviventi di fatto[51].

Pur condividendo, infatti, la premessa assiologica costituita dall'autonomia del diritto penale e della natura di elementi sociali e non normativi, lo stato attuale della legislazione, stante il divieto di analogia ed il principio di tassatività, impedisce una tale assimilazione.

Riteniamo, infatti, che il testo normativo costituisca il punto di partenza di qualsiasi operazione ermeneutica. Non vi è interpretazione ma soltanto applicazione dinanzi ad un dato normativo inequivocabile: soltanto il dubbio o l'apertura semantica del testo consente di intraprendere un percorso ermeneutico in cui valorizzare il dato tipologico e teleologico. Allo stesso tempo, non vi è interpretazione ma libera (ed illegittima) creazione nella scelta arbitraria di violare il chiaro significato letterale di una disposizione normativa per colmare condivisibili ansie da vuoti di tutela.

In quest'occasione, il testo normativo ci appare inequivocabile quando si esprime in favore dei coniugi, dei prossimi congiunti e delle parti delle unioni civili.

Lo sbarramento costituito dal testo legislativo, inoltre, vale non soltanto verso le disposizioni in *malam partem* (fattispecie incriminatrici e circostanze aggravanti) ma anche verso le cause di non punibilità, in qualsiasi modo si vogliano inquadrare giuridicamente.

In particolare, l'esigenza di certezza di diritto (quindi uguaglianza, e quindi libertà) sottesa a quanto prima osservato rispetto al valore del testo normativo, si esprime in egual modo verso tutte le disposizioni normative.

Ogni dato letterale apre uno spazio ermeneutico più o meno ampio (salvo le violazioni del principio di determinatezza), in cui l'interprete può adoperare le regole costituzionali di interpretazione della fattispecie.

In questo caso, tuttavia, lo spazio ermeneutico ci appare davvero esiguo e non in grado di supportare interpretazioni volte all'equiparazione della convivenza di fatto con la famiglia legittima o con l'unione civile.

Difficile, allo stato della giurisprudenza costituzionale, ipotizzare, viepiù, l'accoglimento di un'eventuale questione di legittimità costituzionale per disparità di trattamento tra unioni civili e convivenze di fatto. È altrettanto innegabile, infatti, che tra i due istituti sussista, a livello legislativo, una differenza di disciplina che ben potrebbe sostenere teoricamente la susseguente divaricazione di disciplina penale, nonostante gli assunti da noi svolti in precedenza. Sarebbe difficile ipotizzare, d'altronde, un obbligo in capo al legislatore capace, poi, di autorizzare, secondo lo schema delle rime obbligate, una pronuncia additiva della Corte Costituzionale.

Il tema della rilevanza della convivenza di fatto deve essere aggiornato, infine, alla legge dell'11 gennaio 2018, n. 4, recante modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici. Nel contesto di un provvedimento

[50] A. MERLI, *Note introduttive al tema: "La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio",* cit., 89 ss.
[51] Tesi in parte sostenuta da S. RIONDATO, *L'unione familiare di matrimoni, unioni civili e convivenze, dopo la riforma penale 2016-2017*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 997 ss.

più ampio, il legislatore ha modificato l'art. 577 c.p. (e, di converso, l'art. 585 c.p.) equiparando, ai fini dell'applicazione dell'ergastolo in caso di omicidio, al coniuge la parte dell'unione civile (la modifica ha soltanto valore dichiarativo, essendo già attivo il rinvio di cui all'art. 574 *ter* co. 2 c.p.) e "*la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente*"[52]. Si tratta dell'ennesimo intervento isolato volto alla valorizzazione della convivenza di fatto (seppur consolidato nella stabile convivenza in senso di coabitazione), che accresce la necessità di un intervento organico che si faccia carico di riportare razionalità nella materia.

Da un esame complessivo del codice penale, infatti, emergono disparità di disciplina difficilmente spiegabili razionalmente. Ad esempio, la stabile relazione affettiva costituisce una circostanza aggravante, anche senza convivenza, per il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis co. 1 n. 5-*quater*); una circostanza aggravante con la necessità della convivenza per il delitto di prostituzione e pornografia minorile (art. 602 ter co. 6); una circostanza aggravante ai sensi del nuovo art. 577 in grado di giustificare l'ergastolo, purchè vi sia la stabile convivenza; un elemento costitutivo del delitto di maltrattamenti. Invece, non assume alcuna rilevanza ai fini del delitto di sequestro di persona, di abuso d'ufficio, di abbandono di persone minori o incapaci, tutte fattispecie in cui la relazione di coniugio o di unione civile svolge un ruolo come circostanza aggravante o elemento costitutivo.

Dal punto di vista degli effetti favorevoli, invece, la relazione di convivenza non svolge alcun ruolo ai fini della circostanza attenuante in materia di procurata evasione (art. 386, richiamato dagli artt. 390 e 391), delle cause di non punibilità di cui agli artt. 307-384-418-649 c.p.

Sono due, pertanto, gli aspetti che colpiscono l'interprete: l'incertezza legislativa in merito alla rilevanza del requisito della stabile convivenza e la mancata considerazione della convivenza di fatto rispetto a fattispecie che, invece, sembrano caratterizzate da una *ratio* capace di coinvolgere anche questo tipo di relazione.

Con questo non si vuol dire, certo, che il legislatore sia obbligato ad equiparare sempre e comunque la convivenza di fatto con la relazione di coniugio o di unione civile. Si pensi, ad esempio, alla fattispecie di cui all'art. 570 c.p. (al netto delle criticità già espresse e delle prospettive di riforma): ci sembrerebbe una forzatura punire il convivente per la violazione degli obblighi che discendano dalla legge Cirinnà (si pensi, ad esempio, a quello degli alimenti previsto nell'ultimo comma o alla violazione degli obblighi patrimoniali previsti nel contratto di convivenza), ritenendo ampiamente sufficiente la tutela patrimoniale di natura civilistica.

Allo stesso tempo, cause di non punibilità come quelle previste dagli artt. 307 e 418 c.p. potrebbero condurre, laddove estese anche ai conviventi, a possibili abusi in sede processuale.

In sintesi, è evidente come l'ordinamento necessita di un intervento di razionalizzazione volto alla perimetrazione, approfondimento e regolamentazione della convivenza di fatto ai sensi del codice penale, stabilendo il ruolo da attribuire alla stabile convivenza (a nostra opinione, non dirimente se non in chiave probatoria), le fattispecie in cui questo tipo di relazione può assumere rilevanza, in senso favorevole o sfavorevole, nella consapevolezza, aderendo a quanto da noi espresso, che il

[52] La legge introduce apposite disposizione nella materia processuale (sequestro preventivo, condanna provvisionale, gratuito patrocinio) volte alla tutela dei figli delle vittime di omicidio.

concetto di famiglia per il diritto penale non è necessariamente legato a vincoli formali o alle definizioni civilistiche.

Nulla impedisce, infatti, nella legittima discrezionalità del legislatore (nei limiti del principio di ragionevolezza) una graduazione delle conseguenze tra famiglia legittima, unione civile e convivenza di fatto, purchè, però, sia sorretta da criteri razionali in grado di impedire discriminazioni di qualsiasi genere.

La razionalità della scienza legislativa, questo è ciò che manca ormai da troppo tempo.

11. Concluso l'esame della legislazione vigente attraverso lo stato della giurisprudenza e delle proposte dottrinali e considerato quanto da noi espresso in sede di valutazione del bene giuridico (da convertire in senso individuale), è possibile abbozzare alcune considerazioni sparse *de lege ferenda*.

Ormai, tali prospettive debbono essere suddivise tra un'ottica di corto raggio ed una ipotetica di riforme complessive.

L'attuale crisi politica e giuridica che sta attraversando l'ordinamento impedisce, infatti, di serbare eccessive speranze verso interventi riformatori globali, razionali, sistemici e attuativi dei principi costituzionali (ancor oggi, per lunghi tratti, disattesi).

Pertanto, ai fini del presente lavoro, ci sembra opportuno segnalare soltanto alcune indicazioni di fondo, che possano essere d'ausilio sia per modesti progetti di riforma sia per (attesi) progetti di riforma dell'intero codice penale.

Innanzitutto, abbiamo già segnalato la necessità di un intervento di razionalizzazione della legislazione in merito alla rilevanza penale della convivenza di fatto, con scelte che valorizzino il nucleo valoriale della relazione, purchè caratterizzata da stabilità e reciprocità, con valutazioni legate anche alla funzione della singola norma (incriminatrice o escludente la punibilità).

Ciò posto, è opportuno segnalare alcune importanti modifiche, talvolta meramente caducatorie, che possono interessare il codice penale in materia di delitti contro la famiglia.

Il capo I del titolo XI del codice penale, dedicato ai delitti contro il matrimonio[53], ha ormai perso spessore criminologico ed efficacia incriminatrice.

A seguito della dichiarazione di incostituzionalità dei delitti di adulterio e concubinato (rappresentanti il manifesto ideologico del codice Rocco in materia di delitti contro la famiglia), il capo è ad oggi formato dal delitto di induzione al matrimonio mediante inganno e dal delitto di bigamia[54]. La prima fattispecie, a quanto ci risulta, non ha mai avuto applicazione nel nostro ordinamento e merita, pertanto, l'abrogazione, lasciando all'ordinamento civilistico la disciplina sanzionatoria di tali comportamenti fraudolenti. Anche la fattispecie di bigamia merita una seria riconsiderazione da parte del legislatore, *in primis* rispetto alla sua dignità penale (in un'ottica di valorizzazione individuale del bene giuridico, stante l'insostenibilità teorica di un'oggettività quale il matrimonio in sé o il principio monogamico), e soltanto in caso di esito positivo in merito alla sua riconversione, ad esempio, come delitto contro la pubblica amministrazione e, certamente, fornendo valore esimente allo scioglimento del precedente matrimonio.

[53] S. ARDIZZONE, *Matrimonio (delitti contro il matrimonio),* in *Enc. giur*., XIX, Roma, 1990.
[54] Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2012, 325 ss.

Assolutamente incompatibile con i principi costituzionali è il capo dedicato ai delitti contro la morale familiare[55]. La denominazione del capo racchiude in sé tutti i motivi per i quali andrebbe immediatamente espulso dal codice penale: confusione tra diritto e morale, inesistenza del bene giuridico, assenza di offensività, intromissione dello Stato nella sfera personale dei consociati.

Non è necessario soffermarsi sul delitto di attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa, reliquia giuridica del codice Rocco meritevole di abrogazione, essendo ampiamente sufficienti le incriminazioni a difesa dell'onore.

Per quanto riguarda la fattispecie di incesto, essa rappresenta senza alcun dubbio una delle norme del nostro codice in cui è più difficile districare i rapporti tra diritto e morale.

Molti Autori[56] ne invocano l'abrogazione, anche a causa delle ripercussioni dell'intervento del giudice penale in situazioni di tale complessità psicologica e sociale. Non vi è alcun dubbio, invece, che meriti reazione penale, a prescindere dal pubblico scandalo, l'incesto violento o le fattispecie di abusi nei confronti dei figli minori, in quel caso rilevante, però, a nostra opinione, in senso di violenza sessuale o incriminazioni ad essa connesse.

I delitti contro la famiglia sono caratterizzati, invece, da un maggior spessore criminologico, sia per gli interessi in gioco sia per la portata applicativa. Costituiscono, a nostra ragione, delle vere e proprie falsità (salvo alcune peculiari condotte) che, tuttavia, si riflettono inevitabilmente sulla personalità deI singoli e sui loro diritti e doveri. È da condividersi l'impostazione di illuminata dottrina[57] secondo la quale il reale interesse che si cela dietro al capo in esame è costituito dall'interesse all'integrità dello *status* di filiazione. Una simile chiave di lettura consente di declinare le fattispecie in senso individualistico, confermando l'impostazione da noi prescelta, e permettendo, in un'ipotetica prospettiva di riforma, la sistemazione del capo nei delitti contro la persona.

Urgente appare, invece, la predisposizione di un'apposita fattispecie per i casi di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità, tematica tra le più complesse e bisognosa di appositi approfondimenti che in questa sede non possono essere neanche accennati[58].

Per quanto riguarda il capo dedicati ai delitti contro l'assistenza familiare, molto è già stato detto. Una riformulazione dell'art. 570 c.p., attraverso un'attenta selezione degli obblighi da sanzionare (eliminando qualsiasi richiamo all'ordine o alla morale familiare), ci sembra un'esigenza ineludibile, con un (auspicabile) effetto indiretto di deflazione del carico penale. Altrettanto indispensabile è un accorto utilizzo dello strumento della querela ed i meccanismi deflattivi ad essa connessi, lacuna pericolosa, ad esempio, del nuovo art. 570 *bis* c.p.

L'intero capo, tuttavia, dei delitto contro l'assistenza familiare andrebbe, in un'ottica complessiva di riforma, eliminato, in quanto rappresenta, come già detto, un manifesto del legislatore fascista, «*una creazione surrettizia del legislatore*», densa di «[..] *figure criminose di dubbia consistenza sostanziale e di non sempre facile interpretazione*»[59].

---

[55] Cfr. A. CARMONA, *Morale familiare (delitto contro*), in *Enc. dir*., XXVII, Milano, 1977, 29.
[56] Cfr. G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Milano, 1953, 590; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., 320 ss.
[57] Il riferimento è a F. BRICOLA, *Delitti contro lo stato di famiglia*, cit., *passim*.
[58] Per una sintetica introduzione cfr. C. TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 novembre 2015.
[59] G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 361.

La violazione degli obblighi di assistenza sostanziale, in questa prospettiva, potrebbe essere ricollocata tra i delitti contro il patrimonio o i delitti contro la persona, in correlazione alla natura ed al contenuto dell'obbligo violato.

Sulla fattispecie di maltrattamenti, invece, non vi è alcun dubbio che vada ricompresa tra i reati contro la persona, come parte della giurisprudenza già ad oggi sostiene. Allo stesso tempo, come già ampiamente anticipato, ci sembra necessario slegare la configurabilità del reato alla necessaria convivenza e non soltanto ad una relazione affettiva continua, stabile e reciproca.

La fattispecie di cui all'art. 571 c.p., secondo la dottrina ormai quasi unanime, non è più in grado di riflettere le concezioni sociali dominanti e meriterebbe di essere espulsa dal nostro ordinamento[60]. Viene definita, difatti, come una «*sorta di anticaglia sopravvissuta al passato, un reliquato storico o, come è stato detto, la consacrazione legislativa di una sopravvivenza medioevale*»[61].

Non possono essere più, infatti, considerati ammissibili, soprattutto alla luce dei valori della Carta Costituzionale, metodi violenti quali vettori di insegnamento e trasmissione di messaggi pedagogici. Ed anche a voler fornire rilevanza alle motivazioni del fatto, sono ampiamente sufficienti le fattispecie circostanziate previste dall'art. 62 c.p.

Infine, coerentemente con le premesse valoriali svolte, in materia di reati relativi alla sottrazione di minorenni, sono da condividersi quelle impostazioni dottrinali[62] volte all'emersione dell'interesse del minore alla propria genitorialità e, quindi, alla propria identità.

Pertanto, è da accogliere favorevolmente la tesi, sostenuta anche nel progetto Pagliaro, di un regime di perseguibilità d'ufficio, in linea con l'importanza che assume la tutela del minore in una prospettiva costituzionalmente orientata.

[60] Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 378 ss.; G.D. PISAPIA-G. PISAPIA, *Famiglia*, *passim*; M. MAZZA, *Maltrattamenti e abusi di mezzi di correzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990.
[61] G.D. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, in *Dig. disc. pen*., Torino, 1987, 99.
[62] Il riferimento è a F. GIARDINA, *Sottrazione alla potestà e diritti del minore*, in *Giur. cost.,* 1988, 1450; S. LARIZZA, *Sottrazione di minore o di incapace*, in *Dig. pen*., XIII, Torino, 1997, 552; P. ZANOTTI, *I reati contro la persona*, cit., 211.

La liberazione condizionale nello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della l. n. 103/2017

MARCELLO IADEVITO

ABSTRACT

The legislative decree's draft about the reform of the prison system according to the law n.103 of 2017, never entered in to force regarding the changes to the alternative detention measures, seeked to introduce, among other innovations,a refreshed discipline of conditional discharge's institute.
The modifications in the draft decree would have represented a small step forward towards the idea of integration as function of punishment, but it must be said that there would have been changement intervening not only on the alternative detention misures, but on the entire system of sanctions, guiding it to the social constitutional state's values declared in the Constitution so, firstly, to an idea of social integration as function of punishment.

SOMMARIO: 1. La necessità di una riforma organica del sistema sanzionatorio penale. – 2. Il recente schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario e la liberazione condizionale.

1. Il cammino verso una compiuta realizzazione dell'idea di risocializzazione di cui all'art. 27 co. 3 Cost. è stato impervio fin dall'entrata in vigore della Carta fondamentale. Fra i più significativi tentativi di attuazione dei principi costituzionali relativi alla pena vi è stata sicuramente la riforma dell'ordinamento penitenziario, introdotta con la legge n. 354/1975, che, com'è noto, ha introdotto le misure alternative alla detenzione.[1]

Infatti, vista la presenza in Costituzione dell'art. 27 co. 3, il quale stabilisce che le pene devono tendere alla rieducazione, rappresentava una grave lacuna l'assenza di alternative alla detenzione, specialmente in presenza di un codice come quello del 1930, ispirato ad una nozione sostanzialmente retributiva della sanzione criminale; si può affermare, infatti, che più un sistema penale è caratterizzato nel senso della rieducazione, tanto più deve essere vasta la gamma di strumenti sanzionatori o di misure alternative alle sanzioni penali offerte al giudice.[2]

Tuttavia, dopo l'iniziale entusiasmo per la riforma del '75, vi è stata una forte limitazione applicativa degli istituti da essa introdotti, in concomitanza dei periodi più difficili della Repubblica,

[1] In argomento, v. per tutti G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 743 ss.
[2] Cfr. F. BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in *Scritti di diritto penale,* vol. I, tomo II, Milano, 1997, 951.

ovvero quello del terrorismo politico e successivamente quello della fase più acuta dello stragismo di stampo mafioso.

Successivamente, vi sono stati nuovi tentativi di valorizzazione delle misure alternative, con la legge Gozzini del 1986 ed altre.[3]

Il percorso verso una compiuta attuazione della fisionomia della pena delineata in Costituzione, dunque, non è mai stato continuo, ma ha subito vari momenti di crisi, senza tra l'altro mai riuscire a sfociare in una riforma organica non solo dell'ordinamento penitenziario, ma anche del codice penale, sia nella sua parte generale che speciale.

Una riforma dell'intero sistema del diritto penale richiederebbe uno sforzo culturale, prima che politico, enorme, ma rappresenterebbe l'unico modo per orientare tutto il sistema alle finalità di prevenzione generale e speciale positiva imposte dalla Costituzione. In particolare, bisognerebbe incidere sul sistema sanzionatorio ereditato dal codice fascista, in modo tale da orientarlo ai principi di Stato sociale di diritto espressi dalla Carta fondamentale.[4]

Un esempio importante in tal senso si è avuto con i Progetti alternativi di riforma del diritto penale della Germania occidentale, il cui ordinamento giuridico era vicino a quello italiano nei suoi principi fondamentali, essendo entrambi espressione dei valori di Stato sociale di diritto. Gli Autori dell' "*Alternativ-Entwurf"* intuirono quanto fosse necessaria una riforma del sistema penale coerente con i principi di democrazia liberal-solidaristica alla base della struttura socio-politica tedesca. Questo obiettivo era possibile, secondo loro, attraverso un'opera di revisione dell'area dell'illecito penale e del sistema sanzionatorio, abbandonando prospettive strettamente repressive in favore di una più netta scelta di prevenzione.[5]

In particolare il sistema dell' "*Alternativ-Entwurf"* si proponeva di riformare radicalmente il sistema sanzionatorio, orientandolo al perseguimento della sola finalità preventiva, nella sua duplice articolazione positiva e speciale.[6]

Il sistema sanzionatorio dell' "*Alternativ-Entwurf"* prevedeva solamente tre tipi di pena, ovvero quella detentiva, quella pecuniaria e il divieto di circolazione alla guida di autoveicoli. Ognuna di queste rappresentava una pena principale, non essendo previste pene accessorie, né pene infamanti.[7] Il progetto alternativo prevedeva quindi una pena detentiva unitaria, la cui durata oscillava da un minimo di sei mesi ad un massimo di quindici anni, andando nella direzione di una maggiore organicità del sistema, una valorizzazione del principio di *extrema ratio* e un'abolizione della pena detentiva breve.[8] Una moderna politica del diritto penale, infatti, non può tollerare l'idea di pene

[3] Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *op. cit*., 743 ss.
[4] A. CAVALIERE, *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia,* a cura di C. FIORE, S. MOCCIA e A. CAVALIERE, Napoli, 2009, 635 – 637.
[5] S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*. L' *Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale tedesca,* Napoli, 1984, XXI-XXXIII.
[6] S. MOCCIA, *op. cit*., 128.
[7] S. MOCCIA, *op. cit.,* 137-138.
[8] S. MOCCIA, *op. cit*., 139-140.

carcerarie brevi per finalità di intimidazione.[9] La risocializzazione del reo non può essere assolutamente ottenuta in periodi di carcerazione di breve durata; al contrario, l'impatto con l'ambiente penitenziario porta il reo verso processi di desocializzazione e lo espone al pericolo del contagio criminale.[10] Secondo un vecchio insegnamento di Von Liszt, inoltre le pene detentive brevi "non posseggono alcuna forza di intimidazione nei confronti dei delinquenti abituali e annientano moralmente il delinquente occasionale".[11]

Dunque, il Progetto alternativo aboliva la pena detentiva fino a sei mesi, sostituendola con la pena pecuniaria a tempo. In caso di mancato pagamento della pena pecuniaria era prevista la possibilità di svolgere lavori di pubblica utilità in ospedali, case di riposo e istituzioni simili. Solo nel caso in cui non fosse pagata la pena pecuniaria, né fosse svolto il lavoro di pubblica utilità, era prevista poi come ultima *ratio* la pena detentiva sostitutiva.[12] Valgano questi esempi del catalogo delle pene previsto nel Progetto alternativo per cogliere il vero insegnamento di quell'esperienza tedesca, ovvero la necessità di immaginare una struttura profondamente diversa della pena, a partire dall'idea che le prospettive special-preventive vadano sempre anteposte a quelle general-preventive, senza cedere ad esigenze di intimidazione.[13] Inoltre, la scelta di limitare drasticamente la varietà del catalogo delle pene andava nella direzione di limitare l'incertezza e la disorganicità del sistema, evitando anche l'oscillazione, da sempre presente nel legislatore, tra un'esasperata repressione e un eccessivo indulgenzialismo.

In Italia, purtroppo, il legislatore non è mai arrivato a realizzare una riforma organica del sistema del diritto penale, ma vi sono stati solamente numerosi interventi modificativi dettati dall'esigenza del momento, che mai però hanno portato ad una riforma generale del sistema capace di essere ricondotta ad un disegno chiaro di politica criminale.[14] In realtà, non sono mancati anche in Italia tentativi di riforma organica del codice penale, come quelli delle Commissioni Pagliaro, Grosso, Nordio e Pisapia, i quali però non sono mai stati recepiti dal legislatore. Tali progetti di riforma, nonostante i proclami, non si sono però ispirati del tutto alla fisionomia della pena delineata in Costituzione. Infatti, tali Commissioni non hanno messo al centro dei loro lavori l'idea di risocializzazione di cui all'art. 27 co. 3 Cost. e la mancanza di un chiaro referente teleologico ha influito anche sull'organicità, chiarezza ed efficienza di tali Progetti.[15] Una vera riforma del diritto penale, e in particolare del sistema sanzionatorio, non può invece prescindere da una netta presa di posizione in tema di funzione della pena, a partire dalla quale orientare tutte le scelte del legislatore, come intuito dagli autori degli "*Alternativ-Entwurf".*

---

[9] E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, p. 12.
[10] E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *op. cit*. p. 6.
[11] VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlino, 1905, vol. I, 347; E. DOLCINI- C.E. PALIERO, *op. cit*., 7.
[12] S. MOCCIA, *op. cit.,* 151.
[13] S. MOCCIA, *op. cit.,* 138.
[14] S. MOCCIA, *op. cit*., Introduzione, XXII.
[15] S. MOCCIA, *Profili dialettici all'interno della Commissione. Le ragioni (alcune di un dissenso)* in *Quale riforma del codice penale?* cit., 452.

Un ulteriore tentativo di riscrittura del sistema sanzionatorio si è avuto, di recente, nel 2013 con lo "Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio" elaborato dalla Commissione presieduta dal Professor Palazzo.[16] Tale Commissione, che si è occupata del solo sistema sanzionatorio, non ha effettuato, come già successo negli altri Progetti, una chiara scelta riguardo alla necessità di fondare il sistema sanzionatorio a partire dalla funzione preventiva da attribuire alla pena. Come si legge nella Relazione a tale schema, infatti, tra i "criteri ispiratori della riforma, senz'altro dominante è stato l'intento di ridurre l'incidenza della pena carceraria (…) anche al fine di porre le condizioni "sistemiche" per rimediare a quel sovraffollamento carcerario". Inoltre, sempre nella Relazione, si legge che lo schema "realizza l'intento di ridimensionamento dell'incidenza carceraria senza però indebolire la risposta sanzionatoria".[17]

Balza subito agli occhi, dunque, ancora più chiaramente che nei lavori delle Commissioni prima citate, che in tale Progetto non viene messa al centro la scelta di aderire alle finalità preventive della pena, ma si fa riferimento, tra i principi ispiratori, alla riduzione del sovraffollamento carcerario, precisando di non voler nello stesso tempo indebolire la risposta sanzionatoria. Una reale rifondazione del sistema sanzionatorio, invece, dovrebbe anteporre a tali esigenze contingenti una chiara scelta sulla funzione da attribuire alla pena, da cui poi far discendere in via subordinata le singole scelte sanzionatorie. L'esigenza di diminuire l'incidenza del carcere va poi intrapresa non, come precisato nella Relazione, al fine di superare un contingente sovraffollamento carcerario, ma in virtù di una serie di principi ricavabili dalla Costituzione, tra cui *in primis* quelli di *extrema ratio* e di umanità della pena.

La scelta di non mettere al centro della riforma l'idea di risocializzazione e di prevenzione generale positiva incide inevitabilmente anche sulle singole scelte sanzionatorie proposte dalla Commissione, come testimonia ad esempio il mantenimento dell'ergastolo che, per ammissione della stessa Commissione, viene conservato per il "carattere eminentemente politico della questione".[18] La mancanza di una chiara scelta in termini di finalità da attribuire alla pena, dunque, lungi dall'essere neutrale, incide enormemente su ogni singola scelta sanzionatoria, in quanto, mancando un sistema di valori a cui riferirsi, possono adoperarsi soluzioni per mere finalità politiche contingenti.

Una chiara scelta di aderire ad un'idea di pena come integrazione sociale permetterebbe invece al sistema sanzionatorio di assumere anche una coerenza che, ad oggi, manca del tutto.

La disciplina normativa delle sanzioni è, infatti, attualmente caratterizzata da frammentarietà e disintegrazione e andrebbe ricondotta a sistema, eliminando la disordinata stratificazione di istituti e riducendo la divaricazione tra pena astratta, comminata ed eseguita. La mancanza di un sistema coerente legittima scelte sanzionatorie emergenziali ed arbitrarie, in quanto slegate da un griglia di valori e dai connessi principi. Nel nostro ordinamento questi ultimi hanno natura normativa e si

[16] Cfr. "Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio" del dicembre 2013, pubblicata inwww.dirittopenalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2014.
[17] Cfr. Relazione allo "Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio" del dicembre 2013, cit., 3 e 4.
[18] Relazione *ult. cit*., 4.

ricavano dalla Carta Costituzionale; essi si sostanziano nelle finalità di prevenzione generale e speciale positiva. Inoltre, la Costituzione, sancendo il principio di legalità, indica la necessità che il sistema sia orientato alla determinatezza e alla certezza, oltre che alla prevedibilità e riconoscibilità delle conseguenze del reato da parte dei consociati. Altro principio che si ricava per il sistema delle pene dalla Costituzione è quello di proporzionalità, ricavabile dall'art. 3 della Costituzione.[19]

Occorre dunque orientare teleologicamente il sistema sanzionatorio alla fisionomia della pena delineata in Costituzione; da ciò discende la necessità di superare la centralità del carcere, ispirandosi al principio di *extrema ratio* e di diversificare la gamma delle sanzioni, senza giungere però ad una frantumazione peggiore di quella attuale. Le scelte sanzionatorie, inoltre, devono risultare coerenti con i valori di Stato sociale di diritto, che devono fungere da baluardo contro ogni cedimento ad esigenze di deterrenza e giustizia retributiva.

In particolare, va evitata la previsione di qualsiasi tipo di reclusione speciale, incompatibile con la Costituzione, che prevede un'unica pena in funzione di integrazione sociale.[20] E' necessario poi orientare le elevate comminatorie ad una maggiore mitezza e orientare la commisurazione della pena da parte del giudice ad una minore discrezionalità, evitando però una totale rigidità della pena edittale, espressione di un pena retributiva e non con finalità preventive. Infine sarebbe opportuno abolire non solo il sistema del doppio binario, ma le stesse misure di sicurezza, in virtù di un'unica finalità di prevenzione, salvo le differenze del programma di risocializzazione, in base alle esigenze specifiche del reo.[21]

2. In assenza di una radicale riforma del sistema, in un periodo in cui sembrano riaffiorare nel dibattito pubblico concezioni del diritto penale e della pena improntate a finalità di prevenzione generale negativa, se non addirittura di neutralizzazione, anche un piccolo passo in avanti verso una pena come integrazione sociale va comunque salutato positivamente.

La legge n.103/2017 ha rappresentato, in particolare nella parte recante la riforma dell'ordinamento penitenziario, pur con tutti i suoi limiti, un tentativo di andare, timidamente, proprio nella direzione di una maggiore valorizzazione dell'idea di risocializzazione. Infatti, prevalendo ormai da tempo nel dibattito politico l'idea che limitando i diritti dei condannati si ottenga maggiore sicurezza, anche una riforma non certo rivoluzionaria rappresenta un lieve miglioramento.

Tale legge ha delegato il Governo a modificare l'ordinamento penitenziario al fine di attuare l'idea rieducativa della pena. In seguito, per dare attuazione alla legge delega, sono state istituite tre Commissioni per attuare la riforma. Una Commissione ha predisposto una riscrittura delle norme incidenti sul momento dell'esecuzione della pena in generale, intervenendo non solo sull'ordinamento penitenziario, ma anche su alcune disposizioni penali e processuali. Un'altra

[19] Cfr. A. CAVALIERE, *op. cit*., 635-637.
[20] Cfr. S. MOCCIA, *op. ult. cit.,*452-453.
[21] Cfr. A. CAVALIERE, *op. ult. cit*., 637-638.

Commissione si è, invece, dedicata alla rifondazione del sistema delle misure di sicurezza e una terza si è dedicata all'ordinamento penitenziario per i minorenni.[22]

In particolare, ciò che più interessa il nostro discorso è lo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario, approvato dal Consiglio dei Ministri nel marzo dell'anno scorso , in attuazione appunto della delega contenuta nella l. n. 103/2017.

A testimonianza del clima securitario sempre più forte nel Paese, tale schema di decreto è stato varato in Consiglio dei Ministri dal precedente Governo solo dopo le elezioni politiche del 4 marzo 2018; le stesse forze politiche che lo hanno sostenuto non hanno avuto il coraggio di portare avanti tale riforma nel periodo elettorale, per il timore di strumentalizzazioni propagandistiche da parte delle forze avversarie.

Tali speculazioni politiche sono poi puntualmente arrivate dopo che lo schema di decreto legislativo è passato in Consiglio dei Ministri sul finire della precedente legislatura. Infatti, una riforma tutt'altro che epocale è stata subito spacciata all'opinione pubblica dalle forze politiche attualmente maggioritarie nel Paese per una legge "svuotacarceri".

Dunque in virtù del clima giustizialista e securitario che stava montando nel Paese, le forze politiche attualmente al Governo hanno subito ostacolato l'entrata in vigore di tali disposizioni, non esprimendo parere favorevole nella Commissione speciale, che doveva dare il via libera alle nuove norme. Il governo Conte ha fatto poi definitivamente tramontare la possibilità di far passare la riforma, decidendo di non dare attuazione allo schema di decreto legislativo nella parte recante le modifiche alla disciplina delle misure alternative e chiarendo esplicitamente di voler andare in tutt'altra direzione in tema di pena.

In realtà, come accennato, lungi dal rappresentare una svolta epocale che richiederebbe ben altro sforzo culturale e politico, la riforma si limitava ad eliminare alcune storture legate alla permanenza di preclusioni e automatismi che compromettono la possibilità di adesione al percorso di risocializzazione e ad introdurre alcune novità in tema di vita penitenziaria e di volontariato; infine - ciò che più ci interessa dal punto di vista del diritto sostanziale - lo schema di decreto cercava di imprimere alcuni correttivi in materia di misure alternative alla detenzione, provando a dare maggior organicità alla disciplina.[23]

In particolare, una delle poche novità davvero rilevanti introdotte dalla riforma era rappresentata dalla modifica della disciplina della liberazione condizionale, la quale veniva inquadrata, come da tempo auspicato dalla dottrina maggioritaria, tra le misure alternative e dunque espunta dalla disciplina codicistica delle cause di estinzione della pena.[24]

---

[22] Cfr. G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria. Il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.,* aprile 2018, 1-2.

[23] Cfr. E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente nella giusta direzione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 22 febbraio 2018.

[24] Cfr. la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della legge delega n. 103 del 2017, pubblicata in *Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 9 febbraio 2018, 5.

Su tali modifiche alla disciplina della liberazione condizionale previste dal predetto schema di decreto legislativo vale la pena soffermarsi, premettendo fin da ora che, nonostante gli innegabili passi in avanti che si sarebbero fatti con l'entrata in vigore di tale riforma, le modifiche previste da quest'ultima testimoniano in ogni caso la mancanza di volontà, anche da parte del precedente governo, di imprimere una vera svolta al sistema penale, figlia dell'avverso clima culturale in tema di pena prevalente ormai da anni nel dibattito politico.

Si analizzerà dunque la disciplina della liberazione condizionale presente nello schema di decreto legislativo, non senza prima avere però accennato brevemente all'evoluzione di tale istituto.

La liberazione condizionale, introdotta nel codice Zanardelli del 1889, era già presente nel codice del 1930 tra le cause di estinzione della pena. Tale collocazione era coerente rispetto ad un sistema in cui essa rappresentava l'unica via allora possibile per ottenere la liberazione prima del termine naturale della pena.

Nel codice del 1930 l'istituto manteneva una finalità clemenziale, come nel codice del 1889, in quanto la sua concessione era rimessa all'Autorità amministrativa, mentre la sola revoca era attribuita al giudice dell'esecuzione. Tale impostazione, fondata sull'idea che dopo il giudicato penale vi fosse la chiusura definitiva della vicenda processuale, privando di giurisdizionalizzazione la fase esecutiva della pena, venne superata dalla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 204/1974, nella quale, com'è noto, fu sancito il principio secondo cui, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, non si può privare il condannato dei diritti soggettivi e della libertà personale in modo incondizionato.

Veniva affermato dunque il diritto soggettivo del condannato a riacquistare la libertà nel momento in cui si verificassero le condizioni previste dalla legge per la sua liberazione e si demandava l'accertamento di tali presupposti non più ad un organo amministrativo, ma al magistrato, attraverso un procedimento giurisdizionale.

Negli anni, sono sorti dubbi riguardo la condizione richiesta al condannato del suo sicuro ravvedimento e si è cercato in dottrina e in giurisprudenza di slegare tale requisito da una concezione eticizzante e legata alla sfera interiore, agganciandolo invece ad elementi oggettivi ed esteriori desunti dal trattamento penitenziario.[25]

Infine, è significativo il rapporto che l'istituto della liberazione condizionale ha da sempre avuto con l'ergastolo. Infatti una delle ricorrenti argomentazioni, impiegate da coloro che ritengono opportuno mantenere ancora in vita l'ergastolo, anche con l'avallo della Corte Costituzionale,[26] è data proprio dalla possibilità per l'ergastolano di usufruire della liberazione condizionale, prevista in seguito alla legge n. 1634/1962, che modificò l'art. 176 c.p., garantendo la possibilità dell'accesso per l'ergastolano alla liberazione condizionale dopo aver scontato almeno 26 anni di pena.[27]

Tuttavia, se si ritiene tale possibilità di accesso per l'ergastolano l'unica giustificazione possibile per tenere ancora in vita l'ergastolo, non si capisce come si possa ritenere ancora legittima tutta quella legislazione che nega i benefici penitenziari, tra cui quello di poter accedere alla

[25] Cfr. P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, IV ed., Milano, 2015, 290 -295.
[26] Corte cost., sent., 22 novembre 1974, n. 264, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1976, 262.
[27] G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit*., 743.

liberazione condizionale, al condannato per un reato ostativo o nell'ipotesi di recidiva, vanificando in tal modo una reale attuazione della funzione di integrazione sociale della pena.[28]

Su tale punto, anche la riforma che tra breve si analizzerà risulta assolutamente troppo timida, a dimostrazione delle difficoltà di superare una concezione della pena ancora legata ad un'idea di castigo retributivo, inconciliabile con la fisionomia della pena di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

Lo schema di decreto legislativo di attuazione della delega contenuta nella l. n. 103/2017, bloccato poi dall'attuale maggioranza di governo, ha proposto una modifica dell'istituto della liberazione condizionale. Innanzitutto, come accennato, l'art. 22 dello schema di decreto abroga gli articoli 176 e 177 c.p., in virtù della condivisibile opzione di inserire la disciplina della liberazione condizionale nel corpo della legge di ordinamento penitenziario.[29] Tale nuova collocazione sistematica va accolta sicuramente con favore, in quanto, dopo il percorso evolutivo appena riassunto, non sussistono ormai più motivi che impediscano di inserirlo a pieno titolo tra le misure alternative.

L'art. 19 dello schema di decreto inserisce dunque nella legge di Ordinamento penitenziario gli artt. 54 *bis* e 54 *ter*. La nuova formulazione dell'istituto prevede che "quando i risultati del trattamento, per il particolare impegno profuso, siano tali da far ritenere compiuto il percorso rieducativo del condannato, lo stesso può essere ammesso alla liberazione condizionale". Al comma 2 è poi stabilito che "ai fini dell'ammissione alla liberazione condizionale particolare rilievo è attribuito alla costante disponibilità a svolgere attività in favore della collettività o all'avvio di percorsi di giustizia riparativa"[30]. Viene inoltre mantenuto il presupposto, già presente nell'art. 176 c.p., dell'adempimento delle obbligazioni civili, salvo la dimostrazione dell'impossibilità di adempierle.

Questa prima parte della nuova formulazione dell'istituto della liberazione condizionale presente nel nuovo art. 54 *bis* ord. penit. rappresenta un indubbio miglioramento rispetto alla disciplina vigente, che richiede il "sicuro ravvedimento del condannato". Il concetto di ravvedimento sembra infatti riferirsi al foro interiore del soggetto e dunque ad un'idea di pena come emenda morale, inconciliabile con un sistema penale da Stato sociale di diritto.[31] In linea con l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale prevalente, si fa riferimento, invece, nella nuova formulazione ai risultati del trattamento e al particolare impegno dimostrato nel percorso di risocializzazione. La scelta di ancorare esplicitamente la concessione della liberazione al percorso rieducativo intrapreso dal singolo è assolutamente da condividere in quanto più coerente con un'idea di pena come integrazione sociale.

Le stesse considerazioni positive valgono per il riferimento contenuto al comma 2 dell'art. 54 *bis* ord. penit. alla costante disponibilità a svolgere attività in favore della collettività e all'avvio di percorsi di giustizia riparativa ai fini dell'ammissione alla liberazione condizionale. In uno Stato sociale di diritto, infatti, il condannato mai può essere costretto ad aderire ad attività in favore della

[28] Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi),* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 10 giugno 2014, 4.
[29] Cfr. la Relazione illustrativa, cit., 43.
[30] Art. 19 dello schema di decreto legislativo cit. *supra*, nota 24.
[31] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 103-104.

collettività, ma è indubbio che la partecipazione ad esse possa rappresentare un elemento sintomatico della volontà di intraprendere un percorso di risocializzazione. L'idea di agganciare anche a tali attività in favore della collettività la valutazione in rapporto alla concessione della liberazione condizionale può quindi essere accolta con favore, purché rimanga chiaro che la partecipazione ad esse debba essere lasciata alla libera adesione e non possa rappresentare né l'unico fattore, né quello più determinante, per l'accesso alla liberazione condizionale.[32]

Il comma 4 del nuovo art. 54 *bis* ord. penit., introdotto con l'art. 19 dello schema di decreto, si riferisce invece ai presupposti per la concessione della liberazione condizionale, che vengono accorpati in un unico comma. Rimane inalterato il limite generale per i condannati dell'aver scontato almeno 30 mesi e almeno metà della pena inflitta, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni, mentre vengono introdotte novità per i condannati all'ergastolo. Infatti, in alternativa agli attuali ventisei anni di pena scontati per l'ergastolano è sicuramente positiva l'idea di aggiungere la possibilità, per quest' ultimo, di accedere alla liberazione anche qualora abbia sperimentato in modo positivo e costante il regime di semilibertà per almeno cinque anni consecutivi.[33] Questa novità è da condividere, in quanto ancorare l'accesso alla liberazione condizionale anche ai progressi nel percorso di risocializzazione consente una non irrilevante anticipazione dell'accesso all'istituto.

Importante è anche il superamento dei diversi limiti previsti per i recidivi nell'attuale formulazione dell'art. 176 c.p. L'eliminazione di tali limiti è sicuramente condivisibile, in quanto essi risultano assolutamente ingiustificati, perché incoerenti con l'idea stessa di risocializzazione, che deve valere per tutti, a prescindere dai precedenti reati commessi, senza cedere dunque a istanze di neutralizzazione per i rei recidivi.

Il regime delle prescrizioni previste per i condannati ammessi alla liberazione condizionale viene anch'esso rimodulato, in quanto non si rinvia più alla disciplina della libertà vigilata, ma alle prescrizioni di cui al nuovo art. 47 co. 5 lett. c), d), f) ord. penit., ovvero alla riformata disciplina dell'affidamento in prova. Tali prescrizioni possono essere successivamente modificate dal magistrato di sorveglianza. Quest'ultimo, inoltre, è previsto disponga che gli Uffici di esecuzione penale esterna formulino un programma di sostegno e di assistenza idoneo al reinserimento sociale del condannato[34]. Tale ultima novità andrebbe ovviamente integrata con un maggiore investimento su tali Uffici e una reale valorizzazione di essi. L'incidenza di tale novità andrà dunque verificata nella prassi, ma, se effettivamente attuata, soddisferà l'esigenza di prevenzione speciale positiva imposta dall'art. 27 comma 3 Cost.

Abrogato l'art. 167 c.p., viene trasferita nell'ordinamento penitenziario e modificata anche la disciplina della revoca della liberazione condizionale e dell'estinzione della pena, conseguente all'esito positivo della liberazione condizionale.

Il nuovo art. 54 *ter* ord. penit. stabilisce, infatti, che la revoca non operi più in via automatica, ma sia rimessa al vaglio del Tribunale di sorveglianza, al quale spetta anche la valutazione della

[32] S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 104-105.
[33] Cfr. la Relazione illustrativa, cit., 44.
[34] Art. 19 dello schema di decreto legislativo, cit. *supra*, nota 24.

porzione di pena che deve ritenersi comunque espiata, ad eccezione dell'ergastolo. Importante è anche l'eliminazione del divieto di nuova ammissione alla liberazione condizionale[35]. Tali novità recepiscono i plurimi interventi della Corte Costituzionale sull'art. 177 c.p., che avevano già reso l'istituto più coerente con un percorso di risocializzazione da Stato sociale di diritto.

Si prevede, infine, che il decorso del tempo in stato di liberazione condizionale, senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, estingua la pena, le pene accessorie e ogni altro effetto penale e determini la revoca delle misure di sicurezza personali e della dichiarazione di abitualità, professionalità nel reato e tendenza a delinquere conseguente alla condanna[36]. Tali novità sono espressione di una pena come integrazione sociale, in base alla quale, una volta che il soggetto abbia effettivamente concluso il suo percorso di risocializzazione, non debba poi ostacolarsi il suo effettivo reinserimento nella vita fuori dal carcere[37].

Le modifiche intervenute sulla disciplina dell'istituto della liberazione condizionale analizzate sin qui realizzano sicuramente dei passi in avanti verso l'idea della pena delineata in Costituzione. Tuttavia, su un aspetto la riforma invece risulta eccessivamente timida e priva di rilevanti novità, che sarebbero state assolutamente necessarie; ci si riferisce ai limiti di accesso alla liberazione condizionale previsti dal nuovo art. 4 *bis* ord. penit. per i condannati per alcuni particolari tipi di reati.

Si fa riferimento in particolare al capo terzo dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario, dedicato ad automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario e quindi anche ai rapporti tra liberazione condizionale ed ergastolo ostativo. Tali automatismi, presenti nella versione vigente dell'art. 4 *bis* ord. penit., che impediscono ai condannati all'ergastolo ostativo di accedere alla liberazione condizionale, risultano assolutamente inconciliabili con le istanze di prevenzione speciale positiva verso cui dovrebbe essere orientato il sistema sanzionatorio penale. Come si è detto in precedenza, infatti, l'unica argomentazione plausibile addotta da coloro che ritengono ancora legittima la permanenza dell'ergastolo nel nostro ordinamento è data dalla possibilità per gli ergastolani di accedere alla liberazione condizionale. Orbene, in virtù di ciò, non si può assolutamente continuare a tollerare quella forma particolare di ergastolo c.d. ostativo, che preclude in via assoluta l'accesso alla liberazione condizionale per i condannati non collaboranti quando la condanna riguardi i reati di cui all'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit.

A tale stortura aveva cercato, in parte, di rimediare la "Proposta di modifica dell'art. 4 *bis*, co.1 *bis* della legge n. 354 del 1975 e dell'art. 2, co.1, del decreto legge n. 152 del 1991, convertito in legge n. 203 del 1991" elaborata dalla Commissione Palazzo[38].

La proposta, infatti, mirava a superare la preclusione assoluta dell'accesso ai benefici penitenziari da parte dei soggetti autori di reati di cui all' art 4 *bis*, co. 1, ord. penit., per il solo fatto della loro mancata collaborazione.

---

[35] Cfr. la Relazione illustrativa, cit., 44.
[36] Art. 19 dello schema di decreto legislativo, cit. *supra*, nota 24.
[37] S. MOCCIA, *op. ult. cit*.,109.
[38] Proposta di modifica dell'art. 4 bis, co.1 *bis* della legge n. 354 del 1975 e dell' art. 2, co.1 del decreto legge n. 152 del 1991, convertito in legge n. 203 del 1991, pubblicata in *Superamento dell'ergastolo ostativo: La proposta della Commissione Palazzo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 19 febbraio 2014.

L'intento della riforma era dunque proprio quello di modificare il regime del cd. ergastolo ostativo e trasformare l'attuale presunzione di non rieducatività in assenza di collaborazione da assoluta in relativa, superabile dunque con adeguata motivazione del giudice, fermo restando che fossero acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva[39].

Tale proposta andava nella giusta direzione di eliminare questa presunzione assoluta di non risocializzazione, inconciliabile con la fisionomia della pena delineata dalla Costituzione. Tra l'altro, nella Relazione, si rilevava giustamente che le motivazioni tali da indurre il soggetto a non collaborare possono non coincidere con la necessità o il desiderio di rimanere legato al gruppo criminale e derivare invece da altre considerazioni, come ad esempio il rischio per la propria incolumità o per quella dei propri familiari.[40]

Dunque, finalmente, si proponeva di superare la permanenza nel nostro sistema di una reclusione a vita senza alcuna speranza del fine pena,[41] inammissibile in un ordinamento ispirato ai valori di Stato sociale di diritto e in particolare all'idea di risocializzazione di cui all' art 27 co. 3 Cost.

Lo schema di decreto legislativo del 2018 recante riforma dell'ordinamento penitenziario invece, lascia purtroppo sostanzialmente intatte tali inaccettabili preclusioni alla possibilità di accedere alla liberazione condizionale, limitandosi soltanto a ridefinire in parte la gamma dei reati ostativi, orientandola maggiormente sui reati associativi. Accanto a questi restano soltanto alcuni reati formalmente monosoggettivi, ma normalmente connessi nell'ambito di gruppi più o meno organizzati, come l'art. 600 c.p. Alcuni reati monosoggettivi escono, dunque, dall'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., qualora non siano commessi nel quadro di un'associazione criminale.

Riguardo poi ai reati associativi, o meglio ad alcuni di essi, come per esempio quello di associazione per delinquere comune finalizzata al contrabbando doganale, viene sancito che hanno rilevanza ostativa solo per i soggetti che abbiano rivestito ruoli di particolare rilievo nell'organizzazione criminale, ovvero promotori e capi, ma non per i meri associati. La rilevanza pratica di tali impercettibili modifiche è tutta da verificare; in ogni caso, risulta evidente come la riduzione dell'area di applicazione dell'ergastolo ostativo nello schema di decreto risulta quasi inesistente[42].

Viene, quindi, lasciata in vita l'insanabile contraddizione, rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale, dello sbarramento dell'accesso alla liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo ostativo. Una pena orientata a finalità di prevenzione, come richiesto dalla Costituzione, non dovrebbe invece mai permettere che l'occasione di recupero sociale possa valere, in rapporto ad alcuni gravi reati, solamente per coloro che collaborano con la giustizia. Da questo punto di vista,

[39] Cfr. Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4 *bis*, co.1 bis, della legge n. 354 del 1975 e dell'art. 2, co.1 del decreto legge n. 152 del 1991, convertito in legge n. 203 del 1991, pubblicata in *Superamento dell'ergastolo ostativo: La proposta della Commissione Palazzo*, cit., 2.
[40] Cfr. Relazione ult. cit., 3.
[41] Cfr. Relazione ult. cit., 5.
[42] Cfr. E. DOLCINI, *op. cit*., 2.

dunque, la riforma non va nella direzione di imprimere una vera svolta, a testimonianza ancora una volta delle difficoltà di sradicare del tutto dal tessuto culturale l'idea di una pena come castigo retributivo e neutralizzazione per chi ha commesso determinati gravi delitti.

Dunque, in conclusione, la nuova disciplina della liberazione condizionale presente nello schema di decreto legislativo di riforma dell'ordinamento penitenziario, pur realizzando indubbiamente alcuni passi in avanti verso la fisionomia della pena delineata in Costituzione, avrebbe potuto e dovuto incidere maggiormente su alcuni fondamentali aspetti, come quelli legati al rapporto tra liberazione condizionale ed ergastolo ostativo. Tuttavia è indubbio che, di fronte ad un contesto culturale, ancor prima che politico, in cui sembra riaffiorare l'idea di un diritto penale autoritario, tutto improntato a finalità di retribuzione, prevenzione generale negativa, se non addirittura di neutralizzazione, queste novità avrebbero comunque rappresentato, nel caso in cui fossero entrate in vigore, dei passi in avanti per adeguare maggiormente l'istituto della liberazione condizionale ad un'idea di pena come integrazione sociale.

In ogni caso, in riferimento all'intero schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario, restano ferme la perplessità evidenziate all'inizio riguardo alla scelta di intervenire con tale riforma solamente sul sistema delle misure alternative, in quanto una vera svolta riformatrice si avrebbe soltanto incidendo sull'intero sistema sanzionatorio, orientandolo ai principi costituzionali e, in particolare, alle finalità preventive della pena.

La scriminante procedurale come strumento di garanzia per le ipotesi di suicidio medicalmente assistito

GIUSEPPE MARIA PALMIERI

ABSTRACT

The essay examines the criminal aspects of end-of-life choices, paying particular attention to those made in conditions of chronic and disabling disease with poor prognosis and relentless progression. Furthermore, it explores the issues arising from the applicability of article 580 C.P., concerning assisted suicide. The theoretical issues are analyzed taking into account some well known cases (eg the Cappato case) and the recent law on 'advance healthcare directives'. Given the lack of legislation on medically assisted death, the essay seeks to offer a legal definition (de lege ferenda) of a ground of exemption from criminal liability which is consistent with the constitutional values of legality, dignity and freedom of self-determination.

SOMMARIO: 1. Premessa in tema di metodo teleologicamente orientato ai valori costituzionali. Dignità e libertà di autodeterminazione. – 2. Il problema penale del trattamento fine vita. I casi Welby e Englaro. – 2.1. Il caso Cappato. – 2.1.1. La vicenda giudiziaria. – 3. Brevi cenni sulla legge n. 219 del 2017 in materia di disposizioni anticipate di trattamento. L'assenza di una normativa per il suicidio medicalmente assistito. – 3.1. Riflessioni critiche. – 4. L'inadeguatezza politico-criminale della vigente incriminazione dell'aiuto al suicidio, in presenza di determinate circostanze patologiche. – 5. La necessaria previsione di una ipotesi esimente per il suicidio medicalmente assistito. La causa di giustificazione procedurale come strumento per la conformità al diritto di una condotta pur sempre lesiva.

1. «Il giurista penalista deve ritenere superate le concezioni che ravvisano un interesse principalmente statuale sulla sfera di pertinenza dell'essere umano»[1].

A fronte di una visione pubblicistica e leviatanica della persona, funzionale ad interessi statuali, caratterizzante l'assetto del codice del 1930[2], il vigente quadro normativo-costituzionale riconosce la priorità dei diritti inviolabili dell'individuo. Nell'accoglimento di una concezione personalistico-

[1] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 11; diffusamente sul tema, ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 55 ss., 56.

[2] Per tutti, con riferimento alle problematiche che ci occupano in questa sede, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2009, 485 ss., che, nell'evidenziare il superamento dell'idea secondo cui «non è lo Stato che serve all'individuo, ma sono gli individui (…) che servono allo Stato, pone in rilevo la rilevanza delle "libertà negative" «volte ad assicurare all'individuo un ambito giuridicamente riservato e protetto da interferenze, impedimenti, e invasioni altrui, anche pubbliche, con il riconoscimento che in questi ambiti oggettivi di libertà si è liberi e indipendenti dagli altri, anche dallo Stato»; A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia,* in *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore. Reati contro le diverse specie di libertà, l'inviolabilità del domicilio e dei segreti*, a cura di ID., Torino, 2007, 40 ss., 41, parla di «sistematica del codice di chiara marca autoritaria».

solidaristica della Carta fondamentale[3], va affermata la prevalenza della salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, da intendersi non come mero strumento, quanto, piuttosto, come fine dell'intervento dello Stato[4].

Anche riguardo alla disciplina di temi permeati in maniera significativa dal dibattito tra "bioetica cattolica" e "bioetica laica"[5], l'uso dello strumento penale dovrà fondarsi sull'osservanza dei principi normativi sanciti in Costituzione[6].

La laicità del diritto penale nel nostro ordinamento, intesa nel senso di neutralità ed equidistanza rispetto alle differenti opzioni etico-religiose, in osservanza dell'intero impianto della Carta fondamentale, e su tutti dell'art. 19 Cost., assume il ruolo di valore fondamentale[7]; pertanto, anche in un settore tanto delicato quanto la disciplina del biodiritto penale, in specie, del trattamento fine-vita, «il diritto penale non è destinato a castigare costumi immorali (…), [quanto piuttosto a perseguire] finalità concrete di prevenzione nell'ottica della tutela di beni giuridici»[8].

A tal riguardo, emergono, tra gli altri principi penalistici sanciti in Costituzione, la dignità, la solidarietà, l'uguaglianza/ragionevolezza, la libertà personale, la libertà di autodeterminazione, la

---

[3] Per tutti, S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss., 1012; P. PERLINGIERI-R. MESSINETTI, *Artt. 2*, *3*, in AA.VV., *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2001, 6 ss.

[4] Con riferimento ai temi trattati in questa sede, A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., 51 ss., 55 ss., 51, nel richiamare la sentenza costituzionale n. 88 del 1979, non manca di ribadire «con forza che la salute, prima di essere un interesse della collettività, costituisce un diritto fondamentale della persona»; L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 26, evidenzia come «la Costituzione repubblicana non tuteli la vita in sé, ma la persona umana, che è cosa ben diversa».

[5] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 14 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 27 ss., 31.

[6] Per tutti, S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*, 17 ss.

[7] In tal senso, sul tema che ci occupa, il recente studio di L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in AA. VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e diritto interno*, a cura di L. Panella, Napoli, 2018, 285 ss.; si veda anche il precedente lavoro di, ID., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 1 ss., 12-13 in cui viene evidenziato come «la laicità [sia] un principio basilare per la sussistenza di uno Stato democratico e pluralista, fondato sulla neutralità dell'apparato statale nel contesto di un dialogo aperto tra le diverse componenti istituzionali del tessuto sociale», ed ancora, 18, come «il carattere laico del diritto penale moderno [sia] delineato con nitidezza dagli artt. 2, 3, 13, 25 27 e 32 Cost.»; sulla indispensabile laicità del diritto penale, sempre in tema di bioetica, con precipuo riferimento alla procreazione medicalmente assistita, A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. "paternalismo penale", in Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1637 ss., 1640, afferma che «uno Stato liberaldemocratico, soprattutto in materia penale, non può che assumere una connotazione di laicità, vale a dire di terzietà rispetto a tutte le dottrine morali e religiose esistenti»; v., anche, *Corte cost., n. 203 del 1989* in *Gazz. uff. n. 16 del 1989; Corte cost., n. 508 del 2000*, in *Gazz. Uff., n. 49/2000*; ed ancora, decisivi i contributi di, L. FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione del diritto penale*, a cura di S. Canestrari-L.Stortoni, Bologna 2009, 130 ss.; A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., 80; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2006, 64 ss.; ID., *Problema penale e problemi della laicità*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione del diritto penale*, cit., 204 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religione, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 496 ss.

[8] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 20, ed ancora, 21-22, l'A. precisa che «l'avvento del costituzionalismo porta a compimento l'opera di fondazione della laicità penalistica: essa infatti si lega strettamente all'insieme dei principi costituzionali»; sul tema, si veda anche, ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 217 n. 219,* cit., 55 ss., 57 ss.

libertà di manifestazione del proprio pensiero[9], la legalità[10], l'offensività, la tutela dei beni giuridici, la personalità della responsabilità penale, la funzione della pena in termini di integrazione sociale (artt., tra gli altri, 2, 3, 13, 19, 21, 25 co. 2, 27 co. 1 e 3 Cost.)[11]. Soltanto nell'osservanza integrata della griglia di principi penalistici sanciti in Costituzione, risulta possibile perseguire un contemperamento quanto più efficace tra le esigenze di libertà e di garanzia per il singolo individuo.

È stato osservato che «la stessa idea di laicità è legata intimamente al principio del riconoscimento dei consociati come liberi (…), persone responsabili delle proprie scelte – in via di principio, libere –, e delle conseguenze delle medesime. (…) In questa prospettiva (…) la legittimazione dell'intervento penalistico nei diversi territori del biodiritto (…) risiede nella conformità dell'intervento penalistico al modello delineato dalla Carta fondamentale della Repubblica. (…) Un modello forgiato sulla tutela della libertà e sul valore dell'autonomia, quale aspetto essenziale della dignità della persona»[12]. L'osservanza dei principi normativi sovraordinati, affermati nella Carta fondamentale, risulta garanzia di laicità del sistema penale[13].

Nell'ambito delle scelte politico-criminali nel settore del biodiritto penale, assume un ruolo preminente il legame di complementarietà tra i valori di dignità, uguaglianza e libertà[14]. Dalla osservanza integrata di tali principi, emerge il concetto di "eguale rispetto" nell'ambito del quale risulta «inscindibile il nesso tra dignità ed autonomia morale di ciascuna persona, nei limiti segnati

---

[9] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 23, evidenzia la legittimità della «fondazione della rimproverabilità su basi non etico-morali che attribuiscano rilievo giuridico-penale a mere convinzioni o intenzioni».

[10] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 23, sottolinea come «la legittimazione dello *ius puniendi* al solo potere legislativo sovrano esclude interferenze di altri organi – autorità religiosa, movimenti carismatici – nella delimitazione del lecito dall'illecito».

[11] Sulla interazione reciproca tra i principi penalistici sanciti in Costituzione e sul metodo fondato sul teleologismo integrato che ne deriva, S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*, 32 ss.; ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 1 ss.; ID., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., fasc. 3, 2018, 1720 ss.

[12] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 30.

[13] Per A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. "paternalismo penale"*, cit., 1637 ss., 1649, la laicità non è mero carattere, ma è principio costituzionale «ricavabile da una serie di norme costituzionali che impongono allo Stato di assumere una posizione neutrale rispetto alla religione e alla morale. Più in particolare, (…) la laicità rappresenta un principio giuridico supremo nel nostro ordinamento costituzionale, ricavabile dall'art. 3 Cost. (…), dall'art. 21 Cost., (…), nonché dagli artt. 8, co. 1 e 19 Cost., in tema di eguaglianza e di libertà di tutte le confessioni religiose. Il principio di laicità, inoltre, si collega al principio di offensività (…) ai sensi dell'art. 25, co. 2 Cost.»; per un conforme angolo di visuale, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 30; ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge del 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 70 ss.

[14] Sulla relazione tra dignità e libertà, in un'ottica di tutela della salute e della vita improntata alla prevalenza dell'individuo sugli interessi statali autoritari, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno,* cit. 489, afferma che «la trasformazione del diritto alla salute in un dovere alla salute, così come la trasformazione del diritto di vivere in libertà e dignità in un obbligo di vivere secondo precetti etico-religiosi altrui, è inconciliabile con il comma 2 [dell'art. 32 Cost.]»; sul valore fondamentale della dignità della persona costituzionalmente affermata, ma al contempo sulla esclusione che tale valore possa assurgere a ruolo di legittimo bene giuridico, v., L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, cit., 38 ss., 38-39, che evidenzia come «l'idea di dignità umana consenta (…) ricostruzioni pluralistiche, che rischiano di precipitare questo bene giuridico nell'alveo dei concetti strumentali e strumentalizzabili dalle forze sociali, religiose e politiche preminenti in un determinato momento storico».

dal rispetto dell'autonomia morale degli altri»[15], e da cui deriva il principio del rispetto come riconoscimento reciproco dell'altro, dovuto da ogni essere umano a ogni altro essere umano[16].

Tali acquisizioni permettono di orientarsi verso una «regolazione del fenomeno che risulti condivisibile da parte di tutti i consociati, a prescindere dalle varie, ipotizzabili, confessioni di fede, siano esse di tipo laico o religioso. Ciò è possibile solo se le soluzioni risultano orientate ai principi della legge giuridica fondamentale»[17].

Le regole dell'ordinamento da Stato sociale di diritto, derivante dai valori espressi in Costituzione, di natura personalistico-solidaristica, impongono l'osservanza del pluralismo e della libertà e dignità dell'individuo da cui deriva una inevitabile autonomia nelle scelte di incriminazione rispetto a opzioni di ordine meramente etico[18].

La confusione tra diritto e morale nell'ambito delle scelte di politica criminale determina l'inosservanza del dato secondo cui in uno Stato sociale di diritto, fondato su una democrazia in cui il Parlamento è, e deve essere, espressione della rappresentanza della volontà popolare, i rappresentanti dello Stato sono chiamati ad assicurare la convivenza dei consociati in un contesto di "rispetto reciproco"[19]. In tale ottica, il diritto penale non può essere utilizzato per imporre opzioni morali, quanto piuttosto, esclusivamente, per garantire la pacifica coesistenza dei consociati, in libertà[20].

La dignità umana, che va intesa anche come aspirazione alla maggiore riduzione possibile della propria sofferenza[21], si pone come principale parametro per la definizione del concetto di solidarietà costituzionalmente affermato. «La nozione di solidarietà costituzionale è essenzialmente umana, poiché costruita sulla base dell'istanza della tutela della persona»[22], e deve fondarsi, in osservanza della Carta fondamentale, su basi laiche nonché ideologicamente pluralistiche; pertanto, se basata su

---

[15] D. PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 486 ss., 511.

[16] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 36; ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 70 ss.

[17] S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 863 ss., 864; sul tema, L. EUSEBI, *Vincoli legali nell'attività sanitaria, considerazioni economiche e un quarantennale. Profili di attualità del dialogo in bioetica,* in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 781 ss., 791, osserva che «vi è un rapporto reciproco tra bioetica e biodiritto. Il contributo critico di un etica del dialogo, non funzionale a dispute di altra natura, può favorire la qualità delle regole».

[18] Per tutti, in questa sede, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* in *Nss. dig. it*., Torino, 1974, 7 ss., 82-83; S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio, dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale,* Napoli, 1979, 11 ss.; ID., *Bioetica o biodiritto?* cit., 866; 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, 154 ss., 155; ID., *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale,* in *Arch. pen*., 3, 2017.

[19] S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?*, cit., 868;

[20] C. ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Arch. pen.*, 1982, 32 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 79 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 174 ss.

[21] In tal senso, M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 10.

[22] M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 39, l'A. prosegue affermando che «la solidarietà esige un patto anticipato tra chi la propone e chi la riceve: se imposta a chi la rifiuta, perché ritorna a vantaggio degli interessi di colui che si attiva, e non di quelli concreti, individualisticamente e disgiuntamente intesi, del destinatario dell'azione, cessa di essere dettata da emozioni di altruismo e di partecipazione empatica».

preconcetti idelogico-religiosi, o sugli interessi di coloro che intendono offrirla, cessa di essere tale, per divenire affermazione di una pretesa statale autoritaria[23].

2. Riguardo al trattamento fine-vita di pazienti in stati patologici in particolar modo gravi e irreversibili, stante l'assenza fino a tempi recenti di una specifica disciplina, per via giurisprudenziale si è andato affermando il diritto del malato, in condizioni patologiche insopportabili, al rifiuto e alla interruzione di trattamenti sanitari indispensabili per la sopravvivenza[24].

Nel noto caso Welby, il paziente, che era affetto da una distrofia muscolare amiotrofica, costretto a letto in stato tetraplegico, e tenuto in vita da un respiratore ed un alimentatore artificiali, era in grado di esprimere in maniera lucida e chiara le proprie volontà tramite l'utilizzo di un dispositivo elettronico. Nel 2006, il paziente avanzava richiesta perché venisse autorizzata la interruzione del trattamento artificiale che lo teneva in vita, ed a seguito del diniego da parte del Tribunale di Roma, nel dicembre dello stesso anno, sostenuto dai propri familiari, e sotto sedazione, chiese al proprio medico anestesista di procedere alla interruzione del trattamento[25].

In rapporto alla drammatica vicenda, il medico, imputato per omicidio del consenziente, venne presto prosciolto sulla scorta della scriminante dell'adempimento del dovere *ex* art. 51 c.p., in relazione agli artt. 13 e 32 Cost., in quanto, viene affermato in sentenza, «la volontà consapevole di rifiutare un trattamento sanitario deve essere rispettata (…), ed esclude la rilevanza penale della condotta del medico che interrompa il trattamento»[26]. Il caso Englaro, per alcuni versi, si presenta ancor più complesso. In questo caso, la paziente, a causa di un incidente stradale, si trovava da diciassette anni in uno stato tetraplegico e vegetativo irreversibile, che la rendeva incapace di esprimere la propria volontà; ed i familiari, in specie il padre, chiedevano un intervento di volontaria giurisdizione che li autorizzasse ad interrompere la somministrazione artificiale di alimentazione e idratazione, che tenevano in vita la donna.

---

[23] L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 285-286 afferma espressamente che «la crisi della laicità (…) è in realtà una crisi della democrazia».

[24] Per M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.,* 15 marzo 2017, 26 (già pubblicato in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2016, 555 ss., nonchè in *ZStW*, 2016, 1 ss.), «il caso Englaro non è un "modello" di prassi senza legge, ma un grido al parlamento»; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 287-288, parla di una «giurisprudenza che ha svolto – e svolge ancora – un ruolo di supplenza verso un legislatore latitante, titubante e per nulla laico»; sul tema, si vedano anche, ID., *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel disegno di legge sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, in AA. VV., *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, a cura di M.G.Furnari-A.Ruggeri, Torino, 2010, 250 ss.; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, 123 ss. 123.

[25] Per una esaustiva ricostruzione della vicenda, v., M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto",* in *Cass. pen.*, 2007, 92 ss.; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 292 ss.; ID., *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel disegno di legge sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, cit., 259 ss.

[26] *Tribunale di Roma, Sent. n.l.p.*, n. 2049/2007; sul tema, F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 5 ss.; D. PULITANÒ-E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona,* in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 330 ss.; A. VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista,* in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, 54 ss.

La Corte di cassazione, nell'ambito del provvedimento autorizzatorio, affermava che la non punibilità dell'autore della condotta era fondata su due elementi essenziali, ossia, che il paziente si trovasse in una condizione valutata in base a rigorosi criteri medici come stato vegetativo irreversibile, e che l'istanza di interruzione fosse espressiva, con elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente stesso, «tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti»[27].

In buona sostanza la Corte, in tale occasione, fondava la non punibilità dell'autore della condotta sulla base di un consenso presumibile in capo alla persona direttamente interessata alla interruzione del trattamento salvavita[28].

Tali, ed altri, precedenti hanno rappresentato le premesse per l'intervento legislativo del 2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento[29].

Tuttavia, come si vedrà, da tale intervento legislativo restano escluse fattispecie che, seppure sul piano delle modalità di esecuzione risultano parzialmente differenti, possono considerarsi del tutto equivalenti alle precedenti.

Il riferimento è alle ipotesi di, cosiddetto, suicidio medicalmente assistito[30], in cui il diretto interessato non è in grado di porre fine da solo alla propria sofferenza, e la condotta di colui che lo agevola nel drammatico percorso esecutivo risulta penalmente rilevante in un'ottica di aiuto al suicidio, *ex* art. 580 c.p[31].

---

[27] Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; sul tema, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberismo penale,* in *Foro it.*, 2009, c. 227 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura,* in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561 ss.; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 294 ss.; ID., *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel disegno di legge sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, cit., 262 ss.

[28] Sul consenso presumibile, con specifico riferimento al tema che ci occupa, utilizzato come «criterio, "antipaternalistico", risolutivo per la non punibilità del medico in situazioni di emergenza terapeutica, quando, proprio l'insoddisfazione verso l'impostazione tradizionale ispirata a risolvere la questione con il ricorso allo stato di necessità, ha portato a cogliere nel consenso presumibile il naturale sviluppo del diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente», v., A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018, 258-259; sul tema, v., F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Milano, 2016, 69 ss.; C. ROXIN, *Sul consenso presumibile* in ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996, 151 ss.; in proposito, v. anche, R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1989.

[29] Sul tema delle problematiche relative alle interrelazioni tra il principio di legalità, in specie riserva di legge e precisione, e la missione della magistratura, e sul valore del "precedente giudiziale", v., G. COCCO, *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 1 ss., 2.; sui problematici rapporti tra giurisprudenza, dottrina e potere legislativo, per tutti, in questa sede, A. MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale,* in *Criminalia*, 2013, 389 ss., che evidenzia, 409-410, la rilevanza del ruolo del precedente giurisprudenziale e la attuale «prevalenza del cd. diritto vivente sul cd. diritto scritto»; per una lucida prospettiva sul fenomeno secondo cui, sovente, «il legislatore non anticipa, come dovrebbe essere la regola, la giurisprudenza, ma al contrario, […] fornisce il crisma della legalità [alla] giurisprudenza, v., ID., *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 13 ss., 44-45.

[30] S. CANESTRARI, *Relazione al Convegno "Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale"*, Bologna 12 ottobre 2018, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 22 ottobre 2018.

[31] Per una dettagliata trattazione degli elementi essenziali della fattispecie di cui all'art. 580 c.p., con specifico riferimento alla parte relativa all'aiuto, E.M. AMBROSETTI, *Istigazione o aiuto al suicidio,* in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2014, 90 ss., 91-92 evidenzia che «la condotta di partecipazione materiale all'altrui suicidio richiede un'agevolazione che deve essere qualificata in termini di obiettiva effettività. L'agente (…) deve porre in essere consapevolmente un comportamento che renda più agevole la realizzazione del suicidio».

2.1. Nel noto, quanto attuale, caso Cappato, il dj Fabiano Antoniani, a seguito di incidente stradale, restava tetraplegico in maniera irreversibile, sottoposto a enormi sofferenze fisiche, ma mentalmente lucido.

L'Antoniani, ritenendo che la propria vita non avesse più senso e non riuscendo più a considerarla degna di essere vissuta, manifestava ripetutamente la volontà di porre fine alle proprie sofferenze.

Tuttavia, non risultando prospettabile la interruzione delle terapie cui era sottoposto in quanto tale pratica, non soltanto non lo avrebbe condotto ad *exitus* in tempi brevi, quanto, per di più, lo avrebbe condotto a sofferenze ancora più forti, l'unica strada percorribile sarebbe stata quella della cosiddetta eutanasia attiva, o meglio, con terminologia adottata di recente, del suicidio medicalmente assistito[32].

L'esponente del partito radicale, Marco Cappato, contattato dai familiari dell'Antoniani, fornì loro materiale informativo su una clinica svizzera ove si praticava il suicidio assistito, li mise in contatto con questa e, infine, vi accompagnò Fabiano Antoniani con la propria automobile.

In quella sede, la tecnica utilizzata per l'estremo atto fu quella della preparazione da parte dei sanitari della soluzione letale che il paziente stesso si sarebbe dovuto iniettare nelle vene premendo un bottone con i denti – l'unico modo che avesse a disposizione –, ed attivare, in tal modo, il rilascio della sostanza letale.

Al rientro in Italia, il Cappato, consapevole di aver realizzato una condotta formalmente corrispondente a quella del reato di aiuto al suicidio[33], di cui alla seconda parte dell'art. 580 c.p., si andò a costituire [34].

Nel procedimento che ne seguì, nonostante i pubblici ministeri avessero proposto il sollevamento della questione di legittimità costituzionale, nonché richiesta di archiviazione, il giudice

---

[32] S. CANESTRARI, *Relazione al Convegno "Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale"*, Bologna 12 ottobre 2018, cit.; nell'ambito di una accurata ricostruzione della vicenda, D.L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita,* in *Dir. pen. glob.*, 4/2018, 1 ss., 4, evidenzia come «la legislazione attualmente in vigore non permette (..) al medico di mettere a disposizione del paziente trattamenti diretti che ne determinino la morte. I trattamenti disponibili costringono invece il paziente a subire un processo lento in ipotesi non corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e carico di sofferenze per le persone che gli sono care. In virtù di ciò, Antoniani scartava la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, con contestuale sottoposizione a sedazione profonda, proprio perché quest'ultima non gli avrebbe garantito una morte rapida (…); la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata quantificabile in giorni e tale modalità di morire veniva reputata non dignitosa».

[33] Sul rapporto tra legalità e giustizia, che di certo caratterizza il caso che ci occupa, importante il contributo di, E.M. AMBROSETTI*, Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch,* in *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 19 ss., 22, 28-29, in cui l'A., ricorda, con riferimento ai crimini perseguiti sotto il regime nazista, come uno dei contenuti della formula di Radbruch sia quello secondo cui, «in via eccezionale, quando la legge abbia le caratteristiche di una intollerabile ingiustizia, essa non è solamente "diritto ingiusto", ma è addirittura priva di natura giuridica. Da ciò consegue l'invalidità della legge intollerabilmente ingiusta e l'obbligo per il giudice di non applicarla».

[34] Sulle problematiche riguardanti la dubbia adeguatezza della vigente formulazione dell'art. 580 c.p., in relazione alle più moderne problematiche, cfr., F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto*, a cura di S.Canestrari-G.Ferrando-S.Rodotà-P.Zatti, Milano, 2011, 1801 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in AA.VV., *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, Bologna, 1998, 272 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 175 ss.; A MANNA, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia,* cit., 51 ss., 70 ss.; V. MANZINI, *Diritto penale italiano*, vol. VIII, Torino, 1950, 84 ss.; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 299 ss.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in AA.VV., *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, a cura di S.Canestrari-G.Cimbalo-G.Pappalardo, Torino, 2003, 90 ss.

per le indagini preliminari formulò l'imputazione coatta. Alla conclusione del dibattimento, sia la difesa dell'imputato sia i pubblici ministeri avanzarono nuovamente questione di costituzionalità, questa volta accolta dalla Corte di Assise di Milano, che la sottoponeva al Giudice delle leggi[35].

2.1.1. Nella richiesta di archiviazione avanzata dai pubblici ministeri, i magistrati nell'ambito di un, sia pur ammirevole, tentativo di interpretazione restrittiva dell'art. 580 c.p. finalizzato alla esclusione della responsabilità del Cappato, utilizzano alcuni argomenti che, in più di una sede, *de lege lata*, sono stati considerati pretestuosi e deboli[36]. Il riferimento è ad una proposta di definizione oltremodo restrittiva sia delle modalità di agevolazione, che per testo della norma sono invece indefinite, sia del concetto di esecuzione[37].

A tal riguardo, infatti, i magistrati inquirenti hanno proposto un'interpretazione eccessivamente restrittiva della formula contenuta nell'art. 580 c.p. con cui viene incriminata la condotta di colui che, in relazione al suicidio, «ne agevoli in qualsiasi modo l'esecuzione». La pubblica accusa, nell'avanzare la richiesta di archiviazione, afferma che tale formula si riferisca esclusivamente alla fase strettamente esecutiva dell'atto del suicidio, in specie, propone una interpretazione secondo cui «soltanto la condotta di chi abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale»[38], ed attribuendo, dunque, rilevanza penale soltanto a quelle condotte di agevolazione nell'ambito della fase terminale, strettamente e materialmente esecutiva, dell'atto estremo.

Pur nell'apprezzamento del tentativo, non può dirsi che una simile interpretazione possa considerarsi osservante del principio di legalità/tassatività. A tal proposito, infatti, non possono considerarsi prive di fondamento le ragioni del giudice per le indagini preliminari, secondo cui «la formulazione della norma in esame appare evidentemente orientata a riassumere in sé, e dunque a punire, ogni condotta che abbia dato un apporto causalmente apprezzabile ai fini della realizzazione del proposito suicidario. Restringere la applicazione alla sola fase che immediatamente precede l'evento mortale (nel caso di specie, alla predisposizione dell'iniezione letale in Svizzera) comporterebbe quindi togliere ogni rilevanza a condotte che, invece, hanno agevolato in modo palese la concretizzazione del suicidio»[39].

---

[35] Per una lucida ricostruzione della vicenda, per tutti, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 7/18, 57 ss.; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 299 ss.; recentissimo il contributo di, C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nella autodeterminazione alla morte*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2018.

[36] Sulla debolezza delle argomentazione proposte dai PM nell'ambito della richiesta di archiviazione nel caso Cappato, R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio. Tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.,* in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, 143 ss., 143-144, secondo cui «gli sforzi dei magistrati milanesi risultano però a tratti incoerenti e giungono a conclusioni non pienamente accettabili sul piano del diritto (…). Tali incongruenze non sono certo frutto dell'operato degli organi inquirenti (…), ma costituiscono necessario corollario di una disposizione di parte speciale che fatica oggi a trovare una sua ragion d'essere nel sistema penale italiano».

[37] Cfr., Tribunale di Milano, ordinanza GIP di imputazione coatta, 18 settembre 2017 – Caso Cappato –.

[38] P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto a una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato,* in *Dir. pen. cont.*, 5/2017, 1 ss.

[39] Tribunale di Milano, ordinanza GIP di imputazione coatta, cit., 8, il GIP trova fondamento per le proprie motivazioni anche nella sentenza n. 3147/1998 della cassazione penale secondo cui «la legge, nel prevedere all'art. 580 c.p. tre forme di realizzazione della condotta penalmente illecita, ha voluto punire (…) qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di

Anche la parte della ricostruzione giuridica operata dai pubblici ministeri, secondo cui si vorrebbe affermare la non punibilità del concorrente nel suicidio sulla base del diritto a rifiutare i trattamenti sanitari *ex* art. 32 co. 2 Cost. non può dirsi risolutiva a favore di una soluzione assolutoria[40]. Infatti, nel caso Antoniani, a differenza che nei due precedenti casi di Englaro e Welby, non si trattò di rifiuto o interruzione di trattamenti sanitari, che, come detto, avrebbe inflitto al paziente sofferenze ancora più atroci, quanto piuttosto della realizzazione di una condotta suicidaria attiva – che, peraltro, non troverà disciplina neppure nel successivo, recente, intervento legislativo n. 219 del 2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento.

Al di là della su descritta proposta interpretativa restrittiva avanzata dai PM, finalizzata alla archiviazione del procedimento penale e seguita invece dalla formulazione dell'imputazione coatta da parte del GIP, all'esito del dibattimento, da parte della difesa e dei Pubblici Ministeri è stata nuovamente avanzata, e questa volta accolta dalla Corte di Assise di Milano, la questione di legittimità costituzionale in relazione alla compatibilità tra il testo dell'art. 580 c.p. e gli artt. 2, 3, 13 co. 1 e 2, 25 co. 2, 27 co. 3 e 117, Cost., e artt. 2 e 8 CEDU[41].

La questione sollevata ha ad oggetto l'equiparazione tra due condotte che incidono in maniera differente sulla risoluzione suicidaria[42]. Nel proporre la questione di costituzionalità, viene denunciata la irragionevolezza della equivalenza di trattamento tra il mero aiuto e l'istigazione, laddove, il primo non incide sulla libertà di autodeterminazione dell'individuo; nonché il fondamento 'statalistico' della previsione dell'art. 580 c.p. Al riguardo, la Corte di Assise propone una lettura della norma in esame osservante dei valori costituzionali, tra cui, su tutti, la dignità, la libertà personale e di autodeterminazione, il divieto di cure contro il volere del destinatario.

Il bene giuridico proposto dall'interpretazione della Corte di Assise sarebbe, non più la tutela della vita in un'ottica funzionale agli interessi statuali, quanto, piuttosto, la libertà di autodeteminazione dell'aspirante suicida; a fronte di tale oggettività giuridica potrebbe considerarsi

altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo, ad esempio fornendo i mezzi per il suicidio, [o anche soltanto] offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito», in tal modo, pertanto, risultandovi pacificamente sussumibile anche la condotta di Marco Cappato; per una attenta ricostruzione della portata applicativa della fattispecie in esame, da cui non può che desumersi che la vicenda descritta rientri nel tenore descrittivo della vigente fattispecie di aiuto al suicidio, v., per tutti, E.M. AMBROSETTI, *Istigazione o aiuto al suicidio, in Trattato breve di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, cit., 90 ss.; a conclusioni uniformi può giungersi alla luce della efficace ricostruzione giurisprudenziale dei confini della fattispecie elaborata da P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale, Vol. I, Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Padova, 2014, 111 ss., 113-114; in senso conforme, R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio. Tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, cit., 143 ss.

[40] Sull'apprezzabile tentativo dei magistrati milanesi di escludere la punibilità nel caso concreto, R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio. Tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.,* cit., 150.

[41] Per una attenta e lucida analisi sulla questione si veda, D.L. NOVIA, *Caso Cappato: il* non liquet *della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita,* cit., 2 ss.

[42] Tribunale di Milano, ordinanza della Corte di Assise di Milano 1/18 del 14 febbraio 2018, in cui, 16, la Corte sospende il giudizio e solleva questione di legittimità costituzionale sull'art. 580 c.p. nella parte in cui «incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e quindi a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio».

dotata di portata offensiva soltanto la istigazione, e non anche il mero aiuto, che si instaurerebbe, piuttosto, su una volontà suicidaria già radicata nella volontà del soggetto[43].

Sia pur nella non completa condivisione delle argomentazioni mediante cui è stata sollevata la questione[44], risulta, a nostro avviso, apprezzabile il dato secondo cui emerga la necessità che le fattispecie di cosiddetto suicidio medicalmente assistito di pazienti in stati patologici tetraplegici, vegetativi e irreversibili – per di più a fronte della esclusione dal recente intervento legislativo in materia di DAT – risultino oggetto di una adeguata disciplina giuspenalistica. Ed infatti, la Corte costituzionale, in data 24 ottobre 2018 ha emesso un comunicato stampa in cui «rileva che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti. [Pertanto] per consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina, la Corte ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. all'udienza del 24 settembre 2019»[45].

Tale monito mosso dalla Corte al Parlamento evidenzia la lacunosità della disciplina contenuta nella, sia pur per certi versi apprezzabile, legge del 2017 in materia di disposizioni anticipate di trattamento.

3. Con la legge n. 219 del 2017 intitolata "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"[46], il legislatore ha affrontato il tema del consenso del paziente rispetto al trattamento terapeutico *quoad vitam*, che fino a quel momento, invece, era stato rimesso esclusivamente a soluzioni di natura giurisprudenziale.

---

[43] La Corte di Assise di Milano, con ordinanza n. 1/2018 di questione di costituzionalità – Caso Cappato –, prospettata una articolazione dei valori fondamentali nell'ambito della quale la libertà di autodeterminazione del singolo, posta come oggetto di tutela delle norme di cui agli artt. 579 e 580 c.p., escluderebbe l'offensività della condotta di aiuto al suicidio; sul tema v., R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità di aiuto al suicidio,* in *DPC*, 10/2018, 97 ss., 98-99.

[44] Per una efficace disamina critica sui contenuti della questione sollevata dalla Corte di Assise di Milano, L.EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 415 ss., 434, evidenzia come non sia condivisibile l'ordinanza in esame, in specie, nella parte in cui perviene « a considerare il suicidio non come esercizio di una mera facoltà dell'individuo, bensì come esercizio di un diritto, rilevante – in quanto tale – anche nei rapporti intersoggettivi e, dunque, suscettibile di rendere lecito l'aiuto altrui, così che rimarrebbero vietate solo le condotte (istigatorie) idonee a condizionare l'autodeterminazione del potenziale suicida»; a riguardo, v., per tutti, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio,* cit., 58-59, 70 ss.; R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., 97 ss.; G. DI COSIMO, *Relazione al Convegno "Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale"*, Bologna 12 ottobre 2018, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.,* 22 ottobre 2018.

[45] V., Corte cost., ord*.,* dep. 16 novembre 2018, n. 2017, Pres. Lattanzi, Rel. Modugno, 7, in cui la Corte costituzionale sospende il giudizio e rinvia la decisone al 24 settembre 2019, in attesa della «sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela»; per un recentissimo ed attento commento alla ordinanza, v., C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nella autodeterminazione alla morte*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 3 dicembre 2018; sulla occasione persa dalla Corte costituzionale «di "laicizzare" sul punto l'ordinamento statale», v., D.L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita,* cit., 1 ss., 6.

[46] Per tutti, in questa sede, S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 55 ss., 78 ss.; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici,* in *Dir. pen. cont*., 12/2017, 123 ss.

Le già richiamate decisioni adottate sui casi, tra gli altri, Welby ed Englaro, dando vita ad una presa di posizione collettiva, hanno evidenziato la necessità di disciplinare, in via legislativa, una tanto delicata materia.

La legge è fondata esclusivamente sul rapporto medico-paziente, e regola la materia del consenso del secondo in tema di cosiddetta "eutanasia passiva", equiparando il rifiuto e la interruzione del trattamento salvavita.

Mediante tale intervento legislativo, è stato osservato, viene affermato «il diritto alla intangibilità e inviolabilità della propria sfera corporea – diritto all'*habeas corpus* - che è diritto che non è comprimibile né negoziabile»[47], anche perché costituzionalmente affermato dagli artt. 2, 3, 13, 32 Cost[48].

Al primo articolo, comma 1, del provvedimento legislativo in esame è affermato che, «la presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13, 32 Cost., e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità, e all'autodeterminazione della persona».

Al comma 5 dello stesso articolo, viene affermato che «ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, (…) [nonché interrompere], qualsiasi trattamento sanitario per la sua patologia, o singoli atti del trattamento stesso, [tenendo in considerazione, peraltro, che], ai fini della presente legge sono considerati trattamenti sanitari [anche] la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici»[49].

Al comma successivo, è previsto che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. [Al contempo, continua la norma] il paziente non può esigere

---

[47] S. CANESTRARI, *Relazione al Convegno "Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale"*, Bologna 12 ottobre 2018, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 22 ottobre 2018.

[48] G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno*, cit., 488, evidenzia come si tratti del «diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati. (…) Si tratta di una "libertà negativa" imprescindibile riconosciuta quale area di libertà, o di autonomia, della persona nelle scelte che più intimamente la riguardano»; nell'ambito di una lucida analisi della normativa in esame, con specifico riferimento al testo del comma quinto dell'art. 1, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, cit., 421, osserva che «vi sono senza dubbio motivi sia giuridici che etici perché la volontà del malato venga rispettata anche quando la si reputi eticamente discutibile: la regola è che non si può gestire il corpo di un individuo capace di intendere e di volere – quel corpo attraverso il quale si esprime la sua soggettività – senza il coinvolgimento di quest'ultima. Ma la situazione per cui, in assenza del consenso, è inammissibile agire sul corpo di una persona capace di intendere e di volere, non risulta in tutto speculare rispetto a quella per cui in forza della volontà, a fini interruttivi di un trattamento, si debba agire sul corpo della medesima».

[49] Con specifico riferimento alla problematica equiparazione tra trattamenti sanitari e nutrizione e idratazione artificiali, v. le critiche osservazioni di, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, cit., 424, che evidenzia come la scelta del legislatore di «impegnarsi nel definire che cosa si debba qualificare come trattamento sanitario appaia piuttosto sorprendente, [dal momento che] la competenza a valutare quali atti, in relazione ai diversi contesti, abbiano natura sanitaria, e in particolare natura terapeutica, individuandone limiti e modalità, spetta alla medicina».

trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali»[50].

All'art. 3 vengono descritte le modalità di espressione del consenso da parte di soggetti minori e/o incapaci, nonché attribuita la competenza del giudice tutelare in caso di contrasto tra il relativo rappresentante e il medico.

L'art. 4, intitolato Disposizioni anticipate di trattamento, costituisce il nucleo centrale del provvedimento in esame[51]; al primo comma è previsto che «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di una eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia (…) che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie».

Al quinto comma dello stesso articolo, oltre ad essere confermata la esclusione della responsabilità civile e penale del medico che, nel rispetto delle indicazioni fornite dal disponente, si astenga dal praticare il trattamento sanitario, è prevista anche l'ipotesi, non priva di problematicità sul piano della determinatezza[52], secondo cui le DAT possano essere disattese «in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente, ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico [la decisione è rimessa al giudice tutelare]»[53].

Riguardo alle forme di manifestazione della volontà, dal momento che si riferiscono ad una eventualità astratta ed ipotetica, le DAT debbono essere espresse mediante forme piuttosto rigide[54]; al co. 6 dell'art. 4, infatti, è previsto che debbano «essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del Comune di residenza del disponente medesimo. (…) Nel caso in cui le

---

[50] A tal riguardo, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, cit., 422, evidenzia come la questione del medico che «per ragioni personali di coscienza non intenda assumere in una data situazione concreta, le condotte necessarie per la interruzione di un trattamento sanitario (…) salvavita, [si ponga, anche,] con specifico riguardo alla cd. clausola di coscienza di cui all'art. 22 cod. deont. med., ai sensi del quale il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici», pertanto, l'Autore, *op. loc. cit.*, 423-424, assume che «non appare accettabile, né opportuno, procedere attraverso imposizioni costrittive nei confronti di ciascun singolo medico, del tutto eccentriche rispetto ai principi consolidati che regolano l'esercizio delle professioni sanitarie».

[51] V., C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, cit., 125 ss.

[52] A tal riguardo, C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, cit., 127-128.

[53] Per una analisi critica della disposizione in esame, v., L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, cit., 431 ss.

[54] V., C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, cit., 126; C. CASONATO, *Una legge più realistica del re,* in *Riv. Il Mulino on line*, 21 aprile 2017, 1 ss. 3.

condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare»[55].

All'articolo 5 del provvedimento legislativo in esame è prevista una soluzione relativa all'evoluzione di patologie croniche e invalidanti, o caratterizzate da prognosi infausta certa, riguardo alle quali «può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'equipe sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso in una condizione di incapacità». Dal momento che tali disposizioni, a differenza delle DAT, si riferiscono ad una prevedibile evoluzione della patologia già presente al momento della disposizione, le forme mediante cui è previsto che tali disposizioni vengano espresse risultano meno rigide, e corrispondono alla semplice «forma scritta, ovvero nel caso in cui le condizioni del paziente non lo consentano, [alle] videoregistrazioni o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare».

Sul piano sistematico, la causa esimente prevista dalla legge in esame va collocata nell'ambito del consenso scriminante. E' stato, infatti, osservato che «traspare la condivisione del ruolo cruciale del consenso informato, fondato su un'interpretazione dell'art. 32 co. 2 Cost. che, in rapporto anche all'art. 13 Cost., riconosce la massima ampiezza possibile alla autodeterminazione terapeutica, estesa sino alla libertà del paziente di lasciarsi morire attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare»[56].

3.1. La normativa su riportata reca con se l'indubbio merito di aver affrontato un tema, tanto delicato, che fino a questo momento era stato rimesso esclusivamente a soluzioni di natura giurisprudenziale.

Tuttavia, al contempo, non può considerarsi del tutto soddisfacente dal momento che restano escluse da regolazione normativa le fattispecie di cosiddetto suicidio medicalmente assistito, riconducibili alla fattispecie di reato di cui all'art. 580 c.p., con riferimento all'aiuto[57].

A tal riguardo sarebbe auspicabile una disciplina normativa del fenomeno che, al di là delle convinzioni individuali, prescindesse dalle differenti posizioni di fede, di tipo laico o religioso, e si fondasse piuttosto sui principi normativi dello Stato sociale di diritto affermati, nel nostro ordinamento, dalla Carta fondamentale[58].

Si impone, pertanto, in osservanza di un reciproco «rispetto del pluralismo e della libertà e della dignità dell'individuo, lo sganciamento del diritto penale dal perseguimento di finalità di ordine

[55] Sulla opportunità di tale rigidità delle forme di manifestazione delle DAT, si veda, S. ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *Lacostituzione.info*, 22 aprile 2017, 1 ss.

[56] C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, cit., 127; sul tema, L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 289, afferma che «l'art. 32 co. 2 Cost., può essere pienamente compreso ove lo si interpreti come principio cardine della tutela dell'autonomia dell'individuo rispetto a qualsiasi imposizione o strumentalizzazione».

[57] V., D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 70.

[58] Per tutti, S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, cit., 863 ss., 864; ID., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.; ID., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, cit., 1720 ss.

meramente etico»[59]. A tali acquisizioni si giunge, tra l'altro, in osservanza delle libertà di fede religiosa e di manifestazione del proprio pensiero, costituzionalmente affermate, ed in virtù delle quali deve escludersi che la sanzione penale possa essere posta a presidio di meri principi morali[60].

Pertanto, nell'ambito delle valutazioni volte a individuare la direzione da seguire per la regolazione del fenomeno, non può prescindersi dalla natura personalistico-solidaristica del nostro ordinamento, affermata, su tutti, dall'art. 2 della Costituzione[61], nonché dal valore primario che l'art. 3 Cost. riconosce alla dignità dell'individuo[62].

Le incriminazioni di cui agli artt. 579 e 580 c.p. trovano la propria origine in una concezione illiberale, fondata sulla indisponibilità del bene vita, ed in cui l'individuo è considerato in un'ottica di funzionalità rispetto agli interessi dello Stato[63]. La impostazione autoritaria accolta all'interno del codice del 1930 risulta superata dai valori-principi affermati in Costituzione, alla luce dei quali l'estremo atto dispositivo, in talune circostanze, va considerato una facoltà o un mero esercizio di una libertà[64].

Pertanto, la possibilità di disporre del bene giuridico della propria vita, mediante rinuncia/rifiuto di trattamenti sanitari salvavita, «rappresenta un profilo caratterizzante l'ispirazione personalistica posta alla base della nostra Costituzione nell'ambito di un sistema laico e pluralistico»[65].

In tempi precedenti rispetto alla introduzione della disciplina in materia di DAT, con riferimento alla interruzione di trattamento sanitario salvavita su volontà del paziente, veniva osservato che si trattasse di una condotta sì tipica, ma non antigiuridica in virtù della sussistenza della scriminante dell'adempimento del dovere terapeutico, scaturente dal dovere di interrompere il trattamento sanitario rifiutato dal paziente informato e competente, *ex* art. 32 co. 2 Cost.

---

[59] S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, cit., 866; in senso conforme, v., A. CAVALIERE *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, cit., 1 ss., 5 ss.

[60] V., S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, cit., 868, secondo cui «lo Stato non è legittimato ad educare il singolo sul piano etico, né a sottoporlo a tutela morale con lo strumento del diritto penale»; sul tema, C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1980, 79 ss.; G. FIANDACA, *Tutela del buon costume. Profili penali e costituzionali*, Palermo, 1979, 70 ss.

[61] S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, cit., 1012; P. PERLINGIERI-R. MESSINETTI, *Artt. 2*, *3*, cit., 6 ss.

[62] Sulla relazione tra i fondamentali valori della dignità e della autodeterminazione dell'individuo, L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., p. 289, evidenzia come sia necessario «interpretare il riferimento alla "dignità umana" nel significato laicamente pregnante di tutela della qualità dell'esistenza e della libertà morale della persona: un significato che può contribuire in modo decisivo alla definizione della rilevanza penale dei confini estremi della vita».

[63] Per tutti, in questa sede, sia pur in precedenza rispetto alla entrata in vigore della legislazione in materia di DAT, v., A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., 40 ss.; più recente, e con espresso riferimento alla legge del 2017, v., S. CANESTRARI, *Relazione al Convegno "Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale"*, Bologna 12 ottobre 2018, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 22 ottobre 2018, secondo cui «è irragionevole che la legge sulle DAT non comprenda anche le fattispecie quali quella di Cappato, perché il 580 c.p. fu pensato per tutto altro, concepito in una stagione autoritaria e illiberale e non conosce le situazioni attualmente degne di rilievo e attenzione»; per un contributo sul tema, che prende le mosse proprio dal caso che ci occupa in questa sede.

[64] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 66.

[65] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 73.

Nell'ambito di tale bilanciamento di interessi, i principi di autonomia e dignità della persona risultano prevalenti rispetto all'incondizionata tutela della vita umana[66].

In circostanze di tal fatta, il fondamento della liceità della condotta del sanitario va ravvisato, non in un diritto di morire del paziente, quanto piuttosto in «un diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà»[67].

Se, da un lato, la recente normativa del 2017 risulta idonea a disciplinare alcune delle fattispecie in esame, la condotta di aiuto al suicidio medicalmente assistito resta ancora priva di una specifica disciplina giuridica, e dunque riconducibile nell'ambito della punibilità *ex* art. 580 c.p.[68] A tal riguardo, è stato osservato che si è di fronte a una disparità di trattamento, laddove potrebbe prospettarsi, piuttosto, una sostanziale equiparazione tra le due figure che affiancano l'ammalato. Sia il medico che interrompe/omette la terapia (la cui condotta risulta riconducibile sotto la disciplina in materia di DAT), sia il soggetto privato – ma anche il medico – che ne agevola il suicidio, rispettano in egual modo la volontà della persona gravemente malata[69]. E' contraddittorio e irragionevole che condotte sostanzialmente equivalenti vengano disciplinate in maniera tanto differente[70], laddove, peraltro, è stato osservato, le fattispecie di omicidio e di omicidio del consenziente sono anche più gravi di quella di aiuto al suicidio[71].

Come per ogni altro settore di interesse penalistico, bisogna «trarre ispirazione dai principi espressi nella Carta costituzionale, tenendo conto della significatività dei beni in gioco e degli eventuali conflitti tra i diritti fondamentali connessi a tali situazioni di valore» [72]. I riferimenti costituzionali che vengono in rilievo, e che debbono essere osservati in maniera sistematica al fine di affrontare la questione che ci occupa, sono tra gli altri, va ribadito, la tutela della dignità, della libertà personale, della libertà di autodeterminazione.

---

[66] In tal senso, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 81; sul fondamentale ruolo dell'art. 32 Cost. nell'ambito del tema che ci occupa, v., A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., 51 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, 74 ss.; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale,* in *Riv. it. med. leg*., 1997, 1195 ss

[67] Già prima della riforma del 2017 in materia di DAT, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 84, l'A., inoltre, precisa che a fronte di tali situazioni resta fermo il diritto alla obiezione di coscienza da parte dell'esercente la professione sanitaria il quale intenda astenersi da tali condotte causali dell'evento morte, in quanto contrarie alle proprie concezioni etiche, deontologiche e professionali.

[68] Sulla parzialità delle ipotesi disciplinate dalla legge n. 209 del 2017, D.L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita,* cit., 4, evidenzia come «la L. n. 209/2017, è considerata dalla dottrina, già all'indomani della sua entrata in vigore, settoriale in quanto afferma e disciplina il rilievo dell'autodeterminazione solo in alcune tipologie di casi», l'Autore continua affermando che « si può quindi constatare che l'attuale quadro normativo italiano lascia del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto al suicidio ai pazienti nelle condizioni di Antoniani», cit., 5.

[69] A tale specifico riguardo, E.M. AMBROSETTI, *Istigazione o aiuto al suicidio,* in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, cit., 95 afferma che è scottante il tema del suicidio medicalmente assistito a scopo eutanasico", laddove, in tali circostanze, ciò che distingue le ipotesi di omicidio del consenziente da quelle di aiuto al suicidio «è soltanto il diverso soggetto che dà direttamente la morte»; in tal senso, diffusamente sul tema, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 327 ss.

[70] G. DI COSIMO, *Relazione al Convegno "Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale"*, Bologna 12 ottobre 2018, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 22 ottobre 2018.

[71] In tempi precedenti rispetto alla emanazione della legge del 2017, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 4.

[72] Per tutti, in questa sede, S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?* cit., 872.

4. Va tutelata e difesa con gli strumenti del diritto la posizione di coloro che decidano di por fine alla propria vita trovandosi in condizioni insopportabili legate al decorso di malattie molto dolorose ed irreversibili, che determinino "lo sfacelo del corpo o della mente" con conseguente annullamento dell'essere[73]. Naturalmente, tali esigenze sorgono in rapporto all'evoluzione dei moderni strumenti tecnologici che sono in grado di protrarre la vita del paziente in modo artificiale, per lunghissimo tempo, in condizioni che legittimamente si possano considerare prive di senso e di dignità[74]. In tempi precedenti rispetto alla emanazione sia della legge del 2017 in materia di DAT, sia al monito mosso dalla Corte costituzionale al Parlamento riguardo al caso Cappato – ed in osservanza di una lettura sistematica delle norme di cui agli artt. 2, 3, 13, 32 Cost. che valorizzi il diritto a una vita e ad una morte dignitose –, è stato osservato che il «riconoscimento di un diritto di morire implicherebbe la conseguenza di dover rivedere i vigenti artt. 579 e 580 c.p.»[75]; «chi non è malato, [in altro modo,] può continuare a essere tutelato dalle norme incriminatrici tradizionali»[76].

Tali riflessioni trovano il proprio fondamento nella affermazione di un diritto a una vita dignitosa, secondo cui «al concetto di dignità della persona appartiene la valutazione del livello di accettazione di una diminuzione radicale delle proprie capacità fisiche e psichiche, sotto il quale la persona non possa più considerare accettabile la prosecuzione della vita»[77]. In tali situazioni dovrebbe perdere di rilievo la differenza di trattamento tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio. A tal riguardo, è stato osservato che «fornire la pillola o il liquido letale al paziente perché lo assuma, e iniettarlo direttamente in vena a sua identica richiesta, e dunque in situazione di controllo sanitario, hanno lo stesso significato sociale, se attuati con scopo terminale»[78].

In effetti, una trattazione differenziata delle descritte ipotesi, che perseguono il medesimo legittimo scopo, configura una rappresentazione falsa e dissimulata della realtà.

---

[73] M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 2; sul punto, L. EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile,* in *Riv. it. med. leg*., 2016, 1155 ss., 1158, osserva che «certi messaggi diffusi secondo cui, ove siano venute meno determinate condizioni di efficienza, sarebbe dignitoso fare un passo indietro, (…) risultano quanto mai equivoci e la loro incidenza nel caso concreto deve essere contrastata; ne deriva la necessità di escludere che agiscano pressioni, anche indirette, sul malato, a che rinunci alle terapie per liberare la società o i congiunti dall'impegno e dai costi della cura nei suoi confronti»; l'Autore continua, *op loc. cit*., 1164, affermando che «dovrebbe evitarsi in ogni modo che considerazioni attinenti a profili economici (…) vengano difatti gestite attraverso l'enfatizzazione del diritto del malato di rifiutare le terapie».

[74] A tal riguardo, A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., 42, «a parziale giustificazione del codice del 1930, [rileva come] a quel tempo i progressi della medicina non erano certo tali da porre un problema di accanimento terapeutico, e quindi di tutela del singolo nei confronti dello strapotere della tecnica»; sul tema della necessità di intervenire sulla formulazione dell'art. 580 c.p., in quanto risalente ad un tempo precedente rispetto alle moderne tecnologie, e sulle relative riflessioni della Corte costituzionale, proprio in relazione al Caso Cappato, v., D. L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita,* cit., 4; sul pluralismo interpretativo cui si presta il concetto di dignità, v., L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, cit., 38 ss.

[75] M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 6; sul tema della necessaria riforma della disciplina, in precedenza rispetto all'intervento del 2017, per tutti, in questa sede, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in AA. VV., a cura di C.M. Mazzoni, *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 286 ss.; A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., 51 ss.; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in onore di P. Nuvolone*, II, Milano, 1991, 201 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1995, 670 ss.;

[76] Per tutti, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 3.

[77] M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 15-16.

[78] M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 24.

In casi come questi, il differente significato etico, sociale e giuridico delle due differenti condotte di "uccidere" e "lasciar morire", assumendo un unico valore politico-criminale, perde la propria rilevanza[79].

La Corte costituzionale, proprio in relazione al procedimento Cappato, nell'ambito di un ragionamento di commento alla legislazione vigente e finalizzato alla equiparazione sostanziale delle due situazioni (di cui agli artt. 579 e 580 c.p.), afferma che «entro lo specifico ambito [che ci occupa], il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13, e 32 co. 2 Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.)»[80].

L'identità del significato umano e politico-criminale delle due condotte, sia pur differenti sul piano delle modalità di esecuzione, dovrebbe trovare il proprio fondamento, come già si è accennato, nel diritto del malato ad una vita e ad una morte dignitose[81]. La soluzione della non punibilità dell'autore delle descritte fattispecie è da rinvenire in una ipotesi scriminante[82].

È stato osservato, infatti, che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, in casi di trattamento *quoad vitam* espressamente rifiutato dal paziente, non risponderebbe a una reale funzione di tutela della vita. «Tenere fermo il divieto nella situazione limite qui considerata appare difficilmente compatibile anche con il rispetto dei rapporti umani tra la persona gravemente sofferente e le persone vicine. Ritenere accettabile e preferire la fine delle sofferenze, e quindi prestare aiuto al suicidio, può essere (e di fatto è, nei casi di cui si viene a conoscenza) una valutazione coerente con sentimenti di affetto, solidarietà, compassione, una valutazione moralmente sostenibile da punti di vista che certo non

---

[79] Per, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 25, comprendere «che la differenza tra *killing* e *letting die* non è poi così decisiva in tali situazioni terminali, ci aiuta a individuare una soluzione umanitaria»; in tal senso, Corte di Assise di Milano, *ordinanza 14 febbraio 2018*, di rimessione della questione alla Corte costituzionale – Cappato –, secondo cui «i principi costituzionali che hanno ispirato solo alcuni mesi fa la formulazione e l'approvazione della l. n. 219/2017 devono presidiare […] anche l'esegesi della norma [di cui all'art. 580 c.p.]»; in senso conforme, R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità di aiuto al suicidio*, cit., 97 ss., 102.

[80] Corte cost., ord., n. 207 del 2018, 6; sul punto, v., C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nella autodeterminazione alla morte*, cit. parr. 4, 7.1 evidenzia che «il divieto assoluto di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. integra una limitazione dell'autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle appunto finalizzate a liberarlo dalle sofferenze e a condurlo alla morte, e dunque una lesione degli artt. 2, 13 e 32 Cost; nell'indistinto divieto è ravvisata pure un'irragionevole disparità di trattamento fra malati incurabili che sono comunque in grado di togliersi la vita da soli e malati altrettanto incurabili che invece, impossibilitati a farlo, sono costretti a sottoporsi al percorso scaturente dall'interruzione del trattamento di sostegno vitale, con l'ulteriore sotto-sperequazione fra coloro ai quali l'interruzione dei trattamenti assicuri comunque una morte rapida e coloro che invece, come nel caso di Fabiano Antoniani, siano costretti a passare attraverso un drammatico decorso agonico»; v. anche, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, cit., 434, per le quali si rimanda a *supra* par. 2.1.1., nota 42.

[81] A tal riguardo, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71, afferma espressamente che «in tali specifiche situazioni, rifiuto di cure e suicidio, pur essendo strade fattualmente diverse, sono equivalenti rispetto ai diritti in gioco, la vita e la libertà di autodeterminazione della persona, In tale situazione i principi costituzionali additano la prevalenza del diritto di autodeterminazione: interpretabile non come diritto a morire, ma come diritto a morire con dignità».

[82] Per tutti, in questa sede, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 24; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. profili dommatici e di politica criminale,* cit*., passim*., 247 ss., 305 ss.

possono accampare pretese di assolutezza o di superiorità, ma fanno parte del contesto della nostra società pluralista»[83].

Al contempo, al di là dei su esposti casi, caratterizzati dalla presenza di pazienti affetti da situazioni patologiche estreme, dolorose e irreversibili, si ritiene opportuna la conservazione della incriminazione della condotta di aiuto al suicidio[84].

La Corte costituzionale, proprio in riferimento alla questione sollevata nel procedimento a carico di Cappato, non manca di evidenziare come sia pur «vero quanto rileva il giudice *a quo*, e cioè che il legislatore del 1930 mediante la norma incriminatrice in esame, intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile, anche in funzione dell'interesse che la collettività riponeva nella conservazione della vita dei propri cittadini. Ma è anche vero che non è affatto arduo cogliere oggi la *ratio* di tutela di una norma quale l'art. 580 c.p. alla luce del mutato quadro costituzionale, che guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi. L'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio (…) è funzionale alla tutela del diritto alla vita»[85].

Nelle ipotesi, tuttavia, di malati terminali, o affetti da patologie irreversibili e in condizioni di grave sofferenza, le valutazioni sono differenti; e a fronte di tali ipotesi risulta opportuna la individuazione di una specifica ipotesi esimente, fondata sulla tutela della dignità, sul diritto a vivere una vita degna e umana, sulla libertà dell'individuo di autodeterminarsi[86].

5. In relazione alle situazioni trattate in questa sede, con speciale riferimento al suicidio medicalmente assistito, si registra il rischio che l'affermazione dei diritti fondamentali, in specie il

---

[83] D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, 71-72; a tal riguardo, sensibili e fondate le parole di L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel disegno di legge sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, cit., 277, secondo cui, «una normativa che impedisca alla persona di cercare di entrare nella morte ad occhi aperti, valutando il corpo inerte come oggetto anatomico da preservare a tutti i costi in nome dell'indisponibilità della vita, non è semplicemente illegittima: è addirittura inumana»; ancora, ID., *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., 26, nell'ambito di una analisi della disciplina improntata a laicità e pluralismo in un'ottica di tutela della persona costituzionalmente fondata, afferma che «persona non è più chi si trovi in stato vegetativo permanente. Proprio tale condizione di vulnerabilità, [continua l'Autrice], sollecita il ponderato intervento del legislatore, non certo preso sulla base di opzioni ideologiche predefinite e/o prevaricanti»; sul tema, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno*, cit., 488-489, esclude che possa considerarsi legittima la tutela di un bene giuridico di «chiara matrice religiosa – la sacralità della vita –, cioè la salvaguardia (…) della vita intesa come una sorta di entità esterna all'uomo, tutelata quale principio di ordine pubblico, (…) [laddove una tale impostazione rappresenterebbe] l'affermazione di una morale di stato anteposta alla libertà individuale, dunque la negazione all'individuo di un ambito giuridicamente protetto da interferenze altrui, anche pubbliche, insomma, la negazione dello stato liberale».

[84] M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 2, 3 ss.; sulla necessità di conservare la punibilità dell'aiuto al suicidio al di fuori dei casi limite trattati in questa sede, per tutti, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 674 ss., 727; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 76.

[85] Corte cost., ord., n. 207 del 2018 – Cappato – 4.

[86] V. la richiesta di archiviazione dei PM nel caso Cappato; F. CONSULICH-C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di n diritto contemporaneo,* in *Giur. pen. web*, 2019, 1 *bis*, 41 ss., 44, nell'ambito di un ragionamento finalizzato alla individuazione di una 'scriminante costituzionale' afferma che è sicuramente auspicabile «una rimodulazione legislativa dell'art. 580 c.p.»; per la rappresentazione di una moderna ed esaustiva prospettiva di riforma del settore che ci occupa, in cui "la laicità costituzionale" costituisca il metodo per la introduzione all'interno del sistema di specifiche cause di giustificazione procedurali, in specie riferite al settore della bioetica, v., A. SESSA, *Le Giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 306 ss.

diritto di autodeterminazione, passi attraverso la punizione proprio di colui che si attivi per la salvaguardia di tale diritto.

La regolazione di tali situazioni richiede che venga posto un bilanciamento tra la inviolabilità della vita e la indisponibilità della persona, sulla base di una rilettura degli artt. 579 e 580 c.p. costituzionalmente orientata, e in specie fondata sugli artt. 2, 3, 13, 32 co. 2 Cost.[87].

Sul piano delle proposte avanzate[88], non può considerarsi soddisfacente la proposta elaborazione di "spazi liberi dal diritto", secondo cui, in relazione a problematiche di tipo etico quali quelle che ci occupano, l'ordinamento si asterrebbe dall'intervenire, si attesterebbe in una posizione di neutralità, e lascerebbe la scelta alla coscienza di un soggetto responsabile, in assenza di una previsione normativa, né di approvazione né di condanna[89].

Il riconoscimento di tali spazi, seppur risultando sensibile a profili bioetici molto delicati, nonché ispirato al pluralismo costituzionalmente affermato e caratterizzante la nostra società, non può trovare accoglimento, in quanto, proprio perché riferito alla disciplina di situazioni che interessano i diritti fondamentali della persona, li lascerebbe, in violazione della legalità/riserva di legge/determinatezza, privi di una indispensabile disciplina legislativa.

«La critica principale che hanno incontrato le teorie dello spazio libero dal diritto (e con esse l'idea di fatti "non vietati, né approvati"), [infatti,] è che questioni così rilevanti e drammatiche, attinenti a beni fondamentalissimi, non possono essere lasciate a una sorta di codice di autodisciplina da parte della società, dovendosi prevedere meccanismi legali di verifica delle scelte, nella misura in cui liberamente riconoscibili ai singoli»[90].

Laddove, dunque, il modello teorico dello spazio libero dal diritto non prevede nessuna procedura legislativamente tassativizzata, una differente, e più soddisfacente, soluzione mediante cui

---

[87] V., A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 78 ss., 81-82; al riguardo, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 34, evidenzia come, «il codice penale del 1930, nella sua originaria edizione, realizzava un pieno programma di violazione e anzi di repressione del pluralismo esterno»; per una salvaguardia della libertà di autodeterminazione del paziente fondata sui valori affermati in Costituzione, tra cui, su tutti, artt. 3, 13, 19, 32 Cost., v., G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno*, cit., 485 ss., 499 ss., 502.

[88] Per una attenta rassegna delle soluzioni proposte per individuare la natura giuridica della non punibilità nelle situazioni patologiche oggetto del presente lavoro, si veda, A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., 67 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 153 ss.

[89] M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 97 ss., afferma che «da questo stallo finirebbe per nascere un "*rechtsfreier Raum*", uno spazio giuridicamente libero dove la condotta non è né lecita, né vietata, ma semplicemente non disciplinata giuridicamente: una sorta di *tertium genus* fra il lecito e l'illecito, il "non vietato" (ma neppure "approvato") reso opportuno dall'esigenza di dare spazio al pluralismo etico senza operare scelte coercitive e necessariamente di parte»; al riguardo, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 222-223, osserva che «le teoriche sopra esaminate – [tra cui quella relativa al] lo spazio libero dal diritto – non hanno mancato di denunciare il loro limite sistematico, ovvero il non essere in grado di scongiurare effetti paradossali, se non in virtù di ragionevoli deroghe ermeneutiche»; sul tema, si veda, F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti, in Il penale nella società dei diritti*, cit., 293 ss., 314.

[90] M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 98.

dare riconoscimento all'autonomia del singolo, in combinato con l'arretramento di opzioni paternalistiche[91], potrebbe risultare la elaborazione di una causa di giustificazione procedurale[92].

In tali circostanze, lo Stato riconosce che una decisione sulla legittimità sostanziale del fatto è problematica, tuttavia non rinuncia a disciplinare la materia, descrivendo una procedura che, tenendo conto dei bilanciamenti degli interessi in gioco, lascia al singolo individuo la scelta autonoma[93]. Senza il rispetto della procedura l'opzione non è consentita, pertanto si tratta di "giustificazioni procedurali".

La procedura, che dovrà essere legislativamente determinata, non ha soltanto un carattere meramente formale, quanto piuttosto il sostanziale compito di disciplinare l'articolazione di situazioni etiche e tecniche, la cui sussistenza determina la legittimazione di fatti, lesivi, altrimenti punibili[94].

Si tratta di una nuova idea di giustificazione che determina una legittimazione *ex ante*, fondata su condizioni di liceità che rendono non vietata e non impedibile la lesione realizzata[95].

A tal riguardo, è stato osservato in senso critico che il riconoscimento di tale soluzione comporterebbe l'introduzione di una scriminate nell'ambito della quale il bilanciamento tra i beni dell'autodeterminazione e della vita del paziente propenderebbe a favore del primo, e le modalità procedurali che renderebbero lecita la fattispecie, sarebbero sempre soggette *ex post* al controllo del giudice[96]. Tuttavia, tali perplessità vanno considerate alla luce del riconoscimento di una struttura procedurale che non abbia natura meramente dichiarativa, quanto piuttosto, costitutiva[97].

Al fine di trovare un contemperamento tra la inviolabilità del bene vita e la indisponibilità della persona, e di tutelare la dignità di individui in situazioni di sofferenze quali quelle trattate in questa sede, si impone la «ricerca di istituti capaci di esprimere una dommatica di garanzia [che], (…) al

---

[91] Sulla necessità di superare incriminazioni di natura paternalistica, a favore di incriminazioni di offese che determinino "danno ad altri", con specifico riferimento al tema del biodiritto penale, in relazione alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, v. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. "paternalismo penale*, cit., 1637 ss., 1641 ss.

[92] Sulla proposta introduzione della scriminante procedurale con riferimento al tema che ci occupa, cfr., senza pretese di esaustività, M. DONINI , *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno,* in AA.VV., a cura di M.Donini-R.Orlandi, *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010, 263, secondo cui, espressamente, «non si tratta di spazio libero dal diritto»; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 27 ss., 30; ID., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 92. ss.; ID., *La necessità di diritti infelici*, cit., 555 ss.; con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 579 c.p., A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., 79; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 308 ss.; ID., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., 73 ss., 77-78; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 153 ss., 247 ss.; ed ancora, fondamentali, A. ESER, *Sanktionierung und Rechtfertigung durch Verfahren,* in *W.Hassemer zum 60. Geburstag*, in *KritV, Sonderheft, Nomos*, Baden Baden, 2000, 43 ss.; W. HASSEMER, *Prozedurale Rechfertigungen*, in *Festschrift für E.G Mahrenholz*, Baden Baden, 1994, 731 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007, 1269 ss.

[93] M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto",* cit., 100.

[94] V., A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 137 ss., 141, che evidenzia come, «il nuovo modello legislativo procedurale di giustificazione (…) sembra destinato a contribuire alla individuazione di forme di legittimazione *ex ante* di condotte che, seppur lesive di beni, vengono valutate come non antigiuridiche nel diritto penale della società dei diritti».

[95] A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 27 ss., 141-142, 221 ss., 244, 300-301.

[96] M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali. Tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, cit., 1286.

[97] A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 221 ss., 223, 228.

riparo da inammissibili derive soggettivistiche (…), [risulti] compatibile con un'etica pubblica adattata al pluralismo dei valori, in nome di un ragionevole compromesso per una bioetica costituzionalmente laica ed in grado di garantire un dialogo tra "stranieri morali" su cui fondare un biodiritto penale di uno Stato non confessionale»[98].

Per il perseguimento di tale finalità, e a salvaguardia delle garanzie necessarie, risulta auspicabile una soluzione di natura personalistico-solidaristica, improntata a laicità e al pluralismo ideologico-culturale costituzionalmente affermato[99], ed in cui riserva di legge e determinatezza si impongono quali strumenti indispensabili per «una costruzione normativa di diritti infelici – quello di morire e di aiuto nel morire –, che (…) devono essere necessariamente posti al sicuro da una possibile loro mobile applicazione giurisprudenziale»[100].

In accoglimento di tali acquisizioni, il ricorso alla giustificazione procedurale si rende necessario per l'affermazione della non antigiuridicità di una condotta che, sia pur lesiva, risulta legittimata *ex ante* in quanto proceduralmente non vietata, e dunque lecita[101].

Sul piano politico-criminale, la giustificazione procedurale svolge un ruolo di salvaguardia di valori fondamentali mediante la legittimazione, in via legislativamente predeterminata, di condotte lesive.

---

[98] A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 126-127; S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 58; sul tema, per L. EUSEBI, *Vincoli legali nell'attività sanitaria, considerazioni economiche e un quarantennale. Profili di attualità del dialogo in bioetica,* cit., 788, «il problema di fondo dal punto di vista bioetico non è dato dal fatto che esistano sensibilità differenti. Piuttosto la bioetica fallisce nel suo ruolo critico, ove non vi sia la disponibilità a un reciproco ascolto serio delle analisi e delle argomentazioni proposte in buona fede da ciascun interlocutore, né a ricercare, valorizzandolo, quanto non di meno si possa condividere. Appare opportuno, allora, riconsiderare il ruolo dell'etica, e segnatamente della bioetica, come terreno (pluralistico, ma non divisivo) dell'interrogarsi e del dialogo».

[99] Molto chiaro, in proposito, il contributo di, L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere al "diritto di morire"*, cit., 84, che evidenzia come «una normativa laica garantisce la libertà di scelta e di coscienza di tutti. Una normativa ideologicamente connotata criminalizza le condotte di vita di chi la pensa diversamente»; in tal senso, si veda, D.L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita*, cit., 6, che evidenzia come, «i principî costituzionali di laicità e pluralismo, comuni ai moderni Stati liberali, escludono (…) che il diritto possa sanzionare una condotta per il solo fatto che essa contrasti con concezioni morali o religiose altrui, per quanto dominanti. Ciascuno ha diritto di comportarsi secondo le proprie convinzioni morali, fintanto che la sua condotta non leda o ponga in pericolo i diritti e le libertà altrui, compresa la libertà di agire secondo altre convinzioni morali. In uno Stato laico, non è compito del diritto penale imporre concezioni morali a cittadini adulti, ma soltanto tutelare i consociati da condotte altrui, offensive (…) di beni giuridici di una o più persone. Non si può, quindi, punire la persona che abbia leso o messo in pericolo esclusivamente beni giuridici propri, per quanto si ritenga immorale tale condotta».

[100] A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 129; M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali. Tra esclusione del tipo e cause di giustificazione,* cit., 1269 ss., 1285-1286 osserva che le giustificazioni procedurali rischiano di riecheggiare il cd. spazio libero dal diritto, e, a tal riguardo «non riesce a convincere l'idea che il medesimo fatto possa essere non conforme al diritto ma non vietato, e pertanto non permesso e non vietato nello stesso tempo. Indispensabile è invece che (…) si ricavi dalla legge se un fatto è vietato oppure no, e se è vietato a cosa si debba la liceità»; sul fondamentale ruolo del principio di legalità anche in ambito di antigiuridicità, v., P. PISA, *Le scriminanti non codificate,* in *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di C.F.Grosso-M.Pelissero-D.Petrini-P.Pisa, Milano, 2017, 309.

[101] M. DONINI, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno,* cit., 233 ss., 261; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 235.

Sul piano dommatico, la giustificazione procedurale, prevede tassative condizioni di liceità, che attraverso la legittimazione predeterminata di condotte lesive, si pongono come strumento per l'affermazione di uno «spazio di diritto libero dall'illecito»[102].

Riguardo al tema che ci occupa[103], la procedura giustificante, fondata sul principio di autodeterminazione terapeutica[104] *ex* art. 32 co. 2 Cost., potrebbe risultare fondata sulla osservanza di alcune condizioni, fondamentali ai fini della disciplina delle fattispecie concrete da sussumervi, descritte nella ordinanza costituzionale n. 207 del 2018[105]. Il riferimento è a condizioni quali la irreversibilità della patologia, la intollerabilità delle sofferenze fisiche e/o psicologiche, la sopravvivenza del malato, che si realizza attraverso trattamenti di sostegno vitale, la capacità del paziente di prendere decisioni libere e consapevoli, o l'averne espresso la relativa volontà in tempi in cui ne deteneva le facoltà.

La valorizzazione di tali elementi, nell'ambito della descrizione della proposta causa di giustificazione procedurale, potrebbe risultare utile al fine di escludere la punizione di condotte di terzi soggetti, indispensabili per l'affermazione del diritto del malato, che, in osservanza al dettato costituzionale e nel rispetto del proprio concetto di dignità, risulta legittimato a poter scegliere per sé[106].

---

[102] V., A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 221 ss., 244; a tal riguardo M. DONINI, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, cit., 263, evidenzia che «in materia di bioetica entra in gioco il pluralismo dei valori in un conflitto etico così evidente, che può funzionare solo un permesso anticipato, ma mai tale da elidere il fatto tipico. Il meccanismo è semplicissimo: lo Stato non impone una scelta autoritativa, e dunque fa un passo indietro rispetto al passato. Non si tratta tuttavia di "spazio libero dal diritto". Consente un aborto, una interruzione di terapia salvifica, oppure forme di suicidio assistito o di eutanasia consensuale. Lo fa, però, a determinate condizioni, il cui rispetto è essenziale per la liceità del fatto»; sull'imprescindibile ruolo della determinatezza, oltre che in ambito di descrizione del tipo, per finalità parzialmente differenti, anche nel campo delle cause di giustificazione, v., fondamentale e sempre attuale, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1998, 60 ss., 67.; sul concetto del "catalogo aperto delle cause di giustificazione" in cui «può assumere rilievo qualsiasi criterio di giustificazione desumibile dall'ordinamento», v., E.M. AMBROSETTI, *Antigiuridicità,* in *Il reato. Trattato breve di diritto penale*, a cura di G.Cocco-E.M.Ambrosetti, Padova, 2017, 137 ss., 139.

[103] Per una esaustiva catalogazione delle differenti categorie di cause di giustificazione procedurali, riferite ai differenti settori del diritto penale, v. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 305 ss.

[104] Sulla ampia portata del concetto di autodeterminazione, L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali, obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 289; sull'imprescindibile ruolo della autodeterminazione del paziente su cui fondare la non punibilità nelle circostanze che ci occupano in questa sede, v., A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., 79 ss.

[105] Corte cost., ord., n. 207 del 2018, cit., 5.

[106] Per un ulteriore contributo in termini di regolazione tassativa della materia, in un'ottica secondo cui tale disciplina venga inserita nel contesto della l. n. 219 del 2017, v., Corte cost., ord., n. 207 del 2018, cit., 5-6, in cui la Corte fa riferimento ad ulteriori elementi da tenere in considerazione, quali, ad esempio, «le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo processo medicalizzato, l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura»; sui suggerimenti di riforma prospettati dalla Corte, v., C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nella autodeterminazione alla morte*, cit. par. 5; *contra* v., L EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, cit., 1159, che, nell'ambito di una interessante analisi delle prospettive connesse con l'alleanza terapeutica condivisa tra medico e paziente e il modello unidirezionale rappresentato dai testamenti biologici e le DAT, afferma che il secondo confinerebbe «il medico in un ruolo, deontologicamente e professionalmente, improponibile, di carattere soltanto esecutivo, [laddove, piuttosto, una pianificazione terapeutica condivisa sembrerebbe] in grado di garantire che le decisioni terapeutiche, anche in vista di prevedibili sviluppi dello stato patologico siano assunte in un rapporto costante del malato col medico, e con riguardo alla effettività di una patologia già sussistente. Il che [implicherebbe] il recupero e la valorizzazione di un ruolo

del medico non puramente tecnico, bensì anche di ascolto, accompagnamento e lettura, in relazione alle condizioni psicologiche e al contesto di vita del malato».

Tra la moderna concezione di pena e le sue alternative: la "*Restorative Justice*"

PIERA STRABELLO

ABSTRACT

This work analyses the critical profiles of the sanctioning system in force and in particular of the detention sanction. In the past, there has been a real crisis of the sanctioning response that has corroded the fundamental constitutional principles. It happens, more and more often, that the choices of criminal policy, driven by emotional reasons, end up handcuffing to Empiria, thus stripping the penalty of its real functions, with the only goal of appeabating the insecurities and fears of the community Through the infliction of a certain evil.

The interpreters of criminal law are faced with a dilemmatic situation, in which they must find a correct balance between the demands of social defence and the respect of the framework guaranteeing the rights of the offender and the victim.

The situation of crisis is then aggravated by the centrality of the detention penalty even if the statistical data are to the inefficiency.

It is just starting from the complete ineligibility of the prison to contribute to a path of resocialization of the condemned, which will analyse a different paradigm of justice: the "restorative justice", in order to bring the attention of the procedural scene on Person who hides behind the prisoner, in order to re-educate – indeed – the offender and restore the person offended by the crime, increasingly forgotten by the traditional criminal trial.

SOMMARIO: 1. L'odierna situazione della pena: dall'integrazione sociale al "controllo delle paure" – 1.1 La pena in "crisi": un diritto penale onnivoro – 1.2 L'essenza della tragedia: la perenne centralità della pena detentiva – 2. Un diverso ideale di giustizia: l'affermazione di modelli consensuali di risoluzione dei conflitti. – 2.1 Origine e definizione del concetto di "*Restorative Justice*" – *3.* La mediazione tra le tradizionali forme di giustizia riparativa. – 4. Efficacia e i vizi dei processi riparativi. Il "volto" della vittima tra soddisfacimento e rischi di vittimizzazione secondaria. – 5. Una nuova ermeneutica della risocializzazione: possibili rischi di strumentalizzazione. – 6. Il ruolo della comunità nel gestire il conflitto: punto di forza o limite? – 7. Concreta attuazione del processo di mediazione in rapporto ai principi regolativi del processo penale. – 8. Giustizia riparativa e funzione della pena: tradimento o lealtà?

1. Nell'odierna crisi del sistema penale moderno, la funzione della pena non è per nulla scontata e la penalità non si può riassume in una semplice risposta negativa alla criminalità.

Come è noto, la pena costituisce un *quid* profondamente problematico e difficile da comprendere nella sua essenza e il fatto che, al contrario, possa apparire come qualcosa di ben definito è da imputarsi più all'effetto oscurante, e allo stesso tempo rassicurante, prodotto dalle istituzioni,

che alla razionalità lineare delle pratiche penali[1]. Bisogna tenere bene a mente che il punto da cui bisogna partire, se si vuole comprendere la complessità delle funzioni e degli effetti della penalità, è rapportarla costantemente con l'insieme delle pratiche sociali e istituzionali, che operano attraverso essa.

Per questo motivo, a meno che non si voglia restare ancorati ad un celestiale sistema teorico, che soddisfi astratte esigenze, trascendendo le problematiche concrete di una realtà sempre più fluida, il confronto tra pena ed empiria è ormai ineludibile. Difatti, una rilevante parte della dottrina, di fronte alla realtà sempre più poliedrica[2] della pena, è ben consapevole di non poter più riproporre le teorie assolute a causa dei limiti scientifici e strutturali delle medesime. Invero, il problema sociale della criminalità tende ad essere considerato non dal punto di vista di un sistema penale, quale sistema generale di controllo secondo moduli precostituiti e formalizzati, bensì come problema di singoli criminali, o di singoli fenomeni criminali. Muovendo dalle garanzie formali del diritto penale, queste finiscono per essere percepite come un ostacolo alla concreta lotta al crimine e ciò è dovuto soprattutto alle esigenze di sicurezza che il cittadino cerca e all'idea che si lascia trasparire del potenziale criminale, considerandolo diverso, "pericoloso", e per questo dotato di minor diritti. Purtroppo, viviamo notoriamente in un'epoca insidiata da rischi nuovi per genesi e dimensione – tecnologici, ambientali, economici-finanziari –, nonché satura di paure sempre più dense ed angoscianti[3].

Nelle moderne società occidentali, sono proprio le 'paure liquido-moderne'[4] alla base del frantumarsi dei rapporti sociali, le quali non presuppongono una concreta minaccia, per questo sono le più allarmanti. Dopotutto, è pur sempre vero che «la paura più temibile è quella diffusa, sparsa, indistinta, libera, disancorata, fluttuante, priva di un indirizzo o di una causa chiari»[5]. Il paradosso è che oggi, sebbene la società in cui si vive è una delle più sicure che siano mai esistite – se la si confronta con quelle precedenti[6] – ma ci si lascia ossessionare da un maniacale senso di insicurezza e intollerabilità per ogni minima discrasia tra le aspettative che nutriamo e la realtà.

La pena sembra poter rispondere all'insicurezza e alle paure individuali e collettive attraverso la minaccia e l'inflizione di un male certo. Essa in realtà produce a sua volta paura ed insicurezza[7] di quanta ne elimini. È proprio la paura a diventare il baricentro nella logica moderna della sovranità, elemento imprescindibile di ogni strategia politica ed elemento costitutivo del potere: si assiste alla

[1]Sulla dimensione sociale della pena si rimanda a D. GARDLAN, *Pena e società moderna, uno studio di teoria sociale,* Milano, 1999, 41.

[2]La pena è una realtà poliedrica, la pena, su di «essa riusciamo ad affermare solo verità parziali: v'è sempre qualche lato che sfugge...». Così C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio,* Milano, 1955, 29.

[3]V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, Estratto da: Critica del diritto, Rassegna di dottrina giurisprudenza legislazione e vita giudiziaria, Napoli, Gennaio-Dicembre 2009, n.1, 173; inoltre M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in Scritti per Federico Stella, vol. I, Napoli, 2007, 79-162; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi* a esorcizzare, in *Studi sulla questione criminale,* n. 2/2007, 55-87.

[4]L'efficace espressione è di Z. BAUMAN, *Paura liquida*, trad. it. M. CUPELLARO, Bari, 2008, 28.

[5]Z. BAUMAN, *ult. op. cit*., 4.

[6]Per un quadro complessivo si rinvia a A. CERETTI-R. CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia, in Il «pacchetto sicurezza»* 2009, O. Mazza Viganò (a cura di), Torino, 2009, 3, a cui si rinvia anche per le statistiche italiane sulla criminalità e la percezione di sicurezza dei cittadini.

[7]Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 24.

compressione dell'obiettivo della rieducazione per riesumare di un diritto penale della 'pericolosità' in cui aleggia l'idea della neutralizzazione dei criminali c.d. 'incorreggibili'[8].

Non è nuovo scoprire che nelle riflessioni politiche, la paura gioca un ruolo importante; era presente già nelle riflessioni di Hobbes, dove però il timore rappresentava un fattore pedagogico che serviva a promuovere il rispetto dei patti e dei valori. Nelle società contemporanee, invece, si è passati al "governo della paura"[9], in cui sono le stesse forze politiche e i governi a fomentare il timore, enfatizzano le minacce, rendendole reali e facendolo percepire come emergenze, con l'unico fine di controllare l'agire sociale[10]. La politica, infatti, è sempre alla ricerca di consensi, e rispondere prontamente alla criminalità, può essere un buono strumento per legittimare il proprio potere. Farsi portavoce di una lotta inflessibile contro ciò che turba la pubblica serenità, serve sicuramente a «tranquillizzare la paura, ma siamo sicuri che riesce a neutralizzare anche i rischi, pericoli ed eventi lesivi»[11]?

Il preponderante ruolo che assume la paura, diventa un'arma nelle mani della politica, attraverso la strumentalizzazione dei mezzi di comunicazione di massa[12], che a cagione della loro libertà di pensiero si ammanettano alle forze politiche, e le aiutano nel catalizzare il senso di pericolo incombente attorno ad alcuni, ben precisi, stereotipi criminali[13].

Accade allora che le scelte di politica criminale, specialmente in riferimento al sistema repressivo, partono dall'analisi dei problemi sociali, ma si fanno guidare dall'emotività contingente e da un approccio perennemente emergenziale più che da un disegno razionale saldamente ancorato al dato empirico[14].

---

[8]Nello stesso senso Z. BAUMAN, *ult. op. cit*., scrive: «lo spettro di un futuro incerto e del degrado sociale dal quale l'allora Stato sociale giurava di proteggere i suoi cittadini viene gradualmente ma sistematicamente sostituito dalle minacce rappresentate da un pedofilo in libertà, da un serial killer, da un mendicante invadente, da un rapinatore, da un maniaco, da un malintenzionato, da un avvelenatore, da un terrorista o, meglio ancora, da tutte queste minacce riunite nelle figure, virtualmente intercambiabili, della sottoclasse locale e dell'immigrato clandestino, corpo estraneo dalla culla alla tomba e potenziale "nemico interno" per sempre, dal quale lo Stato moderno, nella sua più recente incarnazione, promette di difendere i suoi sudditi con le unghie e con i denti». Contro il riemergere di queste suggestioni, si veda in proposito A. CAVALIERE, *Diritto penale «del nemico» e «di lotta»: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, Bologna, 2007, 265-290, il quale rimarca il contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. «dell'accoglimento settoriale di prospettive di neutralizzazione».

[9]Espressione ripresa in un saggio di J. SIMON, "*Il governo della paura". Guerra alla criminalità e democrazia in America,* trad. it., Milano, 2008. Simon fa riferimento a ruolo decisivo che svolge la paura nella politica: intesa come sentimento che indebolisce il senso di appartenenza delle persone a una specifica comunità, e che tende di conseguenza a fare appello alla legge penale e alla prigione come strumenti di intervento rigorosi ma al tempo stesso semplici - cioè facilmente comprensibili da tutti - per affrontare i problemi di sicurezza e rassicurazione collettiva nel modo politicamente più redditizio. In questa visione semplicistica è chiara la netta distanza rispetto ai saperi tecnici, percepiti come astrusi e obsoleti. Si inseguono invece, regole semplici e rigorose, seguite da punizioni certe.

[10]La questione è lucidamente trattata, da J. SIMON, *Il governo della paura*, 17.

[11]Così con una domanda retorica, si interrogava M. DONINI, in *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558.

[12]Cfr. T. MATHIESEN, *Perché il carcere,* trad. it., Torino, 1996, 48 ss, sottolinea come i *mass media*, «con la loro tendenza a presentare problemi generali drammatizzando casi individuali, amplificano terribilmente i fatti». La trasmissione delle informazioni viene distorta, enfatizzando fatti relativi alla devianza, alla violenza, al sesso. Questi spiega come tramite un'operazione di filtraggio, si metta in ombra ciò che non è drammatico e sensazionale, per poi focalizzarsi e mettere alla luce ciò che si percepisce come drammatico. Tutto il meccanismo comunicativo è reso ancora più forte con l'omologazione fra i *mass media*.

[13]A conferma di ciò, ha destato scalpore una notizia pubblicata sui maggiori quotidiani italiani riguardante una *baby gang* armata che veniva fotografata in un malfamato quartiere del napoletano; la notizia, giorni dopo, si rivelò una clamorosa messa in scena dei giornalisti. Sulla distorta rappresentazione della 'criminalità di strada' nei mass media si veda C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2006, 495.

[14] Cfr. E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1979, 469 ss.

Di conseguenza, quando il sistema penale affronta il problema del controllo della criminalità, lo fa in maniera fortemente mediata da considerazioni indipendenti dal fenomeno, quali convenzioni culturali, valutazioni di carattere economico, dinamiche istituzionali e ragioni di politica generale: il fattore che determinerà il tipo di risposta sanzionatoria del sistema penale, non sarà solo la condotta delinquenziale, ma la scelta sarà influenzata dai diversi modi con cui il sistema della criminalità viene ufficialmente percepito e affrontato politicamente.

Il legislatore poco attento, poco informato e, talvolta, in mala fede, asseconda le *lobbies* o i flussi emotivi della collettività, che in verità altro non sono che la media attuariale delle emozioni private, disinvoltamente scambiata per opinione pubblica[15].

Esaudendo le istanze di criminalizzazione, dimentica di tener conto dell'effettiva meritevolezza della pena e della pena come *extrema ratio.*

In tal modo, la sicurezza che i consociati percepiranno, non sarà più la conseguenza di un ordine sociale teso alla giustizia ma solo una "*finzione sociale"* e con essa il superamento del rischio che è destinato ad essere solo simbolico.

A tal proposito, si prenda ad esempio il "pacchetto giustizia"[16] in materia di reati verso il patrimonio e in particolare furti in abitazione, proposto dal Ministro della Giustizia dell'Interno nel 1999 e divenuto legge nel 2001, il quale altro non fece se non riproporre la disciplina già vigente, lasciando intendere che la causa dell'intensificarsi del fenomeno fosse quest'ultima e non ammettendo, invece, che la causa era dovuta all'aggravarsi della crisi sociale che portava con sé l'aumento della tossicodipendenza, della disoccupazione, dell'emarginazione[17].

Si creano nuovi reati o si aumentano i limiti edittali delle pene preesistenti al solo scopo di dimostrare alla gente di volere combattere sul serio e in modo drastico i diversi mali che affiggono la società. È innegabile la forza politica che contiene la risposta punitiva: non solo è uno strumento apparentemente risolutore ma è anche molto comunicativo perché semplice, facilmente comprensibile.

Si parla a tal punto di "populismo penale" – etichetta escogitata tra altri da Denis Salas[18] – per descrivere la strumentalizzazione politica del diritto penale, usato in chiave di rassicurazione collettiva: nient'altro che una strategia comunicativa che soddisfa i bisogni comunitari; una risorsa per lucrare su facile consenso elettorale, specie quando la fonte di tale rischio viene identificata nel "diverso", nello straniero, si è spinti nel difendere una sorta di "ideologia del guscio" e di una supposta identità culturale che rischierebbe di essere inquinata dai nuovi barbari[19].

---

[15] Sul tema S. MOCCIA, *L'odierna funzione di 'controllo' e di 'orientamento'*, in *Crimin.*, 2013, 410.

[16] Legge n. 128 del 2001.

[17] Vedi sul punto le considerazioni di S. MOCCIA, in *L'odierna funzione di "controllo" e di 'orientamento'*, in *Crimin.,* 2013, 410 e ss: "in materia di furto, con il "pacchetto sicurezza" del 2009 sono state inserite nell'art. 625 c.p. le circostanze aggravanti del fatto commesso "all'interno di mezzi di pubblico trasporto" o nei confronti di chi sia "nell'atto di fruire" o "abbia appena fruito" di servizi di prelievo di danaro: al taglio esasperatamente casistico della novella – non si comprende, infatti, perché, ad esempio, sia meno grave realizzare il furto dopo che la vittima si sia allontanata dalla fermata dell'autobus o dalle telecamere della banca… – si abbina un inasprimento repressivo di evidente inefficacia preventiva. nell'elaborazione di tali 'riforme', si fossero tenuti nel debito conto questi dati di facilissima acquisizione, si sarebbero potute evitare mistificanti forzature normative, funzionali solo ad opzioni politico-criminali poco rispettabili, in ogni caso precostituite rispetto ai 'materiali' da cui vorrebbero essere tratte".

[18]Cfr. D. SALAS, *Il populismo penale*, in *Quest. giust*., n. 2, 2006, 389 ss.

[19] G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziar*io, in *Crimin.,* 2013, 95.

Si può supporre che il diritto penale abbia in quest'ottica intrinsecamente una componente populistica, se si tiene conto che la materia dei delitti e delle pene ha sempre intrattenuto rapporti di strettissima vicinanza con la dimensione comunitaria e con il profilo identitario propri di una determinata popolazione in un determinato momento storico.

Non può non ritornare alla memoria la celebre tesi di Georg Jellinek – risalente ai primi del Novecento – secondo cui il diritto penale rispecchierebbe il «minimo etico» di ogni popolo nello specifico periodo storico considerato[20].

In realtà le ben note forme di criminalizzazione e i ben noti inasprimenti sanzionatori introdotti, emblematicamente, nella legislazione in materia di immigrazione[21] e più in generale di sicurezza collettiva, sono tutti chiari segni che si è lontani dall'aureo ideale di razionalità, di integrazione sociale, a cui aspirava lo stato sociale di diritto.

1.1 La traccia più evidente della crisi della sanzione è data dall'affermarsi, deciso, di un diritto penale globalizzante, a tratti 'onnivoro', che ben distante dalle sue caratteristiche di sussidiarietà e frammentarietà, raccoglie sempre più consensi.

La risposta penalista ponendosi come *ratio* della politica sociale, per male intese esigenze efficientiste, ha come effetto di tralasciare l'analisi, preliminare nel contesto di una seria e razionale politica di controllo sociale, sulla capacità di reale efficacia che presenta l'attivazione dello strumentario penale[22].

Il problema nasce con la 'postmodernità' che richiede forme di controllo penale più "flessibili", più "dinamiche", così i principi basilari del diritto penale costituzionale vengono ulteriormente disattesi. Il sacrificio di tali principi è l'emblema più evidente della perdita di valore di quelle idee-guida alla base del diritto penale di derivazione illuministica.

La fuga nel sistema penale se da un lato risponde a logiche, miopi, di immediatezza[23], dall'altro porta a adottare canoni sempre più "deboli" per comprendere la realtà e così facendo si arriva a costruire un diritto penale con mire olistiche che però risulta inidoneo a proteggere davvero i beni giuridici.

Questa tendenza panpenalistica, invero, finisce inesorabilmente per allargare le maglie del sistema repressivo creando evidenti frizioni con i principi fondamentali.

È innegabile che le difficoltà di applicazione della pena siano dovute anche a obiettive difficoltà tecniche dei testi legislativi, redatti in modo ambiguo e poco rispetto della *ratio legis*. Troviamo, infatti, leggi particolarmente generiche o casistiche, implausibile violazione del procedimento di determinatezza e tassatività, che risultano norme "oscure, perché pletoriche, farraginose, contraddittorie"[24] che mal si conciliano con il più basilare principio di legalità[25].

La chiarezza nella formulazione del testo legislativo è utile non solo per permettere di individuare puntualmente la descrizione del comportamento illegale, ma anche per circoscrivere

[20] G. J , *Die sozialethisce Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908.
[21] Si pensi all'aggravante di clandestinità, introdotto con il primo pacchetto sicurezza del 2008 e poi dichiarato incostituzionale dalla Corte cost. con le sentenze n. 249 e 250 del 2010.
[22] Così S. MOCCIA, *L'odierna funzione di 'controllo' e di 'orientamento'*, in *Crimin.*, 2013, 414.
[23] In proposito S. MOCCIA, *L'odierna funzione di 'controllo' e di 'orientamento'*, cit., 416.
[24] Sul tema S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 2000, cit., 5.
[25] Cfr. S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, cit., 6.

chiaramente il bene giuridico così che lo strumento penale possa essere facilmente comprensibile e ottenere maggiori risultati nel momento successivo della rieducazione. Questo grado di indeterminatezza delle norme, oltre a generare "l'ipertrofia penalistica"[26], viola anche il principio di determinatezza e tassatività demolendo i tratti essenziale a cui la pena non dovrebbe rinunciare: certezza ed effettività.

La crisi che vive la pena, e il sistema penale in generale, non deriva solo dal linguaggio vago e sfumato con cui le norme si esprimono, ma il punto di maggiore debolezza è dato dal far riferimento ad un codice ormai, per molti versi, obsoleto sul piano ideologico e inadeguato al mutamento sociale, economico, culturale, tecnologico dello Stato di Diritto.

Alle carenze si è cercato di sopperire, in questi anni, attraverso numerose modifiche, le quali però hanno avuto, il più delle volte, il solo effetto di creare opache stratificazioni problematiche dal punto di vista della disciplina sulle successive leggi.

I problemi sono aumentati quando poi si è ricorso ad una legislazione *extra moenia codicis* – di privilegio per i "reati da gentiluomini"[27] – che sicuramente arricchisce il peso del sistema ma lo impoverisce da punto di vista dell'efficacia. Approfittando della pessima qualità dei prodotti legislativi e della lacunosità della legislazione, ventre molle del sistema, la giurisdizione penale ha assunto un ruolo di «supplenza»[28].

Questo fenomeno si è riverberato anche sulla prassi giurisprudenziale. Di fronte a discipline oscure, i giudici hanno cominciato a cedere alla tentazione di proporre esegesi sempre più originali che, talvolta, esorbitano il significato delle norme, al fine di attenuare il rigore sanzionatorio.

Così facendo il potere giudiziario però, ha "tradito" i principi costituzionali a cui doveva attenersi, e ha ampliato propria la discrezionalità, andando "anche oltre i limiti fissati dal principio di legalità"[29].

Va inoltre considerato che la materia penale non dovrebbe essere disciplinata da una legislazione casuale, occasionale, emergenziale ma necessita di costruire le sue fondamenta su regole forti e stabili.

Di fronte ad un tale stato di cose è compito della dottrina penalistica definire in maniera autocritica i limiti e le possibilità di un corretto intervento penale per ricondurre il sistema al rispetto

[26]Ipertrofia mediante la quale lo stato rivelerebbe la propria inefficienza, al riguardo si vedano le considerazioni svolte lucidamente da L. EUSEBI, *La pena 'in crisi'*, 64.

[27]Sul tema sono da prendere in considerazioni le riflessioni di S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Crimin.,* 2012, 300: «una serie di novelle – a partire da quella del 1974 – che, per sopperire alla mancata riforma, sono andate sempre più ampliando gli spazi di discrezionalità giudiziale, anche attraverso l'ampliamento delle fattispecie e la proliferazione incontrollata di circostanze, non insolvente indefinite: dall'"ingente quantità" (art. 80, comma 2, t.u.) alla "lieve entità" (art. 73, comma 5, t.u.) della disciplina degli stupefacenti, ai casi di violenza sessuale di "minore gravità" (art. 609-bis, comma 3, c.p.), ove l'indeterminatezza della circostanza è conseguenza di quella della fattispecie, imperniata sul concetto di "atti sessuali"».

[28]S. MOCCIA, *Sulle precondizioni*, cit., 300.

[29]Nel saggio di G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Crimin.,* 2013, 105 usa l'espressione "populismo giudiziario", inteso come «un fenomeno che ricorre tutte le volte in cui il magistrato pretende di assumere il ruolo di autentico rappresentante o interprete dei veri interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (o della cosiddetta gente), e ciò in una logica di concorrenza- supplenza, e in alcuni casi di aperto conflitto con il potere politico ufficiale'». Questa sorta di 'magistrato-tribuno', che pretende di entrare in rapporto diretto con i cittadini, «finisce col far derivare la principale fonte di legittimazione del proprio operato, piuttosto che dal vincolo alle leggi scritte così come prodotte dalla politica, dal consenso e dall'appoggio popolare».

dei suoi principi costituzionale, operando una critica oculata nei confronti delle applicazioni legislative e giurisprudenziali troppo creative e poco chiare ed efficienti.

I termini della discussione, purtroppo, non sono solo limiti al comprendere come ricondurre gli orientamenti penalistici in un ambito razionale, ma il cuore del problema si ritrova soprattutto nelle modalità e nei contenuti della pena, per come quest'ultima si trova a vivere, oggi, in contrasto con le sue stesse finalità: se da un lato aspira a migliorare il condannato dall'altro teme di avere distorsioni negative sulla vita del reo, con il concreto rischio che vengano lesi i più elementari diritti della persona.

Insomma, accanto alla difficile di una soluzione al fondamentale problema di politica criminale, «che è di sapere quando si debba punire e quando no»[30], riemerge, con particolare urgenza, il problema del "come punire"[31].

Lo stato di perenne "crisi" che vive la pena scaturisce dalle scelte in materia sanzionatoria che non sempre sono il prodotto di scelte razionali.

Contrariamente la sanzione penale con la sua inevitabile componente afflittiva non deve far seguire al "*malum actionis* un mero *malum passionis"*[32], ma nel replicare un male dovrebbe reagire realizzando un bene caratterizzato dalla comprensione umana dell'agire e della realtà del reato e del reo: «reintegrare socialmente l'autore del reato e conservare la pace sociale»[33].

Gli strumenti punitivi devono rappresentare un'evoluzione del sistema penale per riuscire a misurare il livello di sviluppo di una civiltà, non assecondare, come già ampiamente trattato precedentemente, insicurezza e timori.

Com'è stato lucidamente affermato, «la filosofia della pena non può essere che una continua tensione tra essere e dover essere, un continuo sforzo di conciliazione tra dolorosa necessità di punire e la preoccupazione di tutelare, nel punire, il valore dell'umanità»[34].

Le modalità della pena vanno di pari passo con lo sviluppo culturale[35] di un popolo, tanto che è possibile proiettare nelle scelte delle risposte sanzionatorie, quelle che sono le qualità delle relazioni sociali e noi stessi, in base ai modelli culturali che utilizziamo per giudicare ciò che è intollerabile, siamo in grado di riconoscere quando una sanzione sia eccessiva o disumana.

In tal senso il principio di civiltà è incluso nel principio di rieducazione del condannato fissato dall'art. 27, comma 3, Cost. «che serve non solo a contrastare gli effetti desocializzanti, la disumanità e il degrado del carcere, indica all'interprete la strada aperta verso la razionalizzazione dell'intero sistema sanzionatorio. Non si tratta semplicemente di un limite posto a tutela della dignità del detenuto e di un argine rispetto al perseguimento di finalità di neutralizzazione»[36].

---

[30]Sul punto G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, 1927, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, 280.
[31]In proposito M. DOVA*, op. cit*., 14.
[32]Cfr. L. TUMMINELLO, *Il "volto" del reo, l'individuazione della pena tra legalità ed equità,* Milano, 2010, 26; l'espressione "*Malum passionis quod infligitur ob malum actionis*" risale a GROZIO U., *De iure belli ac pacis* II, XX, 11.
[33]Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo* 19 giugno 2009, Sulejmanovic *c*. Italie, in *Cass. pen*., 2009, 4938 e ss.
[34]In proposito M. A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale,* Torino, 1990, cit., 18.
[35]In proposito si veda D. GARLAND, *Pena e società moderna*, 1990, 196 e ss.
[36]Cfr. sul tema M. DOVE , *op. cit*., 60.

La finalità rieducativa rovescia la medaglia della punizione, che da mera reazione repressiva, diviene risposta positiva, orientata alla reintegrazione dell'offesa e alla responsabilizzazione del condannato.

Quanto detto fin ora, ci fa comprendere che se è vero che la giustizia penale rappresenta la punta dell'*iceberg* attraverso la quale affiorano e si evidenziano in forma spesso drammatica momenti patologici della vita sociale e istituzionale che dovrebbero trovare adeguata soluzione attraverso altri canali, allo stesso tempo la situazione di crisi fa ravvisare proprio nello strumento penali il principale canale di ripristino dell'omogeneità sociale e dell'eliminazione della conflittualità[37].

Tuttavia, appare opportuno gettare uno sguardo sul lato più oscuro del sistema penale: l'automatica assimilazione della pena con il carcere, in un'eterna centralità della pena detentiva e della sua drammatica realtà.

1.3 Quando si ragiona di irrogazione di sanzione non può prescindersi dal dettato Costituzione e in particolare dalla *lettera legis* dell'art. 13, «la libertà personale è inviolabile».

L'esperienza della pena in generale e della detenzione in particolare rappresenta una violazione legale della libertà personale e di conseguenza per essere legittima, deve necessariamente convivere con queste cinque parole. Per la stessa ragione, il detenuto, «pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». – così ha scritto la Corte costituzionale[38].

Il carcere non può essere perciò un ostacolo imposto dal potere pubblico che impedisce il pieno sviluppo della persona umana detenuta e non può, in nessun caso, più essere luogo di segregazione sociale e di annullamento della personalità. Invero, le promesse del costituente prima e le parole della Corte dopo sono inequivocabili. A settant'anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale, possiamo decisamente affermare che, purtroppo, quelle promesse e quelle parole sono state in larga parte tradite. Se la pena detentiva, in virtù del principio di *extrema-ratio*, dovrebbe essere prevista solo per i reati gravi rispetto ai quali altre forme di sanzioni penali non potrebbero garantire né un effetto adeguato di prevenzione generale né una sufficiente protezione del sistema della coesistenza durante l'esecuzione della pena, oggi, invece, sembra quasi impossibile spezzare la relazione biunivoca che lega reato e pena detentiva, a tal punto che si assiste all'esaltazione dell'istituzione carceraria, risultando quest'ultimo primo mezzo per la risposta sanzionatoria. Considerati però i dati empirici relativi alla conclamata inefficienza del sistema penale carcero-centrico, resta all'interprete un dubbio: perché si ricorre alla pena detentiva? Paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta.

Le ragioni possono essere tra le più diverse ma inutile è negare che ancora oggi, nella coscienza umana, è radicata l'equazione carcere uguale giustizia, a cui si aggiunge l'idea che più dura è la pena, maggiormente si realizzano le istanze di giustizia. Sopravvive nella pena, una componente premoderna, che intende la pena come espiazione e ignora prospettive di solidarietà. Allora, c'è da chiedersi, retoricamente, se oltre tutti i detenuti non ci sia anche la Costituzione, ad essere finita in

[37]F. BRICOLA , *Scritti di diritto penale,* in *Diritto premiale e sistemale penale*, vol. I, tomo II, Milano,1997, 1461.
[38]Corte cost., sent., n. 349 del 1993.

carcere. Il carcere è un'istituzione totale[39], che determina gravi danni ai detenuti, cagionando processi di degradazione, mortificazione e spoliazione del sé ma nonostante ciò, risultare essere un fenomeno in espansione e il ricorso alla pena detentiva non sembra arrestarsi. A porre la giustizia in una situazione di contrarietà alla Costituzione già basterebbe il dato secondo cui, la percentuale dei detenuti in attesa di giudizio è più del 30%[40], cifra allarmante se si considera che la carcerazione preventiva, dovrebbe essere un'eccezione ben circoscritta, proprio per non violare il su menzionato principio dell'inviolabilità della libertà personale. In aggiunta, la detenzione di persone in attesa di giudizio, mortifica un altro principio costituzionale di altissimo valore civile: la presunzione di non colpevolezza[41].

Oltre al massiccio ricorso alla carcerazione preventiva, a volte sconsiderato, un fatto che sicuramente ha inciso in modo decisivo, è rappresentato dalla "crisi economica" e dal conseguente aumento del tasso di disoccupazione. Nell'attuale società si è assistito ad un passaggio tendenziale da politiche di *welfare state* a politiche di "legge e ordine", progetti di sicurezza, di "tolleranza-zero" e controllo[42]. Tali nuove esigenze hanno portato ad una reinvenzione dell'istituto carcerario. In un tale contesto politico – economico il carcere trova un consenso privilegiato, con un aumento dei carcerati di bassa estrazione sociale. Esso svolge una nuova funzione: il carcere costituisce «un mezzo "civilizzato" e "costituzionale" per segregare la popolazione problematica creata dai meccanismi sociali ed economici attuali»[43].

La politica della "tolleranza zero" non è solo una politica simbolica, legata a 'gonfiate' esigenze di sicurezza del pubblico, come si è accennato nei paragrafi precedenti, ma crea degli effetti importanti in termini delle cosiddette "politiche di etichettamento" il carcere, attualmente, è il luogo d'oblio di vite di scarto[44], di soggetti ai margini della società. La repressione finisce, infatti, per orientarsi verso le fasce di marginalità via via emergenti: tossicodipendenti e immigrati, preferibilmente di colore, o altri soggetti "deboli" che si trovano fuori dal sistema socioeconomico e dal mercato del lavorativo.

Secondo i dati del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria[45], il numero di stranieri detenuti è di circa 19.903 su 58.115, ovvero circa il 35 % del totale; i tossicodipendenti in carcere, secondo i dati presentati nella relazione annuale al Parlamento del 2017 dal Dipartimento politiche antidroga della Presidenza del Consiglio, sono più di un quarto sul totale della popolazione carceraria.

---

[39]Il concetto di istituzione totale risale come noto a E. GOFFMAN, *Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, trad. it., Torino, 2001, 32-42. Per istituzione totale l'Autore intende tutte quelle istituzioni con carattere inglobante o totale in cui viene impedito, appunto, lo scambio con la società e l'uscita nel mondo esterno. Nelle istituzioni totale, coinvolgendo esse tutti gli aspetti della vita che si svolgono nello stesso luogo e sotto la stessa autorità, vi è una standardizzazione o omologazione dei comportamenti del gruppo di persone che vivono insieme.

[40]Percentuale che sembra essersi ridotta, da quote molto vicine al 50 per cento rispetto al totale dei presenti negli istituti di prevenzione e pena fino a quella più recente, intorno al 30 per cento.

[41]In proposito S. MOCCIA, *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio,* cit., 2.

[42]Sul tema D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it. A. CERETTI, Milano, 2004, cit., 321.

[43]Così D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, cit., 321.

[44]L'espressione risale a Z. BAUMAN, *Vite di scarto*, trad. it., Roma-Bari, 2005, *passim*, ad es. 80. Secondo l'Autore i «rifiuti umani» della globalizzazione, le vite di scarto, vengono criminalizzati e sono bersagli «privilegiati» della «grande guerra per la legge e l'ordine».

[45]Dati aggiornati al 30 Novembre 2017 e reperibili sul sito internet *www.giustizia.it*.

Non si tratta, comunque, di una novità: il carcere ha sempre avuto una vocazione "disciplinare"[46], ha sempre rappresentato un potere diretto al controllo di settori problematici della società. In tal proposito alcuni studiosi[47], individuano tra le funzioni del carcere, quella "depurativa": lo scopo reale del carcere sarebbe proprio quella di liberare il sistema economico dai soggetti considerati improduttivi, inefficienti e contemporaneamente oltre a isolarli, ridurli anche all'impotenza, all'oblio e al silenzio. Un'altra funzione del carcere sembrerebbe essere la 'funzione diversiva', ossia il carcere servirebbe a distogliere l'opinione da quei reati molto pericolosi commessi dai soggetti, individui o gruppi di interesse, che all'interno della società dispongono di grande potere – si pensi ai reati contro l'ambiente, a quelli economici o all'impiego di forza lavoro in modalità nocive per la salute dei lavoratori – e indirizzarla verso i reati c.d. "di strada".

«Non è difficile affermare, pertanto, che il carcere dovrebbe essere epurato dalla c.d. cultura del controllo, intesa come mera neutralizzazione, nonché della ideologia della disciplina e della sicurezza, celata dietro l'ipocrita, poiché solo proclamata e non effettivamente attuata, cultura del trattamento»[48]. In uno stato sociale di diritto, accanto all'idea del minor numero possibile di norme penali, si deve favorire quella il minor numero possibile di persone penalmente perseguite che debba essere carcerizzato. Attualmente, invece, il numero dei detenuti in Italia, è sempre troppo alto, nonostante i livelli siano diminuiti rispetto agli anni precedenti.

È evidente che nonostante gli interventi di riforma che hanno investito il carcere – ci si riferisca alla legge di ordinamento penitenziario del 1975, alla legge Gozzini del 1986, al regolamento penitenziario del 2000, alle Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulle regole penitenziarie nel 2006 – e lo stesso processo penale – il nuovo codice di rito del 1988 –, la fotografia dell'attuale situazione penitenziaria certifica in modo impietoso che stiamo assistendo a ben quattro tradimenti[49] della Costituente: non solo ad essere costantemente disatteso è stato, come appena analizzato, il principio di *extrema ratio* e il più basilare principio di uguaglianza, in relazione alla composizione della popolazione carceraria, ma la nostra Repubblica non ha saputo mantenere neppure la promessa di finalizzare la pena alla rieducazione e la promessa di non trasformare – come era accaduto durante il regime fascista – la pena in un trattamento inumano, lesivo della dignità stessa del detenuto.

Il problema è stato che nel discutere su come «difendere Abele e recuperare Caino» ci si sia dimenticati che «anche per Caino, quando espia la pena, valgono il principio della pari dignità sociale sancito dalla nostra Carta Fondamentale ed il principio personalistico»[50]. Basta rivolgere uno sguardo alla quotidianità del penitenziario, per confermare quanto detto, per dimostrare con drammatica evidenza quanta distanza vi sia fra quei princìpi e la realtà della pena detentiva: un fallimento della legalità e del rispetto della dignità umana.

2. La necessità sempre più avvertita di fronteggiare la crisi di legittimazione del sistema penale ha portato il progressivo affermarsi, anche nel nostro ordinamento, di forme alternative di giustizia

[46]Cfr. sull'argomento M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. A. TARCHETTI, Torino, 2010, cit., 256.
[47]Si veda T. MATHIESEN, *Perché il carcere?,* 180.
[48]In proposito L. TUMMINELLO, *Il volto*, cit., 243; si veda inoltre sui processi di stigmatizzazione, per tutti E. GOFFMAN, *Stigma, l'identità negata*, trad.it, Ombre corte, Milano, 1983, 153 e ss.
[49]Sul punto P. FARAGUNA-M. GIALUZ, *Il carcere e la promessa tradita della Costituente*, in *il Mulino*, n. 6, 2012, 993 e ss.
[50]Al riguardo G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc*., n.1, 2012, 188.

mutuati dall'esperienza di paesi esteri, come la giustizia riparativa e in particolare, la mediazione penale. Oggigiorno, il sistema giuridico-penale è chiamato a rispondere ad una sempre maggior domanda di "giustizia" che finisce per rendere la sanzione inefficace ed intempestiva, "polverizzando" difatti la tutela. Invero, la crisi del sistema è aggravata dall'attribuzione al potere giudiziario di nuovi ruoli, con gravi rischi di tenuta delle garanzie dell'intero sistema: il momento produttivo del diritto, per rispondere alle nuove esigenze di tutela, si sposta, difatti, dal momento legislativo a quello della pronuncia sul conflitto.

Al contempo, molti comportamenti e condotte capaci di suscitare allarme sociale non sono adeguatamente filtrati dagli strumenti del controllo primario e provocano un'ulteriore esigenza di inasprimento dell'intervento penale che contribuisce ad aggravare la situazione. In aggiunta, i disordini su cui il sistema sembra reggersi, come 'in una spirale perversa' hanno contribuito all'ulteriore caduta in termini di credibilità ed efficacia del controllo penale[51]; ciò ha aumentato non solo il senso di insicurezza collettiva ma anche il senso di impotenza della vittima, la quale grazie anche all'emergere della vittimologia come autonomo campo di conoscenza[52], non può più avere un ruolo solo marginale nell'analisi della vicenda penale[53]. Date tali premesse, è comprensibile che l'affermazione di modelli alternativi di giustizia sia vista da alcuni come una via d'uscita che può rispondere ad esigenze garantistiche ma anche a ragioni pratiche e politiche. Il paradigma della giustizia riparativa sembra costituire un'alternativa valida alla monocultura carceraria non solo nei suoi contenuti operativi, ma anche specialmente, nella sua ideologia di reazione al crimine: la "*Restorative Justice*" non è fondata sul cosiddetto "raddoppio del male" bensì sull'idea di una ricomposizione in qualche modo 'personalistica' di quel conflitto tra «vittima, reo e comunità per cercare una soluzione che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo»[54]. Mentre il percorso compiuto dalla giustizia tradizionale ha, sino ad ora, separato reo e vittima, e ha reiterato sul reo il male prodotto dal reato, nella giustizia riparativa, invece, il primo passo è incontrarsi per favorire il dialogo e iniziare a camminare per dar corpo a positività partendo dagli effetti distruttivi del reato[55].

Il «riparare» tende a favorisce le assunzioni delle responsabilità personali e collettive al fine di reinserire sia il colpevole, sia la vittima – perché anche la vittima ha bisogno di essere reinserita – nell'ambito del tessuto sociale[56]. La "*Reparative Justice*" così intesa, vuole rinunciare ad essere un modello filosofico astratto e superare il limite insito nella pena tradizionale: il paradigma riparativo si propone di uscire dall'astratta universalità della norma penale per provare a risolvere specificamente caso per caso nella loro concreta realtà. Bisogna però, tenersi lontani di qualsiasi idealismo che l'utilizzo di modelli alternativi potrebbe suscitare. L'introduzione di tecniche

[51]Sul punto, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.
[52]In argomento, C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1987, 9, considera: «L'interesse per la vittima, fino ad oggi scarsamente considerata dal diritto penale, ha conosciuto nel dibattito degli ultimi anni una rinascita senza confronto. Le ragioni sono molteplici: la forza esemplare del movimento che in America si batte a favore del risarcimento, la delusione per gli scarsi risultati ottenuti in sede di trattamento risocializzante degli agenti di reato e soprattutto l'ascesa della vittimologia a ramo scientifico autonomo. A ciò si aggiunge la crescente consapevolezza dell'ingiustizia sociale di un sistema punitivo che trascuri del tutto gli interessi della vittima».
[53]C. ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen*., 1989, 5 e ss.
[54]Z. HOWARD, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justic*, Scottsdale, 1990, cit., 181.
[55]G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Ricostruire legami, ricostruire persone*, 22.
[56]Per approfondire l'orizzonte di queste riflessioni è utile consultare J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione,* Milano, 2003.

consensuali per regolamentare i conflitti può certamente, costituire una risposta efficace sul piano pratico, ma necessita di un intervento legislativo in materia, che ne istituzionalizzi l'applicazione. Partendo dal presupposto della diversità di obiettivi, metodologie e tecniche che intercorre tra il sistema tradizionale di giustizia penale e quello di giustizia riparativa, si pone il problema di stabilire se il recepimento di tali strumenti e tecniche rischi di introdurre elementi di 'incoerenza' nelle strutture formali del sistema di giustizia penale[57]. Dalla prima esperienza di mediazione[58] si sono riscontrati notevoli problemi dovuti all'incontro tra pratiche informali e la rigida struttura del diritto. Si tratta quindi, di comprendere se la giustizia riparativa operi con mezzi e strumenti che siano compatibili e coerenti con i principi costituzionali in tema di funzione della pena e di garanzie individuali di diritto penale, sostanziale e processuale[59].

A questo punto, si vuole presentare la giustizia riparativa con un percorso a ritroso: dalle sue radici storiche e socio-criminologiche, analizzeremo le virtù e i vizi dei processi riparativi, per giungere a comprendere se la giustizia riparativa possa essere intesa come vettore di integrazione sociale ed essere un'alternativa efficiente in termini di risocializzazione del reo.

2.1 Quando si guarda con tanta speranza il futuro non può prescindersi da uno studio approfondito del passato; è per questo che per valorizzare il modello di giustizia riparativa ed aumentare la credibilità bisogna partire dalle "radici antiche"[60].

Invero tratta di un modello non del tutto originale[61], che a tratti presenta aspetti molto affini a modelli penali premoderni.

Si è parlato della *Restorative Justice* come un fenomeno giusfilosofico, presente a livello internazionale, che sotto il profilo cronologico «precede» e «segue» la giustizia penale modernamente intesa[62]. Infatti, manifestazioni riconducibili al concetto di *Restorative Justice* si rivengono già nell'antica civiltà semitica dove sorgeva il problema di definire il rapporto tra la giustizia e le diverse forme nelle quali essa veniva esercitata e, in modo particolare, c'erano alcuni istituti giuridici-ebraici[63] che si preoccupavano di dare responsabilità a colui che aveva commesso il reato per poterlo reinserire in modo pieno della società.

---

[57]S. D'AMATO, *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale,* in *Arch. pen.,* 2018, n.1, 7.

[58]Ci si riferisce al c.d. "esperimento di *Kitchener*", nell'Ontario all'inizio degli anni '70, dove alcuni educatori proposero al giudice che aveva condannato due ragazzini, responsabili di aver danneggiato – sotto l'effetto di sostanza alcoliche – diverse abitazioni del paese, un programma di *probation* diverso dal solito.

[59]Per i quali v. S. MOCCIA, *La mediazione come alternativa alla sanzione penale, in Mediazioni, conflitti e società complesse. Atti del Convegno Internazionale*, a cura di Ferrara, Pucciarelli e Troisi, Avellino, 2006, 41 e ss.

[60]Sul punto S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, 2006, 140, ad esempio fa riferimento ad il Codice di UrNammu, presso i Sumeri, che utilizzava forme di riparazione specialmente nei casi gravi, come i crimini violenti contro le persone, mentre U. GATTI , M. I. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995, 87, scrivono del Codice di Hammurabi (1700 A.C.), che prevedeva delle forme di restituzione per alcuni reati contro la proprietà.

[61]A tal proposito è d'uopo riportare una citazione di G. COSI, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione,* Milano, cit., 22 s.: «In fondo, dopo due secoli di formalizzazione e statalizzazione, ogni istanza di nuovo "informalismo" non può che conservare che i segni originari dei sistemi giuridici dalla cui crisi discende e quasi seguendo le oscillazioni di un pendolo, l'informalismo cerca di formalizzarsi, mentre i sistemi di giustizia ufficiali tendono a produrre periodicamente pratiche informali»

[62]Cfr. in proposito G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa, Ricostruire legami, ricostruire persone,* Bologna, 2015, 23.

[63]Sul tema G.A. LODIGIANI , *La prospettiva del rendere giustizia nel canone scritturistico ebraico-cristiano,* in *Themis - Rivista giuridica*, n. 3, 2011, 41 e ss.

In altre antiche culture come quella greca e non da ultimo in quella cristiana[64] si ritrovano diverse modalità di soluzione informale dei conflitti di tipo conciliativo.

Nel periodo medievale è l'esperienza germanica a offrire una "giustizia penale negoziata"[65] che attraverso accordi tra vittima e reo risolveva i conflitti e di ristabiliva gli equilibri violati. Non priva di aspetti vendicativi e catartici, la giustizia penale negoziale con i suoi strumenti – accordi, transazioni, mediazioni, fideiussioni, reintegrazioni – era finalizzata a proteggere la comunità e arginare l'ingerenza dei pubblici poteri.

Con il finire del Medioevo, la "*Restorative Justice*" ha subito un brusco arresto poiché, con l'affermarsi dell'assolutismo regio, muta il concetto di crimine, non più inteso come lesione di un individuo nei confronti di un altro bensì come offesa alla lesa maestà del sovrano che ha il potere di reprimere qualsiasi oltraggio rivolto al potere politico e divino[66].

Anche l'affermarsi dello Stato moderno segna il definitivo declino di soluzioni conciliative concrete per accentrare il potere nelle mani pubbliche e con l'arrivo della codificazione, dopo la Rivoluzione francese, viene definitivamente bandita ogni pratica negoziale di risoluzione della controversia[67], in un'ottica di realizzazione di finalità astrattamente egualitarie.

Solo con l'espandersi della globalizzazione e di uno spiccato pluralismo valoriale[68] ritorna l'esigenza di preservare gli equilibri di comunità diverse ma sempre più interdipendenti tra loro; per questo a partire dagli anni '50 del secolo scorso si è rimesso in moto il processo di affermazione e diffusione dei modelli di *Restorative Justice*.

Un apporto significativo è stato offerto anche dall'antropologia giuridica nei primi anni '70, dove i primi studi basati sulle piccole comunità africane o centroamericane, supposero un ritorno paradigmi alternativi alla risposta penale tradizionale, o comunque a forme privatistiche di composizione del conflitto "in una recuperata filosofia di riappropriazione di valori comunitari e di politiche di prossimità"[69].

Il tema ha guadagnato poi un rilievo sempre maggiore nell'ambito del dibattito internazionale fino ad essere riconosciuto anche normativamente: l'attenzione delle organizzazioni sovranazionali vi si è rivolta, a partire dagli anni Ottanta soprattutto, in coincidenza con un'evoluzione del procedimento penale sempre più "vittimo-centrico"[70].

---

[64]Per quanto riguarda l'esperienza biblica segnaliamo P. BOVATI, *Vie della giustizia secondo la Bibbia. Sistema giudiziario e procedure per la riconciliazione*, Bologna, 2014.

[65]M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia in Europa*, I, 2009, 4.

[66]S. MOCCIA , *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988, *passim*.

[67]Cfr., C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1987, n. 1, 6.

[68]Si rimanda alle considerazioni svolte sul tema a Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000. In quest'opera Bauman analizza le conseguenze delle politiche neoliberiste, che a partire dagli anni Ottanta, hanno alimentato lo sgretolamento delle relazioni sociali, facendo prevalere la libertà individuale a scapito di quella collettiva.

[69]Per approfondimenti sul tema si veda G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 30 e ss. Negli studi condotti si evidenzia come in molte società africane si sono sperimentate modalità di risoluzione dei conflitti "informali, quasi-legali", che coinvolgono la comunità e si concludono con atti anche simbolici che testimoniano l'avvenuta pacificazione. Come è emerso in questi studi, le procedure non giurisdizionali di composizione della controversia sono più facili da gestire e applicare nelle società semplici, caratterizzate da un livello di coesione interna maggiore. Nelle società complesse, questi modelli possono coesistere con le procedure tipiche dell'ordine imposto dalla giustizia statale, purché tuttavia si rispetti una cornice di diritti e di garanzie irrinunciabili, in proposito si vedano le riflessioni svolte in G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi,* Torino, 2017, 91.

[70]G. MANNOZZI , *ult. op. cit.*, 23 e ss.

La ricerca di strumenti non giudiziari per risolvere i conflitti penalmente rilevanti è stata oggetto anche di un preciso riconoscimento dell'ONU, nonché del Consiglio d'Europa.

Un esempio esplicito si trova all'art. 11 delle Regole Minime per l'Amministrazione della Giustizia Minorile adottate dall'Assemblea Generale dell'ONU a Pechino nel 1985, che auspica il ricorso alla *diversion* processuale in ogni stato e grado del procedimento per il minore ammissibile, al fine di ridurre gli esiti negative della pena detentiva.

Anche in ambito europeo[71], si fa espresso riferimento a procedure conciliative, pratiche di mediazione e al diritto della vittima alla riparazione.

Dopo aver tratteggiato sommariamente il panorama storico della *Restorative Justice*, è essenziale nell'economia dell'elaborato, occuparsi preliminarmente della questione definitoria relativa al *nomen* del sistema sanzionatorio.

Invero, rinvenire una definizione univoca del concetto di *Restorative Justice* è tutt'altro che agevole sia per il carattere informale della medesima sia per le diverse tecniche adottate nei molteplici ordinamenti che la adoperano; le ambiguità sono dovute anche alle difficoltà che si incontrano dovendo trasportare il concetto di "*Restorative Justice*" in ordinamenti diversi da quelli di *Common Law*, in cui è nata, i quali data la loro struttura frammentaria e deregolamentata, rappresentano un terreno più fertile per lo sviluppo di una giustizia flessibile.

Le difficoltà etimologiche non diminuiscono nella prospettiva etimologica; nemmeno per quanto riguarda la traduzione italiana del termine in effetti c'è concordanza tra gli interpreti dal punto di vista lessicale.

Il primo filosofo italiano che ha adottato il termine «Giustizia riparatrice» è stato Giorgio del Vecchio, nell'opera «La Giustizia» del 1923. Il filosofo si riferiva ad una risoluzione consensuale del conflitto, ma quando il termine è stato poi tradotto in inglese, l'espressione adoperata è stata "*Reparative Justice*", che evocava una riparazione meramente economica differente da come il filosofo l'aveva intesa.

Nonostante la dottrina anglosassone sia stata ampiamente influenzata nella ricostruzione dell'ideale di "*Restorative Justice*" dalle idee di del Vecchio, oggi alla traduzione "Giustizia riparatrice" si è imposto in modo prevalente l'utilizzo dell'espressione "Giustizia riparativa".

Secondo alcuni autori[72] in ambito strettamente penalistico, l'espressione "*Restorative Justice*" risale al 1958 quando Albert Eglash utilizzò queste parole per distinguere una forma di giustizia – basata sulle *creative restitution* – dalla "*Retributive Justice*" e dalla "*Distributive justice*" – basata l'una sulla pena afflittiva e l'altra sul trattamento terapeutico.

Le molte traduzioni del termine hanno alimentato il dibattito intorno al significato di "giustizia riparativa" che resta ancora poco chiaro e caratterizzato da forti contrapposizioni.

[71]Una pietra miliare in materia è la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI del 15 marzo 200), antecedente alla Direttiva 2012/29/UE con cui gli Stati membri, oltre a definire il concetto e i diritti della vittima, convengono che la mediazione nelle cause penali è la ricerca, «prima o durante il procedimento penale, di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato con la mediazione di una persona competente».

[72]Tra tutti si veda P. BLUME LEONARD, *An Introduction to Restorative Justice*, in E. BECK , N.P. KROPF, P. BLUME LEONARD (ed. by), *Social Work and Restorative Justice,* Oxford, 2011, 31 e ss.

Le prospettive intorno al tema sono assai divergenti, per questo i sostenitori della giustizia riparativa si propongono di individuare nel modo più preciso possibile i contorni della definizione, per evitare possibili contaminazioni con pratiche ad essa estranee[73].

In dottrina si possono rinvenire differenti definizioni a seconda di quale sia la prospettiva di analisi prescelta.

Anzitutto, si ritrovano definizioni distinte in base ai destinatari come quelle orientate sulla vittima del reato che definiscono la "*Restorative Justice*" come giustizia che cerca di sanare il male arrecato dal reo alla vittima e/o alla comunità[74].

Altre definizioni sono prettamente orientate invece esclusivamente sulla comunità[75] in cui è stato commesso il reato. In questo senso alla comunità si assegna la funzione di riappacificazione e di "collante" tra il reo e il suo gruppo sociale, in quanto ricuce il legame spezzato dal reato.

Vi sono poi, definizioni che si basano sui contenuti e sulle modalità di riparazione. Una definizione che ha avuto molto fortuna tra gli studiosi è: "*Restorative Justice*" come *«a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence on its implication for the future*»[76].

In questa accezione la "Giustizia riparativa" intesa come processo, realizza le sue finalità non tanto nel fine, ma nel mezzo attraverso cui viene realizzata la soluzione del conflitto: le parti, una volta prestato il consenso, si presentano dinanzi ad un mediatore per decidere insieme come gestire le conseguenze del reato.

Ciò che è rilevante, non è tanto l'esito in sé – che può essere anche una riparazione meramente simbolica – ma le modalità procedurali attraverso cui le parti con un percorso condiviso sono arrivate alla riparazione.

Purtroppo, la "*Restorative Justice*" come "*process-based view"*[77] nasconde un grande limite: aver previsto l'obbligo di un processo esclusivamente consensuale non tiene conto dei casi in cui le parti, pur volendo giungere ad un accordo, hanno motivi validi per non volere assolutamente un contatto in quanto non vogliono incontri, per esempio come spesso può accadere nei reati di stupro.

---

[73]F. PARISI, *La* restorative justice *alla ricerca di identità e legittimazione. Considerazioni a partire dai risultati intermedi di un progetto di ricerca europeo sulla protezione della vittima*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* n. 3, 2014, evidenzia come: «una scelta definitoria precisa avrebbe il pregio di includere nel concetto di giustizia riparativa una serie di attività riparative dell'autore che rientrano in realtà nell'orbita della giustizia tradizionale, la quale, da sempre, attribuisce valore alle condotte volte ad attenuare o ad eliminare le conseguenze del reato».

[74]Con particolare attenzione al ruolo della vittima G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 47.

[75]Per una riflessione sul ruolo della comunità si veda l'approfondita analisi di F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice,* Milano, 2010, 90 e ss., il quale elenca molteplici ruoli della community: vittima del reato, soggetto cointeressato alla risposta al reato, fonte di individuazione dei comportamenti che il diritto è chiamato a sanzionare, vero titolare del conflitto sociale, tessuto di relazioni sociali.

[76]«Le pratiche di 'restorative justice' rappresentano un processo in cui le parti che rivendicano una specifica offesa la risolvono collettivamente per condurre all'affermazione dell'offesa nelle sue implicazioni per il futuro», liberamente tradotta dal testo di T. F. MARSHALL, *Restorative Justice. An Overview, London, Home Office, Information & Publications Group, Research Development and Statistics Directorate*, 1999. La definizione è stata ripresa dai vari autori, tra tutti si veda D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015, 37.

[77]Oltre T. MARSHALL, *ult. op. cit*.; sostenitore del modello di "Giustizia riparativa" come processo anche P. MC COLD, *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model,* in *Contemporary Justice Review*, 2000, 357 e ss., si sostiene una concezione "purista", incentrata tale modello di giustizia sul processo riparativo, il quale deve essere integralmente estraneo a quello tradizionale, soprattutto deve rifiutare ogni forma di coazione e valorizzare il momento del consento puramente volontario e informale.

In questo senso, "*process-based view"* ha un ambito troppo ristretto che non permette di includere tutte le forme di giustizia riparativa che prescindono da una partecipazione diretta incontro di vittima ed offensore.

Alcuni autori[78] hanno così preferito alla dimensione processuale della

"Giustizia riparativa", accogliere una visione molto più pragmatica che si incentra sull'aspetto obiettivo della riparazione.

In questa concezione, il processo non ha valore in sé, ma lo assume in prospettiva dell'obbiettivo materiale a cui mira, il quale è rappresentato primariamente dalla riparazione, accolta nella sua accezione più ampia.

L'attenzione è focalizzata sull'esito da raggiungere a tal punto che spinge ad includere in quest'accezione di Giustizia riparativa, tutte le azioni che possano servire alla sua realizzazione: si includono anche forme coattive in cui manca la volontarietà, purché si giunga alla riparazione. Si tratta di portare questo modello di giustizia ad una visione massimalista[79] che non sfugge alle critiche[80] di chi ne intravede un tradimento dell'essenza stessa della giustizia riparativa.

Allo stesso modo, pragmaticamente, si può sostenere che raggiungere una riparazione parziale è meglio che non raggiungerla affatto.

All'interno della giustizia riparativa si possono poi ulteriormente distinguere tre diverse concezioni: la *reparative conception*, *encounter conception* e la *transformative conception.*

Ognuna di queste concezioni fa prevalere un aspetto differente.

La concezione orientata alla riparazione ritiene, invece, che l'unico modo per sanare la lesione sia tramite la riparazione, che deve iniziare con un dialogo, sempre consensuale della vittima.

L'*encounter conception* identifica la *Restorative justice* con pratiche "democratiche" in cui le parti devono incontrarsi sempre al fuori del sistema formale di giustizia e saranno i protagonisti dell'incontro, lasciando in secondo piano la posizione del mediatore. In quest'ultimo caso si privilegia il momento dell'incontro, a prescindere dall'esito. Gli obiettivi più ambiziosi, infine, sono quelli della concezione orientata alla trasformazione che individua il fine della giustizia riparativa nel "trasformare il modo in cui ciascuno di noi comprende sé stesso e si relaziona con gli altri nella vita quotidiana"[81].

Il presente studio si è limitato a menzionare le diverse concezioni, ma il quadro tratteggiato che non pretende di considerarsi esaustivo era necessario affinché risultasse chiaro, che il modello di giustizia riparativa presenti molteplici modalità di attuazione che si propongono di giungere però, alla realizzazione di uno scopo comune: riparare il torto subito e il danno provocato, tenendo conto dei

[78]Si veda tra tutti L. WALGRAVE, *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice, in Washington University Journal of Law and Policy*, 36, 2011, 564. Walgrave adotta un concetto outcome-based di Giustizia riparativa.

[79]L. WALGRAVE, in *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship, Cullompton* (Devon), Portland (Oregon), 2008, 21 sostiene la concezione "massimalista" di restorative justice e la definisce come "un'opzione nel fare giustizia, a seguito della commissione di un reato, che è primariamente orientata alla riparazione del danno individuale, relazionale e sociale causato da quel fatto criminoso". Walgrave afferma di preferire percorsi e soluzioni consensuali ma se non risultano esaustivi, si può ricorrere alla sanzione penale, o, addirittura, a forme di imposizione della riparazione.

[80]Contrariamente si veda C. MAZZUCATO, *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia, in Giustizia riparativa*. *Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. MANNOZZI - G. A. LODIGIANI, (a cura di), Bologna, 2015, 129.

[81]Tra i vari autori, sostenitori della trasformazione si veda G. JOHNSTON, *The Agendas of the Restorative Justice Movement,* in H.V. MILLER (ed. by), *Restorative Justice: from Theory to Practice, Bingley*, Emerald JAI, 2008, cit., 59.

bisogni delle parti coinvolte, compresa la società e ridurre anche la dimensione afflittiva delle sanzioni, attenuando la prospettiva carcerocentrica.

3. La diversità dei contesti di recepimento della giustizia riparativa ha ampliato notevolmente il catalogo delle pratiche riconducibili al suo alveo.

Nell'economia del presente elaborato possiamo limitarci a ricondurre le forme di giustizia riparativa a tre modelli di riferimento, qualificati tali dalla unanime dottrina[82] e indicati anche dalla Risoluzione delle Nazioni Unite del 2002 e dalla Direttiva 2012/29/UE.

Ci si riferisce a tre istituti: la mediazione (*Victim - Offender Mediation*), il *family group conferencing* e il *circle*. Essi rappresentano un percorso graduale, che partendo dal coinvolgimento della vittima e del reo, ampliano, di volta in volta, i soggetti coinvolti nella risoluzione del conflitto.

Tra queste modalità attuative, particolare interesse ha suscitato, nel tempo, la pratica della mediazione che si è ritrovata a svolgere un ruolo primario per la sua ampia diffusione nel contesto europeo, tanto da essere spesso confusa con il concetto stesso di giustizia riparativa.

Con il termine "mediazione" - dal latino *mediare*, stare nel mezzo - si intende, letteralmente, un'attività di interposizione tra più parti ovvero l'«azione svolta da terzi per il raggiungimento di un incontro e di un accordo»[83].

Dal punto di vista funzionale essa si sostanzia infatti, nell'intervento di un terzo che tenta di attivare una comunicazione per un confronto tra parti che vivono una situazione conflittuale"[84]. L'incontro tra vittima e autore non è però diretto al mero risarcimento economico-materiale, ma piuttosto alla valorizzazione degli aspetti comunicativo-relazionali tra i soggetti in conflitto e, quindi, alla ricostruzione dei legami sociali recisi dal reato[85].

Solitamente gli incontri avvengono in luoghi informali con la presenza di un mediatore equo e imparziale, che non dispone di poteri autoritativi[86] e differentemente dal giudice che "decide senza necessariamente pacificare", il mediatore ha il compito di "pacificare senza decidere"[87] ricostruendo uno spazio dialogico, in cui il reo riconosce le proprie responsabilità e ripara il danno mentre la vittima si apre al confronto.

---

[82]Cfr., F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 30 ss.; G. MANNOZZI , *La giustizia senza spada*, cit., 134 ss.; ancora S. BONAFÈ – J. P. SCHMITT , *La Médiation: une Justice Douce*, Paris, 1992, 23.

[83] G. DEVOTO, G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Milano, 2012, 1679. Anche CERETTI da una definizione di mediazione, scrivendo che «è l'attività in cui una parte terza e neutrale aiuta due o più soggetti a capire il motore, l'origine del conflitto che li oppone, a confrontare i propri punti di vista e a trovare una soluzione sotto forma di riparazione simbolica prima ancora che materiale» A. CERETTI*, Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 91 ss.

[84]Sul punto si rimanda alla trattazione di S. MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo,* in *Rass. dott.,* n. 4, 2004, 344 e ss. Secondo Moccia la mediazione non costituisce una forma alternativa alla giustizia tradizionale, perché è orientata a realizzare un fine diverso: non ha come immediato obiettivo la realizzazione dell'ordine sociale ma solo di sanare la frattura di quello specifico conflitto.

[85]Cfr. S. D'AMATO, *La giustizia riparativa*, cit., 11; sul tema S. MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, *cit.,* 345, in cui si veda la mediazione come «un processo dinamico, che muovendo da una situazione conflittuale ma non mira ad accertare un fatto, ma piuttosto parte dall'accertamento di un fatto di reato, per creare una nuova situazione fattuale, cioè la costruzione di spazio dialogico-comunicativo tra parti confliggenti»; altresì G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune (2001),* in ID*., Il diritto penale tra legge e giudice,* Padova, 2002, 152, rimuovere il conflitto sotteso o sorto dal reato, inteso "non come mero ente giuridico o accadimento statico, bensì come fatto dinamico e «relazionale»"

[86]In proposito G. FIANDACA, *La giustizia minorile*, *ult. op. cit.,* 152.

[87]Sul punto D. CERTOSINO, *op. cit.*, Bari, 2015, 69.

La proposta di mediazione può arrivare dal magistrato, dai servizi sociali o anche direttamente dalla vittima e dall'autore. Dopo la segnalazione, si controllano se sussistono le condizioni di fatto, prima tra tutti la reperibilità delle parti; se ne accerta poi la disponibilità a prestare volontariamente il consenso per partecipare alla mediazione. Elemento imprescindibile per istaurare la mediazione è proprio l'aspetto consensuale.

Una volta accertata la fattibilità, ci sono prima incontri individuali con il mediatore, in cui si ascoltano le differenti versioni dei fatti, preparando sia la vittima che il reo a stare "faccia a faccia".

Segue, quindi, la mediazione in senso stretto, ovvero l'incontro tra la vittima e l'autore che può portare a diversi esiti: a volte l'esito positivo è solo il dialogo, altre volte si giunge alle scuse formali o in altri casi vi sarà un accordo sulle prestazioni riparatorie a favore della vittima o della comunità.

Il raggiungimento dell'accordo è solo eventuale, essendo più importante il processo in sé, come percorso per ricostruire il legame tra vittima e reo e in generale le relazioni sociali.

La mediazione quindi si può definire come un processo di conoscenza reciproca che, avendo come presupposto una contrapposizione, mira a «far evolvere dinamicamente una situazione problematica, a far aprire canali di comunicazione che si erano bloccati»[88]. La riparazione del danno, così come proposta da alcuni studiosi, avrà un ruolo notevole, quale fattore di ristabilimento della pace individuale turbata dal reato[89].

Per quanto attiene alle conseguenze penali e processuali della mediazione varieranno a seconda che sia stata utilizzata come alternativa al processo o come alternativa alla sanzione o, infine, sanzione alternativa[90].

È chiaro che le peculiarità dei procedimenti di mediazione cosi come anche l'imprescindibile consenso delle parti e l'incertezza circa la realizzazione degli obiettivi rappresentano un limite per l'attuazione della mediazione.

Al contempo, l'incertezza che presenta la mediazione non è dissimile rispetto a quella che aleggia intorno al concetto di rieducazione, sottolineato dall'utilizzo da parte del legislatore del verbo «tendere».

In ogni caso la mediazione mirando a superare un'ottica di regolamentazione meramente repressiva dei fatti cosiddetti di devianza per affermare modelli politico-criminali alternativi, ha più possibilità di raggiungere l'integrazione sociale.

Inoltre, se attuato con precisione, l'istituto, avrebbe le caratteristiche per «divenire un efficace mezzo di politica criminale preventiva, in quanto diretta ad incidere sulle connotazioni di esclusione,

---

[88]Cfr. A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, 21 e ss. Nei suoi studi si sottolinea l'importanza di «pensare alla mediazione non come a una modalità capace di attivare 'speranze messianiche di cambiamento e redenzione', ma semplicemente come a una modalità cognitivamente più aperta e disponibile rispetto a quella che conduce alla sanzione».
[89]Cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, 11.
[90]Cfr. S. D'AMATO, *La giustizia riparativa*, cit., 16: «Nel sistema penale minorile, ad esempio, l'esito positivo potrà essere il presupposto per la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, *ex* art. 27 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, per la dichiarazione di estinzione del reato *ex* art. 29 dello stesso D.P.R.67 o, nell'ipotesi in cui il giudice ritenga di dover procedere al giudizio, la mediazione potrà rivelarsi utile ai fini della concessione del perdono giudiziale»; vedi anche S. MOCCIA, *Mediazione funzione della pena e principi del processo*, cit., 346 in cui si sofferma su casi di mediazione nel procedimento ordinario davanti al giudice di pace: art. 29 del d.lgs n. 274 del 2000 che prevede un tentativo di conciliazione tra querelante e querelato; vedi anche casi menzionati all'art. 34 e 35 del medesimo decreto.

separazione e segregazione che connotano, di regola, l'intervento statuale in termini di diritto penale»[91].

Il problema concreto che si pone in particolare per i processi di mediazione, è il rapporto con il processo penale tradizionale, problematica che ci si propone di approfondire nel prosieguo della trattazione.

Differentemente dalla mediazione, gli altri due modelli di giustizia riparativa, il *family group conferencing* e il *circle* presentano una struttura aperta anche ad altri soggetti diversi dalla vittima e dal reo[92]. Il *conferencing* o anche detto "dialogo allargato ai gruppi parentali[93]" nasce in Nuova Zelanda[94] per ragioni legate all'influenza della cultura maori per le quali la famiglia e la comunità, "non sovrasta il singolo – come avviene nel rapporto istituzioni-individui – bensì enfatizza l'importanza delle relazioni tra soggetti nella costruzione delle personalità individuali", rivestono un ruolo di singolare importanza, capace di favorire la maturazione psicologica dell'offensore.

Nel *conferencing* la caratteristica principale è il coinvolgimento nel dialogo anche delle vittime cosiddette "secondaria", ossia tutti i soggetti che sono stati toccati dal reato. In tale categoria si possono includere persone che sono legati affettivamente sia alla vittima che al reo, oppure per esempio soggetti che hanno sostenuto l'autore nel compimento del reato.

In alcuni casi, è possibile che partecipi anche un rappresentante delle istituzioni come un'insegnante, un membro di un'associazione o agenti di polizia al fine di aiutare a gestire il conflitto. L'accordo a cui si giunge deve ricevere il consenso di tutti i partecipati e il mediatore[95], in questo caso, può anche proporre soluzioni che possano comporre le posizioni dei diversi soggetti.

A differenza di quanto accade nel modello della mediazione tradizionale, in cui è obbligatoria la presenza della vittima per svolgere il processo, nel *conferencing* la vittima partecipare delegando una persona di fiducia o semplicemente decidere di assentarsi[96]. Ciò è motivato dal fatto che l'incontro ha come obiettivo principale quello di concentrarsi sull'assunzione di responsabilità del reo più che sulla riparazione.

La terza forma tipica di giustizia riparativa è il *Circle*, diffuso in Nord America[97], soprattutto in Canada e pressoché sconosciuto in Europa. Si traduce in italiano con il termine "dialogo riparativo"[98], il *Circle* comporta il massimo ampliamento dei soggetti coinvolti in una sorta di *partnership* tra la giustizia tradizionale e la comunità di appartenenza, spesso di stampo multietnico.

---

[91]S. MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, cit., 374.

[92]Il *conferencing* ed i *circles* sono definiti da P. MCCOLD -T. WACHTEL, *In Pursuit of Paradigm*, 2003, in *www.realjustice.org/articles.html?articleId*, come "completamente riparativi", perché includono anche la comunità tra i destinatari dell'intervento, insieme al reo ed alla vittima, mentre la mediazione costituirebbe un approccio solo "principalmente riparativo".

[93]D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, 73.

[94]B. SPRICIGO, *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia: ipotesi di complementarità,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, 1941.

[95]Nelle pratiche del *conferencing* e del *circle* si parla per lo più di facilitatore, quale persona terza e imparziale, dotata di un'approfondita preparazione tecnica, il quale ha il compito di mediare le parti in conflitto.

[96]In proposito D. CERTOSINO, *op. cit*., 74.

[97]D. STENDARDI, *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa: spunti di riflessione dall'analisi degli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2015, cit., 1911, ricorda che ai *Native American Sentencing Circles* delle popolazioni indigene in Minnesota è stata riconosciuta rilevanza giuridica sin dalla fine degli anni Ottanta.

[98]Sul tema G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 238.

Proprio l'elemento del cerchio rappresenta assume un valore simbolico importante: i punti della circonferenza sono equidistanti rispetto al centro. Ciò evidenzia come i soggetti coinvolti non si trovino in una posizione gerarchica differente, ma sono parificati nel ruolo che assumono per prendere la decisione[99].

Il ruolo del *facilitator* è di ricostruire, durante il dialogo, il senso di appartenenza alla comunità, limitandosi però a mantenere in equilibrio il discorso, senza mediare le diverse posizioni.

Anche in questo caso, la riparazione, intesa quale risarcimento alla vittima può essere anche solo simbolica. Ciò che distingue il *Circle* dalla *Conferencing* è la presente frequenza di figure istituzionali, specialmente di avvocati, che solitamente nel *Conferencing* è pressoché marginale.

Accade spesso, infatti, che i luoghi in cui si svolgono i dialoghi siano le stesse aule giudiziari, in cui figura il giudice, che alla fine pronuncerà la "*sentencing circle"*, tenendo conto delle proposte pervenute dai partecipanti.

Tale processo è pensato soprattutto per i crimini gravi, escludendo quindi i sia delitti bagattellarli, sia per la grande rilevanza che ha nella comunità che per gli ingerenti costi economici che per i tempi processuali[100].

La progressiva affermazione della Giustizia riparativa ci porta ora a voler analizzare quali siano i suoi vantaggi e soprattutto ad analizzarne i limiti, per poterli eventualmente individuare e porvi rimedio.

Gli studi condotti in merito, partono però da una premessa imprescindibile poiché valutando l'efficacia dei processi riparativi non bisogna dimenticare che si tratta di pratiche consensuali, e quindi chi solitamente presta il consenso crede nella fattibilità della procedura e contribuisce efficacemente alla sua buona riuscita; altresì la mancanza di un'applicazione di pratiche generalizzate e la diversità dei contesti ordinamentali e geografici in cui la giustizia riparativa ha trovato applicazione, rende la verificabilità dei dati difficoltosa.

4. Il tema della tutela della vittima del reato, nell'ambito della dottrina penalistica sia sostanziale che processuale, è stato oggetto di una rivalutazione solo relativamente recente.

Con la trasformazione stato-centrica del diritto penale, la persona offesa è stata difatti marginalizzata ed è stato lo Stato a prendere il suo posto nella scena processuale, monopolizzando i suoi interessi[101]. Parte della dottrina[102] sostiene che contrariamente a ciò che fa credere la retorica giustificativa della giustizia riparativa, allorquando associa la necessità di ristabilire la soggettività della vittima nel processo penale, alla critica rivolta al diritto penale dello stato assistenziale e al suo essere orientato prevalentemente al reo, la vittima costituirebbe già da lungo tempo il punto di orientamento decisivo del diritto penale.

---

[99]Si rimanda a F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 39.

[100]Si vedano in proposito le considerazioni di G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rass. pen. crim*., 2010, n. 2, 59.

[101]Così G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, cit., 254. Cfr. altresì M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Milano, 2014, 9.; sul tema ancora S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, 2006, cit., 16; A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, 1063 ss.; anche C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 6 in cui si sottolinea il ruolo dello stato nel mediare il conflitto.

[102]Sull'argomento G. PONTI , *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995, *passim*.

Tradizionalmente si dice che la giustizia riparativa focalizzerebbe l'attenzione sulle vittime individuali, e soprattutto, sulle vittime dei classici reati di violenza interpersonale e dei reati contro la proprietà, il processo penale attuale invece, guarda alle vittime potenziali e l'intenzione dello stato è quella di razionalizzare il rapporto reo-vittima, sottraendo loro il diritto all'esercizio della violenza.

In realtà, come è stato efficacemente affermato[103] il controllo assoluto della giustizia da parte dello Stato si è spinto ben oltre, con conseguenze negative sul fronte della fiducia delle persone offese che è risulta in sostanza «la grande dimenticata» del problema penale.

Il limite del tradizionale processo penale sarebbe rispondere al bisogno della vittima esclusivamente con il *quantum* della pena, senza interrogarsi su ciò di cui la persona offesa avrebbe davvero bisogno: ossia superare il trauma. In sostanza, il limite essenziale del procedimento penale sarebbe il suo rispondere più ad un desiderio di vendetta che di giustizia. Il primo apporto positivo della giustizia riparativa, in quest'ottica, quindi, consiste proprio nel maggior soddisfacimento che la vittima[104] ottiene dalla riparazione, rispetto alle tradizionali forme di giustizia.

Si parte dal considerare il bisogno della vittima di fare chiarezza su ciò che è accaduto: «si offre alla persona offesa la possibilità che venga detto che quanto è accaduto non doveva accedere, e di dirlo addirittura insieme all'autore del reato»[105].

La maggior soddisfazione della vittima deriva dall'ottenere la riparazione dei danni che il reato le ha inferto e dal percepire un risultato effettivo dal procedimento riparativo svolto. Solitamente il risultato della mediazione rappresenta un valore più simbolico che materiale, questo viene percepito favorevolmente da chi ha subito un'offesa ingiusta.

Con l'instaurazione di pratiche relazionali e comunicative, inoltre, la vittima trova risposta a molti dei suoi interrogativi più comuni come ad esempio: Perché? Perché proprio a me?

Una consapevole accettazione della violenza subita influisce positivamente sulla capacità della vittima di superare le conseguenze psicologiche. È noto, infatti, come il reato possa comunemente creare sintomi post-traumatici da stress, che comportano un'intrusiva e persistente riproposizione del trauma e dell'esperienza negativa vissuta.

Molte ricerche[106] hanno valutato l'incidenza delle pratiche riparative sotto un profilo strettamente psicologico e sono giunti a sostenere che gli strumenti riparativi sono in grado di incidere positivamente sulla cura di questi sintomi, diminuendo la frequenza di disturbi da stress o reazioni di rabbia e paura molto più di quanto faccia la consapevolezza della privata libertà del reo che deriva dall'irrogazione della pena detentiva.

Le vittime che partecipano ai percorsi riparativi, inoltre, percepiscono maggiormente il senso di giustizia, poiché apprezzano il valore degli incontri e avvertono più giusta la sanzione. Ne

---

[103] Cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 9; altresì G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada,* cit., 51.

[104] Cfr. F. REGGIO, *Vittima, offensore e comunità «pietre angolari» per un «ritorno all'umano» della giustizia penale, in Per una nuova giustizia possibile*. *Un progetto per la Città,* Napoli*,* 2015, 51-82; altresì F. PARISI, *I confini della Restorative Justice nella più recente normativa europea sulla tutela della vittima: ragionevole attuazione di una victim - centred justice o inevitabile condanna al destino di Sisifo?, in Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, M. F. CORTESI -E. LA ROSA - L. PARLATO - N. SELVAGGI , (a cura di), 2015, 123 e ss.

[105] G. SCARDACCIONE, *Nuovi modelli di giustizia: Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* n. 1-2, 1997, 25.

[106] M. LINDEN, *Posttraumatic Embitterment Disorder, in "Psychother psychosom"*, 2003, vol. 72, n. 4, 195-202.

consegue, che dal delitto riparato ad uscire rafforzato sarà il senso di fiducia nelle istituzioni giudiziarie.

Sebbene la vittima ha diritto ad una riparazione del danno, non si può però, negare che nel processo sussiste innegabilmente un interesse pubblico alla risoluzione del conflitto, che non può portare a risolvere ogni questione come privata.

È già accaduto che la giustizia riparativa ceda a rischi di vittimizzazione secondaria, in cui l'aggressore nega la propria responsabilità provocando l'ennesima frustrazione e delusione in capo alle vittime[107].

Quando si verificano ipotesi di ri-vittimizzazione è molto facile rintracciare la causa che solitamente nasce da un'inadeguata preparazione degli incontri o accade allorché le vittime vengono indotte a partecipare agli incontri prima di esserne pronte[108].

Di solito i rischi si potrebbero evitare rispettando le condizioni per accedere alla procedura, prima tra tutti il consenso della vittima e del reo e soprattutto impiegare mediatori che abbiano una preparazione adeguata a poter gestire il conflitto.

5. La ricerca del dialogo e dell'incontro tra autore e vittima sono i punti focali della giustizia riparativa.

Se per la vittima abbiamo analizzato i risvolti positivi delle pratiche di mediazione, non si può negare che quest'ultime appaiono congeniali anche alla prospettiva del reo nel realizzare finalità risocializzative.

Con la retribuzione e la prevenzione generale si è assistiti all'«abbandono del reo alle soglie del carcere» mentre con la prevenzione speciale si è garantito la neutralizzazione dell'autore del reo attraverso «l'ammaestramento» fondato sull'inflizione del male o attraverso pratiche di «medicalizzazione del soggetto»[109].

Quello che è il comune concetto di risocializzazione si basa sul binomio lavoro-istruzione, in cui attraverso l'applicazione coercitiva della "cura", dovrebbe favorire il recupero del reo.

Nella mediazione si giunge, invece, ad un'evoluzione dell'idea di risocializzazione che progressivamente mostra di volersi sganciare da metodi e tecniche, di superare la logica coercitiva del trattamento, per diventare un percorso «assistito» che si aspira ad una logica di «inclusione»[110] della persona, autrice del reato.

La proposta di una nuova ermeneutica della «risocializzazione» si fonda su un sistema di terapie comportamentali che tendono a favorire il cambiamento del reo, iniziando dal momento di presa di coscienza di ciò che è avvenuto, delle conseguenze dannose e della sofferenza che ha provocato.

---

[107] J. A.WEMMERS -K.CYR, *Can Mediation Be Therapeutic For Crime Victims? An Evaluation of Victims' Experiences in Mediation with Young Offenders*, 139.

[108] In particolare, possiamo citare un caso in cui la vittima aveva appena perso il marito ed era ancora molto scossa dall'accaduto. Poco dopo era stata derubata e si era convinta fermamente che il ladro lo sapesse e che l'avesse proprio scelta perché lei era in quella condizione di debolezza, in B. HUDSON, *Victims and offenders, in Von Hirsh, Andrew, Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms, Hart Publishing,* 177 e ss, 2003; altresì J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice & Responsive Regulation,* New York, 2002, 140.

[109] Al riguardo S. MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, cit., 345.

[110] G. MANNOZZI , *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia,* in *Dir. pen. proc.*, 2012, 430 e ss.

In questo contesto un ruolo fondamentale è svolto dal sentimento della vergogna[111] ed in particolare della teoria della vergogna reintegrativa[112]; ciò dimostra come le pratiche di giustizia riparativa siano più efficaci dei procedimenti penali classici, dal momento che mettono al centro dell'analisi non la persona invece dell'avvenuto[113] e dal momento che il reo non si sentirà né biasimato da figure che non rispetta come il giudice, la polizia e le istituzioni in generale e né etichettato come "soggetto sgradito"; simile forme di stigmatizzazione – che comunemente derivano dal procedimento penale e dalla condanna – spesso generano reazioni di sfida verso l'ordinamento.

Con l'applicazione del paradigma riparativo, riportano invece, nel momento dell'incontro e durante lo svolgimento del dialogo, di fronte alla presenza della persona offesa e, in alcuni casi, dei suoi familiari, l'autore del reato percepisce il senso di vergona che provano nei suoi confronti.

In questo caso la vergogna non verrà percepita come elemento stigmatizzante, che separa ed esclude, bensì come condizione reintegrativa, capace quindi di smuovere nel reo una critica rielaborazione di ciò che è avvenuto.

Dal punto di vista del reo, le pratiche ristorative hanno quindi, il comune intento di trovare la strada per aiutarlo a compiere una sorta di percorso introspettivo al fine di comprendere il male che ha provocato nella vittima e cercare di ridurre il rischio di recidiva.

Invero, gli effetti positivi sull'autore del reato sono prettamente di tipo psicologico e generalmente, portano ad un suo concreto cambiamento al termine della pratica[114].

I benefici conseguenziali all'empatia e alle emozioni vissute nel percorso insieme all'utilizzo di un linguaggio più comprensibile rispetto al tecnicismo delle aule di giustizia, tendono a far percepire la giustizia riparativa come più giusta, veicolando il conflitto in una dimensione costruttiva e stimolando fattori di contenimento della devianza che influiscono sull' abbassamento dei tassi di recidiva[115].

Sarebbe inappropriato però sostenere che la riduzione della recidiva sia uno scopo primario della giustizia riparativa, poiché finirebbe per trascurare l'aspetto principale che riguarda la riparazione della vittima.

Lo studio condotto si limita quindi a riportarla come un effetto secondario, certamente positivo – nell'ottica del reo e della collettività e compatibile con gli ideali riparativi.

---

[111] Il sentimento della vergogna viene considerato una delle parole-chiave insieme all'ascolto, l'empatia, il riconoscimento dell'altro e la fiducia da G. MANNOZZI – G. A. LODIGIANI, La *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 166 e ss.

[112] Enunciata per la prima volta da Braithwaite, influenzò particolarmente le applicazioni di giustizia riparativa in Australia e nel Regno Unito, J. BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.

[113] Una particolare analisi sulle dinamiche della vergogna indotte dai percorsi di giustizia riparativa per criminalità dei colletti bianchi è svolta da G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa per il crimine dei colletti bianchi: una possibilità o un paradosso?* in AA.VV., *Scritti per Luigi Vallauri*, vol. II, Padova, 2016, 857. In un certo senso Mannozzi scrive di esseri «senza vergogna», consapevoli della loro superiorità dello *status* sociale, che fa percepire sé stessi come *legibus soluti.*

[114] B. HUDSON, *Victims and offenders*, 177, in questo settore gli studi hanno dimostrato che i programmi di riabilitazione sono più efficaci se sono percepiti dall'offensore come percorsi necessari per risolvere i suoi problemi personali e vengono, di conseguenza, assunti volontariamente.

[115] Vogliamo qui segnalare in posizione contraria G. MAGLIONE, *ult. op. cit.*, 142 in cui sottolinea come il raggiungimento dell'obbiettivo di ridurre i tassi di carcerazione attraverso programmi di mediazione appare problematico: «la ricerca empirica, infatti, sembra aver dimostrato che tali programmi non sono in grado di ridurre non solo i tassi di carcerazione, ma neppure l'applicazione delle misure alternative.». Maglione sostiene che in realtà i programmi di mediazione e restituzione rendono le reti del controllo più ampie e più forti, poiché la restituzione si aggiunge ad altre pene.

Non mancano, tuttavia, dubbi inerenti ai rischi di strumentalizzazione da parte del reo di attivazione della mediazione o di altri strumenti di giustizia riparativa al solo scopo di evitare trattamenti più severi.

All'obiezione posta si potrebbe rispondere che a fronte di una tradizionale risposta punitiva, che resta per lo più inefficace, varrebbe comunque la pena provare una nuova strada[116].

6. Un altro aspetto positivo della giustizia riparativa consiste nella maggior soddisfazione che percepisce la comunità partecipando al processo riparativo.

Non vertendo la riparazione solo su interessi esclusivamente economici, essa ha il merito di placare il senso di insicurezza sociale generato al compimento del reato: "le pratiche ristorative, seriamente attuate, hanno un effetto di tipo psico-pedagogico inteso a confermare la fedeltà all'ordinamento; presentano inoltre un effetto di fiducia che si genera nel momento in cui la comunità verifica l'affermarsi del diritto; ed infine un effetto di pacificazione, che si produce quando l'agente abbia prestato quanto permette al comune sentire di tranquillizzarsi in rapporto all'illecito che è stato commesso e di considerare risolto il conflitto con il reo"[117].

Nel momento della commissione di un reato è anche la comunità a subire un danno, reputato lesivo dal legislatore per la conservazione e lo sviluppo della stessa[118].

In questo senso interviene la giustizia riparativa, non solo con il compito di reintegrare la vittima e risocializzare il reo ma anche per rafforzare i legami sociali all'interno della comunità che ha subito il torto.

La comunità però, non sarebbe solo un beneficiario indiretto delle pratiche riparative ma avrebbe anche un ruolo attivo[119], proteggendo la vittima da ulteriori offese e il reo dalla possibilità di vendette della vittima.

Il ruolo che in questo caso assume la comunità comporta una maggiore partecipazione della stessa alla *res-publica*, un coinvolgimento più sentito dei cittadini nei processi decisionali che valorizzano i concetti di sovranità popolare e democrazia diretta, coerentemente con l'art. 1 Cost.

Va evidenziato, però, questo approccio sviluppa un'idea di comunità che svolge una funzione attiva nella prevenzione del crimine, come una sorta di "cessione" da parte dell'autorità statale di una quota della gestione del conflitto.

Un ruolo del genere affidato alla comunità è possibile in contesti societari semplici, dove si condividono valori e cultura ma nelle odierne società, dove il termine comunità è assai vago e portatore di significati, valori e interessi assai diversificati, si rischia di creare gruppi di potere, in cui gli esponenti culturalmente forti lascerebbero senza tutela le minoranze etniche.

---

[116]C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, 20.

[117]Sul punto S. MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo,* 346.

[118]Per un interessante contributo in questo senso, Cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 11 in cui descrive una natura ambigua del danno sociale, o danno pubblico, che verrebbe arrecato alla comunità con il reato, fatto reputato lesivo dal legislatore per la conservazione e lo sviluppo della stessa.

[119]Sul tema con chiarezza G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 61, si può parlare di "*neighbourghood justice*" – la giustizia di vicinato – riferendosi alla giustizia esercitata nella comunità e dalla comunità; su questa tematica si veda inoltre M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offender*, *Waterside Press,* Winchester, 1996, 105: «la comunità interviene nel sistema relazionale, connotandosi quale processo di confronto sociale finalizzato alla comprensione ed alla gestione delle ragioni e delle condizioni della compatibilità relazionale».

Se le regole prodotte nel sistema non esprimono valori comuni e condivisi, si trasformano in meri "riduttori di incertezze"[120] alimentano un diritto penale come strumento selettivo, funzionale al potere dominante[121].

Per questo motivo, ci sono posizioni che propongono di ridimensionare il ruolo della comunità nella giustizia riparativa a favore dell'individuo[122] perché un'autonomia incontrollata della comunità rischierebbe di scontrarsi con i principi dello Stato di diritto, creando disuguaglianze.

In un contesto deformalizzato in cui opera la giustizia riparativa, insieme alla graduale soppressione del ruolo dello Stato, rischia di mettere seriamente in crisi il principio di eguaglianza e le altre tutele che un processo di tipo formale garantisce, tra cui l'esigenza di certezza[123].

Il rischio è che autori dello stesso reato potrebbero subire trattamenti diversi in base allo stato emotivo o alla condizione economica della vittima; al contempo per l'assenza di regole sia sostanziali che procedurali, potrebbe amplificarsi la manipolazione del reo per aprire le porte a riletture moraleggianti denigratorie del fatto.

7. Va subito posto in debito risalto il fatto che l'apertura ai processi riparativi porta notevoli problemi in rapporto al rispetto di taluni principi regolativi del processo penale, relativi all'obbligatorietà dell'azione penale, alla presunzione di non colpevolezza e al diritto di difesa[124].

Come già detto precedentemente, la giustizia riparativa nasce in contesti deformalizzati del diritto penale, come quelli di *Commow Law* o in paesi come la Francia, in cui è possibile abbandonare l'azione penale per ragioni di mera opportunità o – addirittura – come la Germania, dove, pur considerandosi la legalità dell'azione penale un valore primario da perseguire come regola, al pubblico ministero sono riconosciuti gli strumenti di "deprocessualizzazione", proprio in ipotesi di composizione non autoritativa del conflitto, con riferimento alla criminalità medio-piccola.

In Italia, invece, per garantire un'applicazione uguale per tutti della legge penale e di altri principi basilari del sistema costituzionale[125], l'art. 112 Cost. ha stabilito il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Un rispetto rigido di tale principio, non permetterebbe l'introduzione di forme flessibili di giustizia, come appunto la mediazione, poiché a prescindere da un raggiungimento di un accordo tra vittima e reo, il processo dovrà comunque tenersi.

Nonostante una parte della dottrina[126], sulla base di una pronuncia della Corte Costituzionale, secondo la quale il «processo non debba essere instaurato quando si riveli sostanzialmente

---

[120]J. HABERMAS, *Lo stato - nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza, in L'inclusione dell'altro*. *Saggi di teoria politica*, cit., 119.

[121]E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico - penale (1989),* trad. it., Napoli, 1994, 32 e ss.

[122]G. MANNOZZI, *ult. op. cit.*, 66.

[123]L'assicurazione di certezza che passa attraverso il processo di verificabilità empirica dei risultati che in un procedimento mediativo del tutto autonomo, verifica i risultati solo all'interno della coscienza individuale, così S. MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, 350.

[124]Così S. MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, 348.

[125]Al riguardo F.BRICOLA, *Intervento sul tema: "L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità"*, in *Giust. cost.*, 1991, cit., 31, si coglie una relazione strettissima tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale ed il principio di legalità e tassatività di cui all'art. 25 Cost. In realtà, egli riteneva che il costituente volesse innanzitutto la selezione.

[126]In particolare, S. TIGANO, *Giustizia riparativa e mediazione penale,* in *Rass. pen. crim.*, n. 2, 2006, 39, in cui propone di raggiungere una «discrezionalità formalizzata rispetto ad un'obbligatorietà solo formale», ossia accettare

superfluo»[127], vorrebbe introdurre una mitigazione del principio di obbligatorietà; esso, ad opinione della dottrina dominante, è ancora un principio irrinunciabile del nostro sistema processuale.

Dunque, il contrasto con l'art 112 Cost. si intravede principalmente quando le pratiche di mediazione vengono proposte nella fase "extraprocessuale". La mediazione, infatti, esperita nella face procedimentale non fa venir meno l'obbligo dell'azione penale; solo all'interno del procedimento minorile è previsto, ai sensi dell'art. 27 D.P.R. n. 448 del 1988, che la mediazione può rilevare come indice di scarsa rilevanza sociale o come concessione di perdono giudiziale, ma che comunque non può concludere il procedimento con archiviazione.

L'attivazione dell'intervento di mediazione fin dalla fase delle indagini preliminari, inoltre, pone un rischio di impatto anche coi principi della presunzione di innocenza, del diritto al silenzio e della difesa: se l'incontro di mediazione, secondo taluni, implica un'ammissione di responsabilità da parte dell'indagato, questi, al tempo stesso, ha diritto a non rendere dichiarazioni *contra se*.

Viene in luce l'importanza di assicurare il pieno rispetto del carattere confidenziale dell'incontro di mediazione e di prevedere la non utilizzabilità delle dichiarazioni rese in quella sede.

Anche se si vuole ridurre al minimo le comunicazioni alle autorità giudiziarie, il solo fatto di aver iniziato un procedimento di mediazione, significa assunzione di responsabilità e può condizionare non poco il procedimento.

In tal senso la mediazione sembra contrastare con la presunzione di non colpevolezza. L'imputato che a norma dell'art. 27, comma 2 Cost. è considerato innocente fino alla sentenza di condanna definitiva, per poter partecipare alle procedure di mediazione concorda sull'esistenza del reato e sulle modalità di realizzazione dello stesso.

Il problema si concretizza nell'ipotesi in cui la mediazione non abbia esito positivo ed il procedimento si debba riaprire. In questi casi il giudice potrebbe utilizzare il mancato esito della mediazione a discapito del reo, sia come indizio a favore della sua colpevolezza, sia quale indice di commisurazione della pena *ex* 133 c.p. nella forma del contegno processuale.

La soluzione[128] per non ledere il principio di presunzione di non colpevolezza è rintracciabile nella disciplina del codice di procedura penale in materia di diritto al silenzio – art. 62, 64, 65 c.p.p. – e in particolare, nella *lettera legis* degli artt. 1 e 2 c.p.

In tal modo, «le dichiarazioni comunque rese non possono formare oggetto di testimonianza» e il giudizio che eventualmente consegua alla mediazione è impostato secondo le regole ordinarie di formazione della prova, in modo che la colpevolezza o meno del reo sia stabilita all'esito del giudizio, come se le pratiche ristorative non fossero mai state esperite.

Quando, invece, la mediazione è successiva all'esercizio dell'azione penale[129], viene snaturata della sua essenza perché comporta in ogni caso il coinvolgimento nel processo con la conseguente stigmatizzazione dovuta all'assunzione del ruolo di imputato; inoltre non assicurerebbe interventi rapidi nell'interesse della vittima, ma anzi andrebbe a detrimento della medesima poiché si trasformerebbe in un protrarsi delle tempistiche processuali.

---

un'interpretazione più elastica del principio. Ad esempio, sostiene che il processo potrebbe essere "superfluo" quando la mediazione abbia avuto esito positivo dopo essere stata esperita durante le indagini preliminari.

[127]Corte cost., sent. n. 88 del 1991.

[128]G. MANNOZZI , *ult. op. cit.,* 158.

[129]Un'espressa previsione normativa si ritrova nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova *ex* art 28 D.P.R. n. 446 del 1988 e gli effetti sono disciplinati dal seguente art. 29.

Diviene così un'alternativa alla pena e non una giustizia alternativa al controllo penale statuale[130].

È necessario, pertanto, capire se sia preferibile formalizzare le pratiche di mediazione, al fine di estendere la loro applicazione a contesti diversi dai soli processi minorili, oppure se non sia opportuno procedere a formalizzare pratiche che nascono informali.

In merito, per la verità, emergono posizioni contrastanti. Da un lato si focalizza l'attenzione sulla mediazione come strumento di pacificazione[131], il cui linguaggio alternativo non può essere incluso e omologato nel sistema penale, poiché ciò comporterebbe non solo un recupero della giuridicità, ma anche del contenuto coercitivo.

Contrariamente, si invoca l'istituzionalizzazione delle pratiche riparative come unica soluzione per rispondere alle esigenze di certezza e garanzie di uguaglianza.

«Si tratta, quindi, di trovare un difficilissimo equilibrio tra logiche sovente contrapposte»[132].

La tendenza a voler istituzionalizzare pratiche consensuali nasconde in realtà finalità ben diverse. Se si osservano la tendenza ad individuare quali conflitti mediabili quei reati di livello medio-basso[133], si comprende che in tal modo si utilizza la mediazione come un mero strumento deflattivo, snaturandola dal suo reale compito.

Una soluzione che potrebbe reggere l'equilibrio tra le diverse posizioni, sarebbe quella di preferire una mediazione preprocessuale che svolta al di fuori del processo, garantirebbe l'incontro spontaneo tra reo-vittima, evitando la partecipazione del giudice, e affidando a quest'ultimo il compito di decidere solo nel momento in cui riceve la relazione sulla mediazione.

Di fronte all'entusiasmo che la giustizia riparativa suscita nella prassi, forse non si può ritardare l'introduzione di *corpus* di regole proprie[134] e concrete che possano realizzare effettivamente legittimare le scelte di politica criminale che sottende[135].

Il legislatore con la recente riforma Orlando[136] ha tentato qualche accenno sostanziale alle condotte riparatorie, con l'introduzione dell'art. 162-ter nel c.p., ma dal punto di vista del diritto procedurale rimane ancora silente.

Sebbene chi scrive è ben consapevole di non poter soddisfare la vastità dell'argomento, queste riflessioni si ripongano, infatti, di essere solo un punto di partenza per nuove proposte, che tengano

---

[130]Si vedano sull'argomento le considerazioni svolte da cfr. S. MOCCIA, *La mediazione come alternativa alla sanzione penale, in Mediazioni, conflitti e società complesse*, M. FERRARA-C. PUCCIARELLI-C.TROISI (a cura di), Avellino, 2006, 48.

[131]M. PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, 18 e ss.

[132]Sul punto v. S. MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo,* cit. 349.

[133]In posizione nettamente contraria, si veda S. MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, 350, che sostiene che l'utilizzo della mediazione sia più efficace in caso di conflitti forti, quali un tentato omicidio o uno stupro.

[134]Si veda in proposito G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 362, concorde ad un'istituzionalizzazione della giustizia riparativa, esclude però che possa essere un'ideologia olistica e universale, poiché ci sono conflitti non mediabili.

[135]Enfatizzando il concetto di riparazione, un gruppo di professori in Germania elaborò nel 1992 un progetto di riforma in materia di riparazione del danno (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, in breve, AE-WGM), in cui veniva valorizzata la condotta riparatoria, come strumento di restaurazione della 'pace giuridica' caratterizzato dal fatto che la condotta riparatoria, valorizzata come strumento di restaurazione della "pace giuridica" e nel suo significato rieducativo in quanto frutto di autodeterminazione libera e spontanea, venne inquadrata anche come causa di esclusione della pena. La proposta venne recepita parzialmente dal legislatore tedesco. Si rimanda per un'approfondita analisi della tematica a AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM), München, 1992.

[136]Legge del 23 Giugno 2017 n. 103.

conto della tensione tra le esigenze del paradigma riparatorio e di principi conquistati duramente dallo Stato di diritto e a cui la modernità non può e (non deve) rinunciare; dall'altro l'importanza della materia fonda la convinzione che sul tema, forse, valga la pena investire qualcosa in più di una semplice scommessa[137].

8. Affinché la giustizia riparativa possa trovare cittadinanza nel nostro sistema costituzionale ed essere un *τέλος* di riferimento per ricomporre l'attuale frattura del sistema penale, bisogna comprendere se la sua ideologia altera la funzione della pena o è compatibile con le finalità accettata dalla nostra Costituzione.

Dall'analisi svolta precedentemente, delle caratteristiche e degli scopi a cui tende la giustizia riparativa, si è concordi nel ritenerla incompatibile con l'ideale della retribuzione, che lungi dal considerare una prospettiva dialogica per recuperare il legame sociale, si preoccupa invece di rispondere al reato con il *quantum* di una pena inflessibile e inderogabile.

La lontananza tra le due si dimostra con l'alterazione del principio di proporzionalità. Basandosi la risposta sanzionatoria più sulla personalità del reo che sulla gravità del fatto, si potrebbe rischiare di applicare una sanzione eccessiva o inferiore rispetto a ciò che merita il reo, contrastando anche con il principio di colpevolezza. Invero, la giustizia riparativa sembra molto più coerente con le istanze preventive.

In un'ottica di prevenzione generale negativa richiamando quanto si è già avuto modo di spiegare l'effetto deterrente che si nasconde dietro la sanzione penale, la riparazione si servirebbe del reo per dissuadere gli altri consociati dal commettere reati.

Dal punto di vista della prevenzione speciale negativa invece per prevenire i rischi di recidiva, si attribuirebbe alla pena una funzione di intimidazione del reo. L'effetto intimidatorio, connesso all'intima natura della norma penale ad ogni modo, per essere costituzionale, deve rispettare i principi del finalismo rieducativo, del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e della personalità della responsabilità penale.

In questo senso le sanzioni riparative hanno una naturale carica intimidatoria, poiché i consociati assistono alla loro concreta ed effettiva attuazione, ma nello stesso tempo sono pratiche riparatorie che prospettano un recupero dell'umanità delle relazioni, perciò coerenti alla luce della Costituzione.

Non sono mancate voci critiche alla funzione general-preventiva negativa che risulterebbe alterata, poiché la vasta gamma di sanzioni riparatorie, potrebbe indebolire l'effetto deterrente e rendere poco credibile la minaccia della sanzione ed intimidire meno del carcere.

Occorre ora analizzare la compatibilità della giustizia riparativa con le con il perseguimento di obiettivi di prevenzione generale e speciale positiva[138].

Alla luce degli studi svolti, la riparazione risulta perfettamente coerente con le finalità special-preventive positive. Da un lato offre un miglior soddisfacimento alla vittima, dall'altro si è

[137]C. ROXIN , *Risarcimento del danno e fini della pena*, 9.
[138]Al riguardo L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione",* in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 81 e ss.

sottolineato come tende a ridurre favorevolmente i rischi di ulteriore desocializzazione[139] connessi alla pena tradizionale e a favorire la responsabilizzazione del reo, abbassando i tassi di recidiva.

Ciò equivale a dire che esigenze general-preventive positive, tramite l'utilizzo di strumenti diversi da quelli tradizionale, possono essere soddisfatte maggiormente[140].

Non sono mancate opinioni contrarie di chi sostiene che la giustizia riparativa aumenta il crimine, poiché durante il dialogo tra vittima e reo, l'autore del reato può cogliere quel momento per conoscere meglio la vittima, studiarne i suoi punti deboli e conoscere il suo stile di vita e commettere nuovamente un reato. Da un punto di vista general-preventivo, la giustizia riparativa ha il grande merito di fungere da vettore di integrazione sociale.

Con la sanzione riparativa si rinforza la fiducia che i consociati hanno nell'ordinamento e il modo in cui si svolge la composizione del conflitto risulta satisfattoria per la comunità, poiché riesce a ripristinare un diritto violato. In tal senso si parla di effetto di pacificazione tra vittima, reo e comunità.

Dunque, la giustizia riparativa si muova in posizione pienamente conforme alla finalità della pena costituzionalmente accetta e ciò comporta un preludio per la sua espansione nel sistema penale.

[139]Sul punto C. ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen*., 1989, 5 e ss.

[140]L. EUSEBI, *ult. op. cit.,* 84 evidenzia come la rinunzia parziale o totale alla pena non deve configurarsi come nuova misura premiale, ma dev'essere accompagnata da una impegnativa assunzione di responsabilità da parte del reo, dai contenuti adeguati.

Incompatibilità a testimoniare e l'implicito riconoscimento dell'obbligo di deporre per il legale rappresentante dell'ente: esiste lo *ius tacendi* per l'ente imputato?

FABRIZIA CARUSO

ABSTRACT

The d.lgs. n. 231 of 2001 demolish the tradctional trial structure introducing an unpublished criminal procedure scheme for enterprice that takes form from an autonomous and composite normative subsystem in which the cohabitation between the classical institutes of the criminal code and the new normative creations remains, in substance, submitted to the interpreter, custodian and guarantor of the coherence and the estate of the system. For this reason, it is necessary analyze, in systematic key, the complex of applicable guarantees to the corporate body submitted to criminal procedure patterned after those positivizzates for the physical person, before among everything, the recognition of the right to the silence as corollary of the insuppressible right of defense.

SOMMARIO: 1. Il nuovo orizzonte punitivo ai sensi del d.lgs. 231/01:il superamento del brocardo *"Societas delinquere non potest"*. – 2. Le garanzie riservate all'ente nel procedimento. – 3. L'art 44: una norma problematica. – 3.1 L'incompatibilità del legale rappresentante imputato del reato presupposto: art. 44, lett. *a)*. – 3.2 L'incompatibilità del legale rappresentante che rivestiva la funzione al momento del fatto: art. 44, lett. *b)* – 4. Il regime delle dichiarazioni del legale rappresentante incompatibile. – 5. La molteplicità delle posizioni dell'ente nel procedimento: le incompatibilità a testimoniare tra contrasti interpretativi e le possibili soluzioni prospettate. – 6. La tutela del diritto al silenzio nel procedimento *de societate.* – 7. Conclusioni.

1. La possibilità di assoggettare a procedimento penale l'impresa esercitata attraverso un soggetto giuridico complesso, induce a ritenere che nel nostro ordinamento la salvaguardia delle libertà economiche passi attraverso le modalità di funzionamento della giustizia penale e la promozione di regole processuali rispettose dei diritti di difesa e di libertà.

Qualificata come una vera e propria "rivoluzione copernicana", l'introduzione del d.lgs. 231 del 2001, recante la *"Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica",* ha definitivamente segnato il superamento dell'antico brocardo *"societas delinquere non potest*".

Al cospetto di un realtà storica animata dalla presenza di una grande criminalità d'impresa ed economica in forte espansione, la cui repressione appariva di difficile attuazione con gli strumenti classici dell'apparato sanzionatorio penale, si colloca il decreto legislativo 231 del 2001, frutto, in verità, di scelte obbligate dall'esigenza di adeguarsi agli impegni internazionali assunti dal Governo italiano, alla luce della Raccomandazione numero (88) 18 del Comitato Ministri del Consiglio

d'Europa del 1991 che sollecitava gli Stati Membri a prevedere sistemi di responsabilità delle persone giuridiche.

La legge delega 29 settembre 2000, n. 300, recante la *"Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di responsabilità giuridica"*, ha dunque ratificato e dato attuazione alla Convezione OCSE del 1997 in merito alla "Lotta contro la corruzione dei funzionari pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionali[1]", e al secondo Protocollo della Convenzione PIF, la quale distingueva a seconda che il reato fosse stato commesso da soggetti in una posizione dominante, ovvero da soggetti in posizione subordinata.

La svolta epocale compiuta con l'introduzione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, nasceva dalla considerazione di ritenere l'ente collettivo come il vero istigatore, esecutore o beneficiario della condotta criminosa posta in essere da un soggetto apicale, ovvero da soggetti sottoposti alla loro direzione o vigilanza, nel suo interesse o vantaggio[2].

Non è dubitabile, in proposito, che la finalità dell'intervento sia da ravvisarsi nell'esigenza di reprimere e sanzionare la cd. "criminalità d'impresa", ossia, il reato commesso da una persona fisica che ha agito in nome e per conto ma, soprattutto, nell'interesse o a vantaggio di un'impresa economica.

Ed invero, sotto il profilo squisitamente politico-criminale, la dannosità del reato d'impresa esige una risposta sanzionatoria ulteriore rispetto a quella tipicamente applicata nei confronti delle persone fisiche che quel reato hanno commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente: solo attraverso una sanzione che colpisca l'impresa (i.e. sanzioni pecuniarie o interdittive) sarà, dunque, possibile rimuovere il vantaggio che alla stessa sia derivato dalla commissione del reato.

Uno dei più grandi interrogativi che ha sin da subito occupato dottrina e giurisprudenza è stato quello della qualificazione giuridica della responsabilità dell'ente.

Difficile negare che sul piano delle regole dell'accertamento, il quesito circa la natura penale dell'illecito sia tutt'altro che d'ordine formale, atteso che, dalla risposta positiva, ne deriverebbe la necessità di configurare il giudizio secondo i parametri costituzionali che invece, nell'ipotesi opposta, (i.e. responsabilità amministrativa) sarebbero, in parte, rinunciabili.

Parte della dottrina, sostenuta anche da una parte della giurisprudenza[3], propendendo per la qualificazione come amministrativa della responsabilità da reato delle imprese e degli enti, facendo leva sul *nomen* della responsabilità, sulla peculiare disciplina della procedura di archiviazione e della prescrizione – che rievocano quella della legge del 1981, n. 689 – e sulla disciplina relativa alle vicende modificative dell'ente, era mossa dall'intento di escludere l'applicabilità delle garanzie del sistema penalistico nel procedimento di accertamento della responsabilità. Tale prospettiva era confermata anche dalla testimonianza del Presidente della Commissione ministeriale che ha elaborato il testo del D.lgs. il quale affermava che *«la qualifica amministrativa pare maggiormente funzionale*

[1] L'art. 2 della Convenzione obbligava gli stati membri ad assumere le misure necessarie a stabilire la responsabilità delle persone morali, senza però indicare i reati attinenti alla materia che la Convezione stessa disciplinava.
[2] Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, Jolly Mediterraneo, in *Cass. pen.,* 2007, 76.
[3] Cosi, Cass. pen., sez. un., 5 marzo 2014, n. 10561, Gubert, nella quale si afferma che «nel vigente ordinamento è prevista solo una responsabilità amministrativa e non una responsabilità penale degli enti».

all'obiettivo di ridurre e affievolire il novero delle garanzie da riconoscere all'incolpato dell'illecito amministrativo dipendente da reato».

D'altra parte però, il presupposto della responsabilità degli enti e delle imprese rappresentato da un fatto che costituisce reato e dall'attribuzione della competenza al giudice penale secondo le modalità di accertamento del procedimento penale, erano elementi a sostegno dei quali, altra parte della dottrina e giurisprudenza[4], riteneva che la natura giuridica della responsabilità da reato degli enti e delle imprese fosse di tipo penale, ritenendo, dunque, doveroso applicare agli stessi tutte le garanzie sostanziali e procedimentali previste dal sistema penale per le persone fisiche, con i dovuti accorgimenti viste le peculiarità del destinatario, *id est* un soggetto collettivo.

Ci si interrogava sui motivi dell'adozione del complesso e costoso strumento del processo penale se davvero l'illecito da accertare fosse soltanto amministrativo, evidenziando allo stesso tempo gli aspetti stridenti con il principio di colpevolezza e le antinomie rispetto ai criteri di imputazione dell'illecito all'ente che con la qualifica di "amministrativa" si era cercato di attenuare o meglio di coprire.[5]

Non sono, infatti, mancate critiche da parte della dottrina la quale ha messo in discussione la scelta del legislatore sul terreno giuridico positivo ritenendo che la stessa dia luogo ad un "truffa delle etichette", cioè, all'elusione dei principi e delle garanzie che la sostanza dell'istituto richiede.

Prendendo spunto dalla Relazione al d.lgs. nella parte in cui afferma che *«il sistema coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle di massima garanzia[6]»,* la giurisprudenza ha cominciato a considerare la responsabilità da reato delle persone giuridiche come una sorta di *"tertium genus"*, che condivide con la materia penalistica l'effetto di stigma e la gravità delle conseguenze sanzionatorie, e con l'ambito amministrativo, il *nomen* e taluni profili di disciplina.[7]

Nondimeno, la qualificazione della natura di responsabilità non può non sottostare agli *standard* internazionali e comunitari atteso che il nostro ordinamento è ormai un tassello di un sistema definito "multilivello"[8], nel quale il giudice interno è tenuto ad interpretare ed applicare il diritto nazionale alla stregua dei vincoli derivanti dalla Convenzioni internazionali tra le quali, la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali così come interpretata dalla Corte di Strasburgo[9].

---

[4] Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, Jolly Mediterraneo, in *Cass. pen.,* 2007, 61 ss., nella quale si afferma che *«ad onta del nomen iuris, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale, sottaciuta forse per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale di rango costituzionale».*

[5] P. FERRUA, *La responsabilità penale-amministrativa delle imprese*, in *Dir. giust*., 2001, 29, 8 ss.

[6] *Relazione ministeriale*, paragrafo 1.1.

[7] Cass. pen., sez. VI.,18 febbraio 2010, n. 27735, Scarafia e altri, in *C.E.D. Cass.,* n. 247666; Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n, 36083, Mussoni, in *Cass. pen.,* 2010, 1939; Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Thyssenkrupp, in *Giur it., 2014,* 2566 ss.

[8] E. AMODIO, *Le fonti della procedura penale europea*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, a cura di P. CORSO ed E. ZANETTI, 2010, vol. 2, 3 ss.; A. BARBERA, *Le tre corti e la tutale multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti. Momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 89 ss.

[9] Concezione accolta e avallata dalla Corte Costituzionale, la quale, con le sentenze del 2008, n. 348 e n. 349, ha qualificato le norme della Convenzione come "parametro interposto" tra la legge ordinaria e quella costituzionale, sottolineando che, in caso di contrasto tra il diritto interno e la norma europea, il giudice non potrà disapplicare la norma interna confliggente, bensì sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione indiretta Convenzione alla luce dell'art. 117 Cost. primo comma, che obbliga lo stato italiano a conformarsi ai vincoli derivanti dai trattati internazionali e comunitari.

La Corte EDU, infatti, ha elaborato una nozione autonoma di "materia penale[10]", modellata sulla base di alcuni criteri in funzione dei quali, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato dal legislatore, alla qualificazione di una responsabilità come penale, ne segue l'immediata applicazione di quel complesso di garanzie, note come il "*fair trial*", riconosciute all'art. 6 della Convenzione.

Tre i criteri formulati dalla Corte: la qualificazione formale o sostanziale dal diritto interno come materia penale; il grado di affilittività della sanzione e la genericità dei suoi destinatari; la natura dell'infrazione. Tali criteri, alternativi e non cumulativi, devono guidare l'interprete in ordine alla considerazione di una materia come penale dalla quale deriva l'immediata conseguenza del riconoscimento delle garanzie previste per il procedimento penale, prime tra tutte le garanzie del *fair trial*, sancite nell'art. 6 CEDU.

Dall'applicazione dei suddetti criteri *sedes materiae*, non può non emergere che, attesa la natura afflittiva delle sanzioni applicabili agli enti, le garanzie del processo penale riconosciute alle persone fisiche, vadano applicate anche nei confronti del soggetto collettivo, nonostante la qualificazione della responsabilità come "amministrativa"[11].

A testimonianza di ciò, l'art. 36 del d.lgs., prevede che *«la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono»,* non è dunque accoglibile l'idea secondo la quale il legislatore avrebbe delineato un sistema di accertamento affidato al giudice penale con le garanzia del relativo procedimento, volendo escludere l'applicabilità, in quest'ambito, delle tradizionali regole costituzionali attinenti alla giustizia penale.

2. L'innesto degli enti fra i soggetti suscettibili di essere sottoposti al processo penale è stata una scelta rivoluzionaria: la sostituzione dell'uomo come centro di imputazione di diritti all'interno del processo, con l'ente, rischia, però, di scardinare i consolidati equilibri dogmatici e applicativi ed induce ad interrogarsi sul rapporto tra le garanzie tradizionalmente riconosciute all'imputato e i nuovi protagonisti della scena[12].

La stessa legge delega, infatti, aveva imposto l'introduzione di un microsistema processuale che si adattasse alle esigenze della persona giuridica, adottando come schema di riferimento la normativa generale contenuta nel codice di procedura penale: di conseguenza, l'art. 34[13], in termini oggettivi, estende le regole previste dal codice di rito al procedimento *de societate* e, l'art. 35[14], dal

[10] Corte EDU, 08 giugno 1976, Engel e altri *c.* Paesi bassi, da ultimo ribadita anche Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri *c.* Italia.

[11] V., G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 20 ss., sostiene, in modo assolutamente condivisibile, che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo imponga che il processo *de societate* si atteggi in modo da fornire le garanzie del "giusto processo" all'ente coinvolto; ciò postulando il principio espresso sulla base della CEDU. secondo cui il carattere penale di una sanzione costituisce un concetto autonomo, a prescindere dalla terminologia adottata dai singoli stati membri, poiché, diversamente, la discrezionalità del legislatore nazionale determinerebbe, mediante la qualificazione di una sanzione quale penale o amministrativa, l'ambito di applicazione della Convenzione stessa.

[12] G. G. MEZIO, *I diritti fondamentali delle* corporations *nel processo penale statunitense: lo strano caso del* privilege against self incrimination, in *Riv. dir. proc*., 2014, 1126 ss.

[13] L'art. 34 del d.lgs. prevede che «per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

[14] L'art. 35 del d.lgs. prevede che «all'ente si applicano le disposizioni processuali relativi all'imputato, in quanto compatibili».

punto di vista soggettivo, prevede che all'ente si applichino le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili.

In quanto tale l'autonomia del procedimento relativo agli illeciti amministrativi sembrerebbe essere attenuata dall'applicabilità delle norme del codice di procedura penale, anche se subordinate ad un vaglio di compatibilità, che si compendia, dunque, come il "diritto comune" per tutto quanto non espressamente previsto dal d.lgs. 231/2001.

Il risultato è una disciplina piuttosto complessa e articolata che pone non pochi problemi all'interprete viste le peculiarità del percorso esegetico da seguire.

Proprio la natura penale-amministrativa della responsabilità dell'ente ha indotto il legislatore ad estendere a quest'ultimo soggetto, in base al dettato dell'art. 35, le disposizioni processuali previste per l'imputato, di guisa che l'ente potrà beneficiare di ampie garanzie ed esercitare al meglio il proprio di diritto di difesa. Sebbene, la predetta equiparazione non determinerà l'assunzione della qualità di imputato da parte dell'ente - atteso che detto *status* è riservato solo alle persone fisiche - con la conseguenza che si potrà denominare il soggetto collettivo quale "incolpato".

Orbene, in un sistema di matrice accusatoria, in cui il contatto con l'autorità giudiziaria in ordine alla prova dei fatti oggetto di giudizio riveste un'importanza esemplare, stupisce come il d.lgs. 231/2001 non faccia alcun riferimento alla deposizione dell'ente o alla possibilità di sottoporre lo stesso ad interrogatorio.

Sembrerebbe deporre a favore dell'ammissibilità la Relazione governativa, nel momento in *cui afferma che «nello schema nulla si dice circa la possibilità di sottoporre l'ente ad interrogatorio attraverso il proprio legale rappresentante, tuttavia deve ritenersi che tale evenienza sia del tutto plausibile, dal momento che è stata operata una piena parificazione dell'ente all'imputato; il legale rappresentante sarà sottoposto ad interrogatorio per conto dell'ente con tutte la facoltà ed i diritti riconosciuti all'imputato, compresa la facoltà di non rispondere».*

La possibilità di ritenere esperibile l'interrogatorio nei confronti del soggetto collettivo, applicando le regole del codice di procedura penale, implica, però, un necessario adattamento della relativa procedura che, in quanto pensata per un soggetto persona fisica, sarà incompatibile con la persona giuridica. Per tale ragione, la possibilità di sottoporre l'ente ad interrogatorio richiederà necessariamente l'intermediazione di una persona fisica che "dia voce" all'ente e che possa esprimere la volontà del medesimo: il rappresentante legale. Quest'ultimo, sarà deputato a rappresentare l'ente in giudizio (salvi i casi di incompatibilità di cui all'art. 39[15]), ad esercitare il diritto di autodifesa spettante al soggetto collettivo e sarà il soggetto nei confronti del quale opererà la clausola di equiparazione dei diritti previsti per l'imputato fissata all'art. 35.

Tuttavia, il problema si coglie appieno ove si consideri che, secondo quanto affermato dalla Relazione governativa, l'art. 35 estende la normativa del codice di rito all'ente in quanto tale e non anche al rappresentante dello stesso, per il quale si è ritenuto sufficiente predisporre una disciplina speciale in materia probatoria, prevista all'art. 44[16].

[15] L'art. 39 del d.lgs. 231/01, prevede che «l'ente partecipa al procedimento tramite il proprio rappresentante legale salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo».

[16] La Relazione governativa al d.lgs. al paragrafo 15.2, afferma che «la parificazione all'imputato viene effettuata con riferimento all'ente in quanto tale e non al rappresentante legale, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in taluni casi lo considera anche un testimone (v. art. 44)».

Ecco perché la scelta di quella parte della dottrina che tende ad escludere la possibilità di sottoporre l'ente ad interrogatorio, si radica anche nella previsione di cui all'art. 44 che sembrerebbe fissare in capo al legale rappresentante un peculiare obbligo di testimonianza purché non rivestiva tale funzione al momento del fatto. Le perplessità nascono dal possibile cumulo in capo allo stesso soggetto, da un lato delle prerogative difensive riservate all'imputato, dall'altro dei doveri testimoniali propri di un soggetto estraneo al procedimento.

Non pare, però, accoglibile l'idea secondo la quale da simili incongruenze possa discendere l'esclusione in capo all'ente collettivo del diritto a rilasciare dichiarazioni o ad essere sottoposto ad interrogatorio per mezzo del proprio legale rappresentante ogni qual volta quest'ultimo non risulti incompatibile con l'ufficio di testimone[17] onde evitare la violazione del suo diritto di difesa e di vanificare la *ratio* dell'art. 35.

La possibile duplicità di posizioni che può assumere il soggetto legato dal rapporto organico con il l'ente è, dunque, concepibile sotto il profilo giuridico e procedimentale, considerando da un lato, la persona quale persona fisica distinta dall'ente e, in quanto tale, idonea all'assunzione dell'ufficio di testimone, e dall'altro, la persona fisica che agisce per conto dell'ente nei cui confronti saranno estendibili tutte le garanzie previste per l'imputato[18].

3. L'importanza delle prove orali e le particolarità da queste assunte nel momento in cui parte del processo diviene un soggetto collettivo anziché una persona fisica, hanno indotto il legislatore a dettare una peculiare disciplina per il procedimento *de societate.*

Ciononostante, nell'ambito del decreto 8 giugno 2001, n. 231, una sola disposizione è dedicata al tema delle prove che disciplina le ipotesi di incompatibilità a testimoniare: l'art. 44.

Emerge *icto oculi* che la citata disposizione presenta una formulazione criticabile: da un lato, infatti, si rimprovera al legislatore di aver adottato un'espressione lessicale dal significato assolutamente oscuro sotto più profili, dall'altro si evidenzia come la norma, lungi dall'essere esaustiva ed omettendo di considerare una pluralità di ipotesi, dia luogo ad innumerevoli dubbi circa la sussistenza dell'incompatibilità a testimoniare in capo a determinati soggetti.

Dalla circostanza che il legislatore abbia speso poche parole in relazione al settore probatorio, è ragionevole ritenere che si sia voluto, così, avvalere del generale rinvio alle norme del codice di procedura penale, grazie alla clausola di cui all'art. 34, per tutto quanto non espressamente disciplinato. Ne consegue che l'intera materia attinente alla formazione e alla valutazione delle prove nel procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente, risulta essere interamente disciplinata dalle disposizioni del libro terzo del codice di procedura penale, sia per quanto attiene alle disposizioni generali (artt. 187-193), sia per i singoli mezzi di prova (artt. 194-271), fatto salvo ovviamente il giudizio di compatibilità delle norme codicistiche con il procedimento *de societate*.

L'unica deroga alle suddette disposizioni codicistiche in tema di prove riguarda la testimonianza e, in particolare, consiste in una diversa e più specifica disciplina dell'istituto dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone.

---

[17] M. L. DI BITONTO, Le indagini e l'udienza preliminare, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità da reato. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, II ed., Milano, 2010, 613 ss.

[18] V. G. DE FALCO, *L'ente e il dibattimento: principi generali e problematiche specifiche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 76.

Nel prevedere la suddetta incompatibilità, l'art. 44 dispone che non può essere assunto come testimone: *a)* la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo; *b)* la persona che rappresenta l'ente nella dichiarazione di costituzione di cui all'art. 39 comma 2, e che rivestiva tale funzione al momento della commissione del fatto.

In buona sostanza, l'art. 44 sembrerebbe svolgere la medesima funzione dell'art. 197 c.p.p. nel momento in cui disciplina le tassative ipotesi di incompatibilità con l'ufficio di testimone che si pongono, come limiti negativi alla regola della generale capacità a testimoniare di cui all'art. 196 c.p.p.[19], prevedendo, al tempo stesso, uno strumento che sembrerebbe essere idoneo a sollecitare la collaborazione processuale dei soggetti coinvolti nella vicenda[20].

Il *puncutm dolens* si pone sull'asserita violazione del principio del *nemo tenetur se detegere*: atteso che l'audizione della *societas* richiede la necessaria interposizione della persona fisica, il problema si sposta inevitabilmente sul legale rappresentante, persona facultata a rendere dichiarazioni per conto dell'ente, e l'obiettivo diventa quello di individuare il regime giuridico da applicare a tale soggetto.

In particolare, la questione attiene al regime da applicare al rappresentante legale dell'ente se quello di imputato o di testimone ovvero quello di imputato di reato connesso o, ancora, uno *status* diverso[21].

Sembrerebbe, dunque, che lo scopo dell'art. 44 non sarebbe tanto quello di disciplinare i casi di incompatibilità a testimoniare, quanto quello di stabilire lo *status* del rappresentante legale dell'ente nel processo.

In buona sostanza, si tratterebbe di una clausola finalizzata ad evitare che possa sorgere, in capo ai soggetti indicati nel suddetto articolo, un obbligo penalmente sanzionato di rispondere secondo verità in dipendenza della posizione che questi possano assumere nel procedimento e nel ruolo ricoperto all'interno dell'organizzazione societaria[22].

La consapevolezza della peculiarità della posizione ricoperta dal rappresentante legale ha indotto il legislatore ad introdurre una disciplina garantista, evitando, però, che la tutela del soggetto potesse essere strumentalizzata dall'ente consentendogli di accedere ad un regime probatorio più favorevole. Ove infatti si fosse prevista la generale incompatibilità del rappresentante legale con il ruolo di testimone, l'ente avrebbe potuto nominare come rappresentante legale un potenziale teste a suo carico al solo fine di eludere l'obbligo per lo stesso di deporre, evitando, in tal modo, il rischio di una prova potenzialmente sfavorevole[23].

---

[19] Cosi, Corte cost, sent., 24 maggio 2000, n. 294, in *Giur. cost*., 2000, 2256 ss., con commento di C. CONTI, *Corte Costituzionale e incompatibilità a testimoniare: un'apparente interpretazione restrittiva con forti suggestioni analogiche*, in *Ind. pen*, 2000, 1263.

[20] R. A. RUGGIERO, *Le condotte di collaborazione previste nel d.lgs. 231 del 2001*, in *Cass. pen*., 2014, 399.

[21] Nell'ordinamento francese, gli artt. 706-44 del codice di rito accostano il ruolo del rappresentante dell'ente a quello del testimone, prevedendo la possibilità di condanna al pagamento di una multa in caso di mancata presentazione e consentendo anche la possibilità di comparizione coattiva.

[22] G. FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità da reato. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, II ed., Milano, 2010, 441.

[23] D'altro canto, che l'art. 44 riflette una deliberata opzione di politica legislativa, volta a privilegiare l'efficacia dell'azione di contrasto a fenomeni criminali a discapito dell'operatività del diritto al silenzio, è apertamente affermato anche dalla relazione ministeriale al d.lgs. 231 del 2001.

Tuttavia, le indubbie ragioni che hanno spinto il legislatore a non prevedere una generale incapacità a testimoniare per il rappresentante legale dell'ente, non sembra possano bilanciare l'eccessiva compressione del diritto di difesa del soggetto collettivo che il prefato art. 44 comporta.

Ed infatti, la previsione di cui alla lett. *b)*, se letta *a contrario*, lascia supporre l'esistenza di un obbligo di testimoniare in capo al soggetto che non rivestiva la funzione di rappresentante al momento dell'illecito.

Ora, se è vero che, da un lato, si pone l'esigenza di non perdere il contributo probatorio che possa essere apportato da un soggetto che, pur essendo rappresentante dell'ente, è personalmente estraneo alla vicenda, dall'altro lato, ai fini della effettiva difesa della società, è necessario che al legale rappresentante, anche nel caso in cui abbia assunto la carica dopo la commissione dell'illecito, sia garantita l'applicazione della disciplina tipica prevista per l'imputato.

Superato il primo approccio interpretativo, la citata norma lascia trasparire una serie di difficoltà: rispetto al novero delle ipotesi disciplinate, restano fuori una serie di casi rispetto ai quali si dovrebbe affermare l'obbligo di testimoniare[24], in base all'argomento dell'*ubi lex noluit tacuit*.

Stando dunque alla lettura del dato normativo, affinché sia integrata l'incompatibilità *de qua* si ritiene necessario che l'ente sia costituito nel procedimento e che la qualità di rappresentante legale sussista in entrambi i momenti, quello della commissione del reato presupposto e quello dell'accertamento dell'illecito che da esso dipende[25]. Da ciò ne deriverebbe che dovrebbero essere immuni da incompatibilità con la veste testimoniale: *a)* il rappresentante legale dell'ente non costituito nel procedimento; *b)* il rappresentante legale attuale che tale non era all'epoca del reato; *c)* il rappresentante legale all'epoca del reato che non sia più tale nell'attualità.

Dubbi emergono in ordine alla prima ipotesi (i.e. il rappresentante legale dell'ente non costituito) rispetto alla coerenza sistematica dell'impianto normativo: infatti, atteso che i rapporti tra ente e legale rappresentante non mutano a seconda dell'avvenuta o della mancata costituzione nel procedimento, si finirebbe per far dipendere il regime da applicare alle dichiarazioni del legale rappresentante in base alla scelta rimessa all'ente di costituirsi o meno.

Per tali ragioni, parte della dottrina ritiene che l'incompatibilità di cui all'art. 44 lett. *b)* debba sussistere in ogni caso, a prescindere dalla costituzione in giudizio dell'ente accusato che rimane una sua libera scelta.

Nondimeno, nell'ipotesi in cui si aderisse alla tesi opposta – quella secondo cui l'incompatibilità sussista solo in caso di avvenuta costituzione dell'ente in giudizio – ci si potrebbe interrogare circa il regime delle dichiarazioni rese dal legale rappresentante dell'ente non costituito in qualità di testimone laddove, successivamente, l'ente decidesse di costituirsi.

L'alternativa, a parere di chi scrive, sembra possa sussistere tra la considerazione della testimonianza resa come una prova inutilizzabile, in quanto assunta in violazione ai divieti stabiliti dalla legge (art. 191 c.p.p.), o come una prova legittimamente assunta.

Perplessità emergono, però, anche in merito alla mancata previsione di una incompatibilità a testimoniare per il rappresentante attuale dell'ente che tale non era al *tempus commissi delicti*,

[24] A. DIDDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc*., 2005, n. 9, 1166 ss.

[25] A. BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 52 ss.

rammentando che il soggetto che rappresenta l'ente viene parificato all'imputato (art. 35) non potrà quest'ultimo essere considerato come un soggetto estraneo al procedimento e dunque come un teste.

Orbene, considerato che un soggetto a conoscenza di circostanze rilevanti per la ricostruzione del fatto di reato sarebbe stato un dichiarante in ogni caso, si potrà ritenere coerente che lo stesso possa continuare a mantenere la qualità di testimone, anche laddove dovesse assumere, successivamente alla commissione dell'illecito, la carica di legale rappresentane dell'ente.

C'è da chiedersi, però, se quanto affermato, sicuramente valido per quanto attiene ai fatti appresi in epoca precedente all'assunzione della carica di legale rappresentante, sia ugualmente valido per i fatti appresi successivamente alla nomina.

In tale ipotesi, in virtu' del rapporto di immedesimazione organica e della clausola di equiparazione dell'ente all'imputato di cui all'art. 35, non può non riconoscersi al nuovo legale rappresentante il *privilege against self-incrimination*, di guisa che lo stesso non potrà essere obbligato a deporre sui fatti appresi in epoca successiva all'assunzione della carica sociale.

Incertezze, infine, emergono anche in relazione alla posizione del rappresentante legale che ricopriva tale funzione all'epoca del reato e che non sia più tale nell'attualità avendo perso la suddetta qualifica.

Quest'ultimo soggetto verrebbe in sostanza chiamato a deporre su carenze organizzative che lui stesso avrebbe dovuto eliminare e, dunque, su un fatto proprio: per tali ragioni vi è in dottrina chi ha ritenuto fosse necessario dover procedere ad una interpretazione estensiva dell'art. 44 per includere nel novero nei soggetti incompatibili con i doveri testimoniali anche il rappresentante dell'ente cessato dalla carica[26].

3.1. La lettera *a* dell'art. 44 del d.lgs. 231 del 2001 prevede che «*non può essere assunta come testimone la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo».*

In quest'ottica, vista la perfetta sovrapponibilità tra l'incompatibilità a rappresentare l'ente, nel caso in cui il rappresentante legale sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, e l'incompatibilità con l'ufficio di testimone, autorevole dottrina ha sostenuto che l'art. 44 sia la proiezione probatoria del divieto di cui all'art. 39 primo comma[27].

Si può ben comprendere allora il divieto posto dall'art. 39 a mente del quale l'ente non potrà costituirsi tramite il suo legale rappresentante imputato del reato dal quale dipende l'illecito amministrativo, atteso che costui per "liberare" l'ente da responsabilità, dovrebbe provare la sua stessa responsabilità, dimostrando che il fatto sia stato commesso in quanto egli non aveva dotato la struttura di un valido modello organizzativo ovvero in quanto lui stesso lo abbia fraudolentemente violato[28].

Come emerge dalla Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001, infatti, la *ratio* della previsione in esame si fonda su ragioni facilmente intuibili: "le persone che hanno commesso il fatto potrebbero

[26] A. DIDDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc*., 2005, n. 9, 1170.
[27] In questo senso, A. MARANDOLA, *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all'ente effettuate al rappresentante legale imputato del medesimo reato*, in *Giur. cost*., 2011, 3210 ss.
[28] A. DIDDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc*., 2005, n. 9, 1168.

vantare interessi in conflitto con quelli dell'ente (si pensi ad un amministratore che tenda a scaricare la responsabilità sull'ente o viceversa)[29]".

Il rischio di autoincriminazione è determinato dalla posizione processuale di imputato ovvero di indagato assunta dal dichiarante: in base al brocardo *"nemo tenetur se detegere"* – che spetta all'imputato ai sensi degli artt. 64 e 197 c.p.p. – nessuno può essere obbligato a deporre contro sé stesso in ordine a circostanze a sé sfavorevoli.

Ove, infatti, non si fosse prevista la suddetta causa di incompatibilità, l'imputato avrebbe assunto il ruolo di testimone su circostanze che integrano gli elementi del reato e, quindi, sarebbe stato costretto a deporre *contra se.* A ciò si aggiunga che lo stretto rapporto che intercorre tra il reato e l'illecito amministrativo è costruito in modo tale da far sorgere potenzialmente un netto conflitto di interessi tra l'imputato e l'ente stesso, determinando, in tal modo, il rischio di autoincriminazione.

La previsione della suddetta incompatibilità è posta, dunque, a tutela della stessa persona fisica ed è legata alla considerazione che l'ente, per andare esente da responsabilità, deve sostanzialmente dimostrare che il fatto non sia avvenuto nel suo interesse o che l'amministratore abbia commesso il reato tramite una elusione fraudolenta del modello.

Per tali ragioni, appare condivisibile l'assunto sostenuto da quella dottrina che, in forza del richiamo di cui all'art. 34, l'incompatibilità sarebbe stata comunque desumibile dall'applicazione *in subiecta materia* della disciplina di cui all'art. 197 c.p.p.[30] Quest'ultima norma vieta l'assunzione della qualità di testimone per gli imputati in un reato connesso ai sensi dell'art. 12 lett. *a)* e *c)* c.p.p. o probatoriamente collegato ai sensi dell'art. 371, secondo comma, lett. *b)* c.p.p.

Ciò posto, nel momento in cui si parifica la posizione dell'ente all'imputato e si riconosce all'illecito a carico dell'ente natura penale, non v'è ragione per escludere l'operatività delle condizioni d'incompatibilità previste dall'art. 197 c.p.p., laddove l'illecito addebitato all'ente sia connesso con altro illecito contestato ad altro ente[31].

Il legislatore non ha avuto, però, cura di esplicitare il grado di connessione che intercorre tra il reato e l'illecito; la lacuna normativa ha dato origine ad un vivace dibattito di cui, senza preteste di esaustività, ci si limita a riportarne solo la conclusione maggiormente accreditata, ovvero quella di ritenere che atteso il vincolo di pregiudizialità logico-giuridica che li lega, è plausibile qualificare il tipo di connessione in parola come una connessione forte, di guisa che la posizione dell'imputato debba ritersi assimilabile a quella dell'imputato in un reato connesso ai sensi dell'art. 12 lett. *a)* c.p.p. [32].

---

[29] Cosi, la *Relazione ministeriale* al d.lgs. 231 del 2001, par.16.

[30] Per tali considerazioni, si veda C. CORATELLA, *Guida alla responsabilità da reato degli enti*, in *Il Sole 24 ore*, 2008, 136.

[31] Secondo, A. BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 62 ss., a seconda dei casi si potranno configurare collegamenti fra illeciti amministrativi suscettibili di dar luogo a connessione forte o debole con le inevitabili ricadute per quanto concerne l'incompatibilità del legale rappresentane a testimoniare e la relativa disciplina.

[32] Secondo R. MONTANILE, *La difesa dell'ente imputato*, in *Dir. pen. proc*., 2012, 1123 ss., la società chiamata direttamente a rispondere dell'illecito e il rappresentante legale potrebbero essere considerati imputati in uno stesso fatto, con la conseguente applicazione del regime più garantito previsto in materia di connessione forte; secondo P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento,* in AA.VV., G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 237, l'illecito amministrativo commesso dall'ente e il reato posto in essere dalla persona fisica hanno il medesimo nucleo fattuale, per cui sarebbe formalistico negare l'applicabilità del regime previsto per la connessione nel medesimo reato, sulla base del rilievo che la qualifica giuridica sia diversa, illecito amministrativo da un lato, reato dall'altro.

Tale concorso, quindi, dà vita ad una fattispecie plurisoggettiva eterogenea all'interno della quale, l'autore del reato presupposto riveste il ruolo di agente principale e necessario al quale si affianca un nuovo partecipe, il soggetto giuridico, che coopera o meglio rende possibile la realizzazione del reato nel suo interesse o vantaggio, agevolandola.

Di conseguenza, il contributo probatorio della persona fisica dovrà essere assunto, di regola, secondo le modalità di cui all'art. 208 c.p.p., in considerazione del fatto che i due procedimenti siano riuniti. Diversamente, nei casi in cui i procedimenti siano stati separati, la disciplina di riferimento per l'esame della persona fisica nel procedimento contro l'ente, diventerà quella prevista dall'art. 210 c.p.p.

In base alla suddetta previsione, il dichiarante, sebbene abbia l'obbligo di comparire, potendo altresì essere disposto l'accompagnamento coattivo in caso di mancata comparizione, conserverà, però, il suo diritto al silenzio.

La suddetta incompatibilità, come previsto dall'art. 197 lett. *a)* c.p.p., opererà fino a quando la posizione dell'imputato non sia definita con sentenza irrevocabile di condanna, proscioglimento o applicazione della pena su richiesta delle parti, potendo solo in seguito a tali provvedimenti assumere la veste di testimone, secondo le modalità della testimonianza assistita di cui all'art. 197 *bis*, essendo il soggetto, a questo punto, tutelato dalla previsione di cui all'art. 649 c.p.p. dunque del divieto di *bis in idem*.

3.2. Anche la situazione di incompatibilità di cui alla lett. *b)* dell'art. 44 del d.lgs. 231/2001 appare sorretta da una chiara *ratio* giustificatrice: "essa discende dalla circostanza che all'ente è riconosciuta la condizione di imputato nel procedimento e, pertanto, la persona fisica che lo rappresentava al momento della commissione del reato che radica la responsabilità amministrativa, e che continua a rappresentarla nel processo, non può essere assunta come teste"[33].

In buona sostanza, l'incompatibilità a testimoniare è riferita alla persona che: *a)* rappresenta l'ente, indicata nella dichiarazione di costituzione di cui all'art. 39; *b)* rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato.

In questo caso è la collocazione al vertice della struttura aziendale all'epoca della commissione dell'illecito a suggerire particolare cautela in relazione a future iniziative giudiziarie.

La *ratio* è palese: si vuole evitare che il rappresentante legale si trovi ad essere costretto a rendere dichiarazioni auto-incriminatorie, in violazione del principio del *nemo tenetur se detegere*, sia per quanto riguarda un possibile personale coinvolgimento nel procedimento penale, sia per quanto concerne la responsabilità dell'ente che rappresenta.

In quest'ottica il responsabile legale dell'ente che rivestiva tale funzione al momento del reato potrebbe essere costretto, ad esempio, ad ammettere – pena la falsa testimonianza – di non aver predisposto o di non aver correttamente attuato i modelli, la cui adozione costituisce il fatto impeditivo della responsabilità dell'ente (art. 6, lett. *a*).

Dal tenore della norma e dal carattere eccezionale delle cause di incompatibilità, si deve ritenere che l'art. 44 lett. *b)* nel richiedere la compresenza di entrambe le condizioni, lasci supporre che il

[33] In questi termini si esprime la *Relazione ministeriale* al d. lgs. 231 del 2001, al par. 16.

rappresentante legale dell'ente che non rivestiva tale funzione al *tempus commissi delicti* sia compatibile con l'ufficio di testimone e in quanto tale obbligato a deporre.

In buona sostanza, il "nuovo" rappresentante legale che abbia assunto la carica successivamente all'epoca della commissione del fatto, assumerà proprio il ruolo di testimone con il dovere di presentarsi, di rispondere secondo verità, pur agendo in nome e per conto dell'ente e, dunque, con lo *status* di imputato con il conseguente riconoscimento dello *ius tacendi.*

Tale obbligo testimoniale assicura un contributo conoscitivo proveniente dall'interno dell'organizzazione della *societas,* ed è posto, come afferma anche la relazione, al fine di evitare manovre strumentali: si pensi all'ipotesi della società che nomini, quale legale rappresentante, la persona detentrice di informazioni rilevanti per l'affermazione della responsabilità dell'ente paralizzando in questo modo tutta l'attività di acquisizione probatoria[34].

Proprio in considerazione della *ratio* della norma, taluno ha fortemente criticato l'espressa mancata previsione dell'incompatibilità a testimoniare di qualunque rappresentante dell'ente – costituito o no, attuale o all'epoca dei fatti – atteso che si tratta in ogni caso di una persona che non è mai priva di interesse verso la vicenda giudiziaria concernente l'illecito amministrativo[35].

4. Orbene, nel caso di incompatibilità con l'ufficio di testimone, l'art. 44 comma 2 del d.lgs. 231/01 prevede che la persona che rappresenta l'ente possa essere *«interrogata ed esaminata nelle forme, con i limiti e con gli effetti previsti per l'interrogatorio e per l'esame della persona imputata in un procedimento connesso».*

Ne consegue che l'interrogatorio e l'esame del rappresentante incompatibile dovranno essere condotti osservando, rispettivamente, le disposizioni di cui agli artt. 363 e 210 c.p.p.

Ancora una volta, la disciplina risulta essere lacunosa dal momento che, da un lato, il legislatore, stabilisce che si debbano applicare le regole per l'esame dell'imputato in un procedimento connesso ma, dall'altro, non chiarisce che tipo di connessione debba intendersi esistente tra il reato presupposto e l'illecito amministrativo ascritto all'ente.

Come già visto, la maggior parte della dottrina concorda nel ritenere che, atteso che l'accertamento verte sul medesimo fatto, è giocoforza ritenere che il tipo di connessione in parola sia una connessione forte, di cui all'art. 12, lett. *a)* c.p.p.[36]

---

[34]G. FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità da reato. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, II ed., Milano, 2010, 498, osserva che per la sua natura di soggetto collettivo, l'ente può subire trasformazioni strutturali tali da renderlo soggetto diverso da quello che era all'epoca in cui è stato commesso il reato e che tale diversità rende privo di senso riconoscere l'incompatibilità a testimoniare ad un rappresentante legale che, di fatto, nulla ha a che fare con al precedete gestione.

[35] Sul punto, P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del d.lgs. 231 del 2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. pen*, 2002, 1575; A. BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 52 ss.; L. TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice fa il piano*, in *Giuda dir*., 2001, 86.

[36] Secondo R. MONTANILE, *La difesa dell'ente imputato*, in *Dir. pen. proc*., 2012, 1123 ss., la società chiamata direttamente a rispondere dell'illecito e il rappresentante legale potrebbero essere considerati imputati in uno stesso fatto, con la conseguente applicazione del regime più garantito previsto in materia di connessione forte; secondo P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento,* in AA. VV., G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 237, l'illecito amministrativo commesso dall'ente e il reato posto in essere dalla persona fisica hanno il medesimo nucleo fattuale, per cui sarebbe formalistico negare l'applicabilità del regime previsto per la connessione nel medesimo reato, sulla base del rilievo che la qualifica giuridica sia diversa, illecito amministrativo da un lato, reato dall'altro.

Pertanto, l'esame del rappresentante legale si svolgerà secondo l'art. 210 c.p.p., che predispone le regole dell'esame dell'imputato in un procedimento connesso, strutturate in base ad un assetto intermedio tra quello del testimone e quello dell'imputato.

Contrariamente all'esame sul fatto proprio, l'imputato in un procedimento connesso o collegato avrà l'obbligo di comparire (potendo in mancanza essere disposto l'accompagnamento coattivo) e potrà godere dell'assistenza del difensore dovendo, però, essere avvisato (art. 64 c.p.p.) circa la sua facoltà di non rispondere.

5. Se chiara, ed opportuna a parere di chi scrive, appare la disposizione di cui al primo comma dell'art. 44, lett. *a)*, che vieta l'assunzione della qualifica di testimone in capo alla persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, a causa dell'evidente insorgenza di un conflitto di interessi, oscura, al contrario, si presenta la previsione di cui alla lett. *b)* del medesimo articolo in tema di incompatibilità a testimoniare.

In particolare, quest'ultima opzione, nel richiedere congiuntamente la coesistenza delle due condizioni – essere il rappresentante indicato nella dichiarazione di costituzione ed aver ricoperto tale funzione al momento del fatto –, letta *a contrario* indurrebbe a negare lo *ius tacendi* al rappresentante legale dell'ente diverso da quello in carica al *tempus commissi delicti*.

Orbene, atteso che dalla circostanza che l'ente partecipi al procedimento attraverso il proprio legale rappresentante e che, ai sensi dell'art. 35, sia equiparato all'imputato in ordine al complesso di garanzie e facoltà difensive a quest'ultimo riconosciute dal codice di rito, non può non emergere che la previsione di tale implicito obbligo di testimonianza in capo al nuovo rappresentante legale dell'ente, strida con il diritto di difesa, a quest'ultimo garantito nell'estrinsecazione del diritto al silenzio.

La contraddizione trova origine nella stessa Relazione al d.lgs. 231/01 laddove, mentre al paragrafo 15.2, si premura di precisare che «la parificazione all'imputato sia stata effettuata con riferimento all'ente in quanto tale e non al rappresentante legale per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in alcuni casi lo considera anche un testimone (art. 44)», al paragrafo 18, precisa che «il rappresentante legale può essere sottoposto ad interrogatorio "per conto dell'ente" con tutte le facoltà e i diritti riconosciuti all'imputato, compresa facoltà di non rispondere».

L'art. 35, infatti, parifica l'ente all'imputato e, atteso che la società può partecipare al procedimento solo tramite il suo rappresentante legale, risulterebbe doveroso dover estendere a quest'ultimo le stesse garanzie del soggetto rappresentato, a cominciare proprio dal diritto al silenzio: sarebbe infatti una grave lesione del diritto di difesa se, dopo aver riconosciuto all'ente le garanzie dell'imputato, si costringesse a testimoniare chi lo "materializza" e gli da voce nel processo.

Del pari, se il rappresentante gode di tutte le facoltà e i diritti previsti per l'imputato, non gli si può certo imporre di testimoniare nel processo per l'illecito penale-amministrativo soltanto perché all'epoca dei fatti non rivestisse la medesima qualifica.

Ancora, è opportuno segnalare che il contrasto riportato non si esplica solo all'interno del microsistema dedicato al procedimento *de societate*, ma va ad estendersi anche sul piano dei principi costituzionali applicabili *sedes materiae.*

Non si può non evidenziare, infatti, che la duplicità di ruoli – tra imputato e testimone – risulta essere in contrasto con la garanzia dell'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24, secondo comma, Cost.), sotto forma del diritto al silenzio, nel momento in cui implicitamente afferma che l'imputato sia costretto a deporre contro sé stesso sul fatto di reato, non avendo il rappresentante legale tale funzione al momento di commissione dell'illecito.

In buona sostanza, poiché il rappresentante legale è il soggetto mediante in quale l'ente agisce, ove non si riconoscesse a tale persona fisica nell'esercizio delle sue funzioni la facoltà di avvalersi di tutta la disciplina di garanzia posta a tutela dell'imputato, indirettamente si precluderebbe all'ente di stare in giudizio con le medesime guarentigie riconosciute all'imputato[37].

Da tali considerazioni emerge, dunque, che la disciplina dell'art. 44, nella parte in cui discrimina la condizione del rappresentante legale a seconda dell'aver o meno ricoperto la sua funzione all'epoca della commissione dell'illecito, si traduce in una potenziale lesione del diritto di difesa dell'ente.

Pertanto, attesa la difficile interpretazione del precetto normativo, potenzialmente idonea a nuocere alla *societas*, la dottrina ha cercato di uscire dall'*impasse*, prospettando differenti soluzioni costituzionalmente orientate.

Autorevole dottrina[38] ha sostenuto che l'unico modo per risolvere il conflitto interpretativo sarebbe quello di negare la qualità di testimone al rappresentante, indipendentemente dalla sua qualifica al momento della commissione del reato. Ovviamente quest'ultima soluzione non sarà una scelta priva di effetti negativi sul piano dell'accertamento: in molti casi, infatti, andrà perso il suo contributo probatorio anche nel processo contro la persona fisica, dove il rappresentante, in quanto parificato all'imputato nel processo contro l'ente, resta comunque titolare di un diritto al silenzio.

Sicuramente, la scelta del legislatore della previsione dell'implicito obbligo di deporre per il legale rappresentante non in carica al *tempus commissi delicti*, nasce proprio dall'esigenza di evitare la dispersione del contributo probatorio di tale soggetto, ma, una tale scelta è stata ritenuta una "manovra maldestra" in quanto contrasta con i principi generali del sistema che la persona che rappresenti l'ente sia costretto a deporre contro il soggetto che esso stesso impersonifica nel processo.

Per tali ragioni, la stessa dottrina, *de iure condendo*, propone una soluzione compromissoria, fondata sulla testimonianza volontaria del rappresentante legale. In altri termini, nel corso delle indagini, il rappresentante viene sentito ai sensi dell'art. 64 c.p.p. nelle medesime forme previste per la persona sottoposta alle indagini, successivamente, nella fase del giudizio (fase alla quale sono dedicate le norme in tema di testimonianza), al rappresentante sarà rimessa la scelta tra avvalersi del diritto al silenzio, rendere dichiarazioni spontanee, o deporre come testimone con i relativi obblighi e, quindi, anche contro la persona fisica.

---

[37] P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del d.lgs. 231 del 2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. pen*, 2002, 1575.

[38] Di tale avviso, P. FERRUA, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo – Le anomalie del regime probatorio nel processo penale contro gli enti: onere della prova ed incompatibilità a testimoniare*, in *Giur. it*, 2009, 239 ss.; A. BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 58 ss.

Secondo altra parte della dottrina[39], invece, se si volesse davvero garantire appieno il diritto di difesa dell'ente nel suo processo penale, si dovrebbe evitare che gli appartenenti alla società possano accusarla, di guisa che sarebbe necessario costruire la previsione di una sorta di facoltà di astensione dall'obbligo di deporre motivata sul presupposto di essere essi stessi parte essenziale della persona giuridica imputata.

Altri autori[40] sono dell'avviso di ritenere la disposizione in esame priva di utilità, dal momento che la preclusione della testimonianza del legale rappresentante dell'ente discenderebbe dalla disposizione di cui all'art. 35, senza necessità di alcuna specifica previsione.

Nel tentativo di rivenire un ambito di applicazione della norma in commento, gli stessi autori affermano che l'obbligo testimoniale in esame, possa essere riferito non al rappresentante attuale dell'ente, bensì al rappresentante cd. "avvicendato", ossia quello in sostituzione del rappresentane legale incompatibile perché in conflitto di interessi.

Tuttavia, sembra trattarsi di una forzatura del dato testuale che, ad oggi, non ha ancora trovato spazio nelle prassi applicative, oltre che di una interpretazione "ortopedica", che si porrebbe in palese violazione con il divieto di analogia di norme eccezionali, come quella in materia di incompatibilità a testimoniare.

Non mancano, però, in dottrina[41], voci favorevoli alla scelta legislativa ritenendo che la *ratio* della incompatibilità miri a tutelare il rappresentante legale dal rischio dell'autoincriminazione.

Secondo questa ricostruzione, sarebbe necessario distinguere i ruoli del "nuovo" rappresentante: scindendo il ruolo della rappresentanza da quello di raccolta e acquisizione della prova andrebbe, riconosciuta una incompatibilità a testimoniare "ad intermittenza".

Il dichiarante acquisirebbe uno *status* processuale diverso a seconda dei temi di prova in merito ai quali sia chiamato a deporre: assumerebbe la posizione di testimone, rispetto ai fatti e alle circostanze strettamente concernenti il momento della commissione dell'illecito, non avendo a quel tempo rivestito il ruolo di rappresentante dell'ente; rivestirebbe, invece, la posizione di imputato, sia nel momento in cui assuma la rappresentanza dell'ente, esercitando i diritti difensivi spettanti a quest'ultimo nel procedimento che lo riguarda, sia rispetto ai fatti che riguardino l'attuale organizzazione dell'ente e che possano avere un qualche collegamento con l'illecito con il conseguente rischio di autoincriminazione della società rappresentata[42].

Infine, tra tutte le soluzioni interpretative proposte in dottrina, appare maggiormente condivisibile quella secondo cui il nostro sistema processuale, è già fornito al suo interno di un "antidoto" deputato a scongiurare il rischio di dichiarazione autoincriminanti[43]: l'art. 198 c.p.p. A mente del secondo comma di detta norma, infatti, il testimone non può essere obbligato a deporre sui fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale. Tale regola stabilisce un significativo

---

[39] H. BELLUTA, *Partecipazione e difesa dell'ente nel suo processo: primi (parziali) approdi interpretativi*, in *Le società*, 2010, 8, 1003.

[40] Di tale avviso, C. SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società,* in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 97 e ss.; M. CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in S. VINCIGUERRA – M. CERESA GASTALDO – A. ROSSI (a cura di), *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, 128.

[41] G. FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità da reato. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, II ed., Milano, 2010, 498.

[42] Secondo, G. MEZIO, *I diritti fondamentali delle corporations nel processo penale statunitense: lo strano caso del privilege against self incrimination*, in *Riv. dir. proc*., 2014, 1152 ss.

[43] V., M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa,* Napoli, 2012, 83 ss.

limite all'obbligo di verità imposto al testimone e costituisce espressione del cd. *privilege against self-incrimination.*

Tale interpretazione presuppone una lettura estensiva della locuzione «sua responsabilità penale», contenuta nello stesso art. 44, che andrebbe interpretata come equivalente di «responsabilità dell'ente».

In questo modo potrà essere rispettata la libertà di autodeterminazione del testimone: qualora al nuovo rappresentante dovessero essere posti quesiti che possano pregiudicare l'ente, il rappresentante legale potrà invocare il *privilege aginst self-incrimination*.

Certo è evidente che, adottando questa soluzione, molto sarà rimesso alla discrezionalità del giudice: competerà, infatti, a quest'ultimo il potere di escludere una domanda ovvero di obbligare il teste a rispondere. A ciò si aggiunga che le eventuali risposte ottenute in violazione ad un divieto probatorio sono inutilizzabili ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Orbene, è indubbio che la garanzia dell'inutilizzabilità sia troppo poco per la posta in gioco, atteso che il pregiudizio per il diritto di difesa dell'ente non è in tal modo eliminato ma, al più, solo attenuato se si considera che le rese dichiarazioni testimoniali, per quanto inutilizzabili, sono conosciute dal giudice del dibattimento e non potranno non influenzarlo ai fini della delibazione finale sull'innocenza o sulla colpevolezza dell'ente.

6. La disamina fin qui svolta circa l'interpretazione delle ipotesi di incompatibilità a testimoniare previste dall'art. 44 dà per scontato il riconoscimento dello *ius tacendi* nei confronti dell'ente incolpato e, quindi, la sua estrinsecazione, come corollario irrinunciabile del diritto di difesa, anche nel procedimento *de societate*. Occorre allora approfondire più nel dettaglio tale tematica partendo da una ricostruzione del diritto al silenzio in chiave internazionalistica e comparatistica.

Che nel processo penale nessuna persona accusata di un reato possa essere costretta a testimoniare *contra se*, sembra essere diventato, ormai, un canone fondamentale di civiltà giuridica definitivamente acquisito[44].

Ciò nondimeno, la consacrazione di tale principio a livello internazionalistico sembra essere piuttosto tardiva: solo con i Patti Internazionali sui diritti civili e politici, firmati il 16 dicembre 1996 a New York, l'art. 14, par. 3, lett. *g)* ha riconosciuto esplicitamente ad ogni accusato di un reato «il diritto a non essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessarsi colpevole»[45].

Al di là di questa esplicita previsione, la tutela dello *ius tacendi* dell'imputato nella prospettiva sovranazionale è generalmente intesa come un aspetto del diritto internazionale consuetudinario in materia di giustizia penale, in quanto regola tradizionalmente ispirata alla presunzione di innocenza che costituisce uno dei principi fondamentali consuetudinari internazionali.

Per tali ragioni, si può ritenere che il diritto al silenzio costituisca una regola cardine dello statuto della Corte penale internazionale per i crimini contro l'umanità[46].

---

[44] P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2006, 611.

[45] Per un commento della norma, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profili istituzionali*, Torino, 2005, 143 ss.; ID., *Processo e garanzie della persona,* II ed*., Le singole garanzie,* Milano, 1982, 168.

[46] S. ZAPPALÀ, *I diritti dell'accusato nel processo penale internazionale*, in CASSESE – CHIAVARIO - DE FRANCESCO, *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, 419.

Al contrario, manca qualsiasi esplicito riferimento al diritto al silenzio dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo; tuttavia, è opinione comune quella di ritenere che il diritto in parola possa essere insito nel nucleo centrale della nozione stessa di *fair trial* consacrata nell'art. 6 CEDU.[47]. Tale interpretazione è stata avallata anche dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo, la quale ha precisato che la *ratio* del diritto di ogni accusato di tacere e di non autoincriminarsi sia da individuarsi nell'esigenza di proteggere l'inquisito da eventuali coercizioni abusive dell'autorità[48].

Stante la mancata previsione esplicita del diritto al silenzio nella Convenzione, i giudici europei hanno riconosciuto l'esistenza dello stesso implicitamente desumendolo *in primis*, dal concetto di "processo equo", delineato all'art. 6 par. 1 CEDU, nella misura in cui esclude ogni forma di coercizione sull'imputato finalizzata ad ottenerne le dichiarazioni e, *in secundis*, dalla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2 C.EDU, in base alla quale, atteso che debba essere l'accusa a provare la colpevolezza dell'imputato, ove si pretendesse la testimonianza dell'imputato sul fatto proprio si determinerebbe l'inversione di tale onere istruttorio.

Venendo al nostro ordinamento, è opinione condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza quella di ritenere che il diritto al silenzio dell'imputato riceva anzitutto una tutela di rango costituzionale.

In questo senso, il primo riferimento va all'art. 24, secondo comma, della Costituzione che, nel sancire l'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, garantisce non solo la difesa tecnica, ma anche la cd. autodifesa.

Riconoscere, dunque, il diritto al silenzio quale fondamentale estrinsecazione del diritto di difesa equivale a riconoscere una prevalenza di quest'ultimo sulle stesse esigenze dell'accertamento penale[49].

Il diritto al silenzio opera nei rapporti diretti con l'autorità, avendo lo scopo di tutelare la libertà morale dell'imputato garantita dagli artt. 2 e 13 Cost.[50]; ciò comporta che l'individuo sottoposto a procedimento penale debba intervenirvi come persona consapevole della sua posizione (in particolare dell'addebito) e libera di autodeterminarsi nelle sue opzioni difensive, di guisa che spetterà all'accusato la scelta di decidere il contegno da assumere in risposta alle richieste delle autorità

---

[47] Cosi, senza pretese di esaustività, Corte EDU., 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, in M. DE SALVIA – V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. II, Milano, 2006, 177 ss.; Corte EDU, 8 febbraio 1996, *Murray c. Regno Unito*, in M. DE SALVIA – V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. II, Milano, 2006, 430; Corte EDU. 17 dicembre 1996, *Sanders c. Regno Unito*, M. DE SALVIA – V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. II, Milano, 2006, 533.

[48] G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, II ed., Torino, 2007, 154.

[49] Corte cost., ord., 26 giugno 2002, n. 291, in *Giur. cost.*, 2002, 2101, ha affermato che il principio del *nemo tenetur se detegere* è un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova nella peculiare situazione di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre.

[50] «Non vale il diritto al silenzio ad impedire l'utilizzazione delle dichiarazioni acquisite mediante intercettazione, cosi come non vale per impedire il compimento di atti coercitivi d'indagine, quali le ispezioni o le perquisizioni, che restringono diritti individuali garantiti da altre norme costituzionali». Cosi, G. ILLUMINATI, Nemo tenetur se detegere: *il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, Relazione al Convegno *«Diritto al silenzio e dichiarazioni incriminanti»* dedicato a Vittorio Grevi, Modena, 10 giugno 2011, 1265.

procedenti, sul se rispondere o tacere[51]. Inoltre, nella dogmatica italiana, l'esistenza dello *ius tacendi* viene desunta anche dal divieto di considerare colpevole l'imputato "fino alla sentenza definitiva" (art. 27, comma 2, Cost).

Tale presunzione, atteso che stabilisce che spetti all'accusa l'onere di provare la responsabilità dell'accusato, implicitamente afferma che il diritto al silenzio risponda all'esigenza di non capovolgere tale *onus probandi* e, dunque, di non costringere l'imputato a deporre o a discolparsi per evitare la condanna.

Atteso che ogni garanzia rappresenta un limite all'esercizio di un diritto, modulato in rapporto al valore che si voglia tutelare[52], è plausibile ritenere che l'osservanza delle norme di garanzia fondamentali stabilite dalla Costituzione possa comportare una limitazione all'attività di acquisizione probatoria con possibili ricadute sul terreno dell'accertamento processuale. Si tratta di un prezzo che occorre pagare, in nome di insopprimibili ed irrinunciabili principi di civiltà giuridica[53].

È chiaro, dunque, che in un processo di parti improntato ad una metodologia che deve necessariamente fondarsi sulla contrapposizione dialettica tra accusa e difesa, il diritto al silenzio possa assumere una funzione "ipertrofica", agendo come fattore di crisi rispetto all'esigenza di garantire la completezza dell'accertamento.

In quest'ottica, parrebbe necessario evitare che l'esercizio del diritto al silenzio, garanzia nata come intangibile estrinsecazione difensiva, possa travalicare i confini razionalmente tracciati arrivando a costituire un limite insormontabile all'accertamento dei fatti.

Venendo alla disciplina di cui ci stiamo occupando il legislatore delegato ha, con il decreto 231 del 2001, introdotto un variegato mosaico di situazioni soggettive che lascia intravedere la ricerca di difficili equilibri tra diritti delle persone e le garanzie delle *societas*. Ed è proprio su quest'ultimo fronte che si impone il ruolo centrale del diritto al silenzio, soprattutto alla luce delle prime esperienze applicative. Da esse affiora una tendenza a costruire un dovere di collaborazione del soggetto giuridico tale da costituire un limite all'operatività delle garanzie difensive.

Un orientamento favorevole alla riduzione degli spazi garantistici dei soggetti collettivi si era già manifestato nella giurisprudenza delle Corti di altri paesi ed in ambito europeo i quali erano propensi a ritenere che il *privilege against self-incrimination* dovesse essere escluso in forza dell'esistenza di un obbligo di collaborazione che grava sulle persone giuridiche.

Su questi spunti, autorevole dottrina ha infatti affermato che «*la responsabilità penale degli enti collettivi renderà più debole la posizione giuridica dell'individuo*[54]».

---

[51] Secondo M. L. DI BITONTO, I*l diritto al silenzio dell'imputato,* in *Proc. pen.,* 2008, 73, la garanzia della necessaria volontarietà del contributo dichiarativo proveniente dall'imputato esprime, inoltre, il più generale diritto di quest'ultimo al rispetto della sua libertà morale, garantita dagli artt. 2 e 13 Cost e trova un ulteriore avallo costituzionale nella presunzione di innocenza sancita all'art. 27, comma 2, Cost., che esclude in radice ogni possibilità di postulare in capo all'imputato doveri di collaborazione.

[52] Secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Roma-Bari, 2002, 132, *«il nesso indissolubile che sussiste tra lo schema epistemologico di tipo cognitivo e il sistema delle garanzie penali e processuali va inteso unicamente nel senso che i vincoli metodologici assicurati dal primo come condizioni di verità alla definizione e all'accertamento della devianza punibile corrispondono ai limiti normativi imposti dal secondo come condizioni di validità al sopruso potestativo».*

[53] V. PATANÈ, *Dichiarazioni sul fatto altrui e limiti allo* ius tacendi *dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.,* 2013, 329.

[54] K. VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, (del dattiloscritto) di G. MARINUCCI, Societas puniri potest: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2002, 1207 ss.

In particolare, nell'esperienza americana – ordinamento nel quale il *privilege against self-incrimination* si colloca nei diritti inglobati nel *due process* – un granitico orientamento della Corte Suprema ha negato l'applicabilità del citato principio alle *corporations* e agli altri soggetti collettivi[55].

Gli argomenti utilizzati dalla Corte Suprema a fondamento dell'esclusione dell'applicabilità del privilegio sono tre: la natura individuale del diritto in parola, che sarebbe finalizzato a garantire l'immunità della persona fisica dall'impiego di strumenti coercitivi capaci di condizionarne la libertà morale e preordinati ad ottenere condotte collaborative; le esigenze repressive che connotano tale forma di criminalità d'impresa che ne risulterebbero indebolite dalla riconoscibilità del suddetto privilegio; la dimensione artificiale del soggetto collettivo. Quest'ultima argomentazione potrebbe, nell'ordinamento italiano, condurre all'affievolimento delle garanzie riservate al soggetto collettivo e per l'effetto, ricadere "di rimbalzo" sulla posizione della persona fisica che agisce in nome e per conto di essa, comportando una simmetrica lesione dei diritti fondamentali dell'individuo.

L'esempio statunitense citato, comunque, mostra l'irriducibile difficoltà di adattare le garanzie tipiche del procedimento penale, storicamente plasmate su misura ed a protezione dell'individuo, ai nuovi protagonisti della scena.

Occorre, dunque, domandarsi che tipo di rapporto intercorra tra le prerogative riconosciute all'ente sottoposto a procedimento penale e quelle proprie dell'individuo che agisce in nome e per conto di esso.

Occorre, poi, chiarire se la persona fisica che rappresenta l'ente, chiamata a collaborare all'accertamento dei fatti, possa godere del privilegio contro l'autoincriminazione onde sottrarsi al rischio di fornire elementi di prova a sé sfavorevoli suscettibili di essere impiegati *contra se.*

Invero, lo *ius tacendi* è espressamente garantito alla persona fisica imputata del reato presupposto (art. 44, comma 1, lett. *a*) e al soggetto che rappresenta l'ente a norma dell'art. 39 e che abbia rivestito le stesse funzioni anche a momento della commissione del reato (art. 44, comma 1, lett. *b*). La ragion d'essere dell'incompatibilità a testimoniare è in quest'ultimo caso evidente: non si può esigere un contributo probatorio assoggettato all'obbligo di verità da parte di chi autore dei fatti oggetto di addebito e potrebbe, quindi, essere trascinato a *se detegere* nel riferire circostanze dalle quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale[56].

La stessa prerogativa – argomentando, invece, *a contrario* dal disposto dell'art. 44, comma 1, lett. *b)* – sembrerebbe essere stata negata al rappresentante dell'ente che non abbia rivestito questa funzione al momento della commissione dell'illecito.

In quest'ultimo caso, sebbene desti perplessità il fatto che il medesimo soggetto possa essere interrogato, o rendere dichiarazioni, in rappresentanza dell'ente e possa allo stesso tempo essere escusso come teste, l'esigenza di non precludere la possibilità di interrogare l'ente, per il tramite del suo legale rappresentante, rendono preferibile l'interpretazione volta a consentire tale duplicità di ruoli in capo al medesimo soggetto[57].

---

[55] *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *Silverthone Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920) Braswell v. United States, 487 U.S. 99 (1988). In dottrina, Strader, *White collar crime*, 3a ed., Lexis Nexis, 2011, 367 s.; AA.VV., *Principles of Criminal Procedure: Investigation*, 2a ed., West, 2004, 424 ss.

[56] E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen*., 2005, 332 ss.

[57] G. DE FALCO, *L'ente e il dibattimento: principi generali e problematiche specifiche*, in *Riv. amm. soc. enti*, 2007, 83.

Per tali ragioni, appare preferibile ritenere che il legale rappresentante dell'ente, rispetto al quale non si pongono profili di incompatibilità a testimoniare, sia il tramite per il quale l'ente possa rendere dichiarazioni o partecipare al procedimento ma, sia, al tempo stesso, anche un potenziale teste.

Sembrerebbe in contrasto con i canoni del nostro ordinamento attribuire al soggetto sottoposto ad accertamento, sia persona fisica o persona giuridica, l'obbligo di collaborare alla ricostruzione dei fatti.

A parere di chi scrive, come per l'esperienza statunitense citata, molto è rimesso alla dottrina e alla giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 44.

In quest'ottica, dunque, né l'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 Cost.), né la presunzione di innocenza (art. 27, secondo comma, Cost.), parrebbero suscettibili di applicazioni differenziate a seconda della qualità del soggetto sottoposto a procedimento penale: se si considera che il processo penale è stato scelto come sede per l'accertamento della responsabilità del soggetto collettivo, *a fortiori* è lecito ritenere che tutte le garanzie costituzionali previste per il procedimento penale per la persona fisica si estendano al procedimento *de societate.*

7. La legittimazione di un sistema punitivo rivolto alle persone giuridiche muove dalla constatazione che l'impresa è un centro in grado «*di generare o di favorire la commissione di fatti illeciti, anche delittuosi: se la persona giuridica è costruita dall'ordinamento come soggetto capace di agire, di esercitare diritti, di assumere obblighi, di svolgere attività da cui trarre profitto, è nella logica di un tale istituto che all'ente possa essere ascritto sia un agire lecito che un agire illecito*». Il crimine, infatti, ha perso la propria tradizionale connotazione antropomorfica: non è più concepito come il fatto antigiuridico e colpevole del singolo, ma si inserisce e si sviluppa all'interno di strutture complesse.

Tuttavia, l'ingresso sulla scena processuale di un soggetto meta-individuale – che smentisce uno degli aspetti cardine del sistema di giustizia penale, quello per cui unico protagonista delle dinamiche del giudizio è sempre stata la sola persona fisica – ha sin dalle prime applicazioni posto problemi in ordine alla possibilità di adattare le tradizionali garanzie ed i principi pensati per un processo a carico delle persone fisiche nei confronti di un soggetto collettivo.

Ad oggi, è possibile concludere che il terreno è stato ormai sgombrato dalle diatribe sulla natura della responsabilità delle persone giuridiche: si è infatti illustrato come le Sezioni unite della Cassazione, anche sull'onda della giurisprudenza europea, hanno definito la responsabilità come "sostanzialmente penalistica" a dispetto di qualsivoglia "etichetta" utilizzata dal legislatore.

Per tali ragioni possiamo ritenere che nel rito *de societate* sia pienamente garantita l'operatività di quella cornice di principi costituzionali ed europei (art. 6 CEDU), che storicamente presiedono all'accertamento della responsabilità penale.

Siffatta conclusione, invero, dipende non solo dal rilievo che il legislatore abbia optato per la scelta di avocare alla giurisdizione penale l'accertamento della responsabilità delle persone giuridiche, ma anche perché la stessa soluzione si sarebbe rivelata assolutamente priva di significato se poi, in concreto, si fosse limitata l'operatività di quei principi garantistici, che governano questo tipo di processo.

Nondimeno, si è avuto modo di sottolineare come la figura del legale rappresentante dell'ente

sia caratterizzata da una componente di ineliminabile ibridismo, dovuta al fatto che la sua posizione processuale sembra costantemente oscillare tra la parificazione all'imputato e la potenziale assunzione della veste di testimone.

Le evidenziate perplessità circa il dubbio che lo stesso soggetto possa rivestire nel procedimento il ruolo di testimone e, allo stesso tempo, essere deputato a svolgere le prerogative difensive riconosciute all'ente, non consentono di optare per l'esclusione del diritto al silenzio per il legale rappresentante.

Innegabile, in quest'ottica, è stato il tentativo del legislatore di svuotare di contenuti il significato del diritto al silenzio accordato all'imputato con la previsione dell'obbligo di deporre per il nuovo rappresentante dell'ente, comprimendo così una guarentigia qualificabile come proiezione in sede processuale dei principi costituzionali dell'inviolabilità della difesa e della presunzione di innocenza.

In sintesi, con l'art. 44 d.lgs. 231/01 il legislatore si è limitato ad introdurre due specifiche ipotesi di incompatibilità con l'ufficio di testimone che hanno prestato il fianco a profonde critiche, motivate dalla supposta incompletezza e laconicità nella trattazione di profili processuali di indubbio rilievo.

Dal punto di vista sistematico è stato necessario l'intervento da parte della dottrina e della giurisprudenza per colmare i vuoti di tutela che il legislatore ha lasciato anche in considerazione di quella clausola di rinvio di cui all'art. 34, che consente di fare rifermento al codice di rito per tutto quanto non disciplinato dal decreto 231/01.

Senza dubbio, l'originalità dell'impianto sanzionatorio e dei criteri di imputazione dell'illecito accrescono la sensazione di trovarsi davanti ad una riforma tra le più innovative, che punta in direzione di un superamento delle vecchie concezioni punitive: tutte incentrate sulla mera deterrenza delle sanzioni. Eppure, a parere di chi scrive, se, da un lato, non si possa negare che il d.lgs. n. 231 del 2001 rappresenti il pilastro fondamentale del nostro ordinamento in materia di responsabilità delle società, dall'altro, i vivaci contrasti in punto di prerogative difensive spettanti all'ente imputato si stanno rivelando così importanti da indurre a ritenere che, forse, non è stata dedicata sufficiente attenzione ai profili di garanzia.

Si auspica, quindi, che questi ultimi vengano rettamente codificati in una prossima novella del "sistema 231" al fine di rendere chiaro il contemperamento tra le esigenze di sanzionare l'ente con quelle di osservare i principi cardine del nostro sistema penale, non potendosi lasciare sempre all'interprete il compito di individuare ed adeguare la *ratio legis* agli inviolabili ed irrinunciabili principi di genesi costituzionale.

Semel mafioso semper mafioso: il requisito dell'attualità della pericolosità al vaglio delle Sezioni unite

ANTONIO MENNA

ABSTRACT

The United Sections, with a note released following the hearing of November 30, 2017, have communicated that the question "if, in the application procedure of personal prevention measures to the suspects of belonging to a mafia-type association, it is necessary to ascertain the requirement of the topicality of the dangerousness of the proposed "must answer yes. The contribution stems from the referral order to trace the terms of the interpretative contrast that arose within the simple sections of the Court and questions the etiology and the rationale of the presumption semel mafioso semper mafioso, with the relevant implications in terms of motivation. On the basis of the reflections developed in the order by the first Section, we can point out the weak points of that orientation that applies presumption to preventive measures. The decision of the United Sections is, therefore, shared with the desired "containment of risk" for personal guarantees.

SOMMARIO: 1. Premessa: presupposti di applicabilità delle misure di prevenzione personali e presunzioni. – 2. La riconducibilità ad una delle categorie di pericolosità ed il giudizio di pericolosità sociale. – 3. Giudizio di pericolosità sociale e presunzioni. – 4. L'attualità della pericolosità sociale. – 5. La pericolosità qualificata degli indiziati di appartenenza ad associazione di stampo mafioso. – 6. L'attualità della pericolosità: presunzione *iuris tantum* o accertamento in concreto?. – 7. La composizione del contrasto. – 8. Considerazioni conclusive.

1.Le misure di prevenzione personale applicate dall'autorità giudiziaria richiedono tre presupposti indefettibili (artt. 4 e 6, comma 1, d.lgs. n. 159/11)[1]: *a)* la riconducibilità della persona a una categoria di pericolosità delineata dal legislatore; *b)* la pericolosità (effettiva) della persona per la sicurezza pubblica, tale da rendere necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi di pubblica sicurezza; *c)* l'attualità della pericolosità sociale della persona.

L'accertamento dei tre presupposti ora indicati deve avvenire sulla base di elementi di fatto, con esclusione di sospetti, congetture e illazioni, che costituiscono mere intuizioni del giudice[2], pur in presenza di alcune decisioni in cui si continua a fare riferimento al termine "sospetto" utilizzato impropriamente per descrivere il carattere sintomatico del giudizio di pericolosità[3].

[1] Per un approfondimento dei presupposti di applicabilità delle misure di prevenzione personali cfr. F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali,* Milano, 2012, 61 ss.; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92,* Milano, 2012, 59 ss.

[2] Cass. pen., sez. I, 13 giugno 2007 (dep. 12 luglio 2007), n. 27655, Muscolino, in *C.E.D. cass.,* n. 236902; Cass. pen., sez. II, 28 maggio 2008 (dep. 26 giugno 2008), n. 25919, Rosaniti e altri, *ivi.,* n. 240629; Cass. pen., sez. un. 25 marzo 2010 (dep. 9 aprile 2010), n. 13426, Cagnazzo, *ivi,* n. 246271.

[3] Si legge, ad esempio, in Cass. pen., sez. II, 17 novembre 1993 (dep. 26 novembre 1993) n. 4464, Spada, in *C.E.D. cass.,* n. 195586: «nel giudizio di prevenzione… gli indizi possono essere desunti direttamente anche dai provvedimenti giudiziari non essendo necessaria l'acquisizione dei verbali… in quanto... il giudizio di pericolosità è a carattere

2.Con riferimento alla prioritaria verifica dell'appartenenza della persona ad una delle categorie oggi delineata dall'art. 4 d.lgs. n. 159/117[4] non può porsi un problema di operatività di presunzioni in considerazione della natura dell'accertamento, diretto alla valutazione dei fatti (certi) emersi e alla loro idoneità a consentire la collocazione del soggetto in una delle diverse fattispecie delineate dal legislatore. Anche se la categoria di pericolosità è delineata con riferimento all'indizio della commissione di un reato (art. 4, lett. *a)* e *b)*, d.lgs. n. 159/11), questo va verificato sulla base di fatti.

Accertata la riconducibilità della persona ad una categoria di pericolosità, occorre esaminare un secondo presupposto: l'esistenza della pericolosità sociale della persona. Se le misure di prevenzione personali sono strumenti di carattere preventivo predisposti dall'ordinamento per accertare *ante delictum* la pericolosità del soggetto, applicate a fini di difesa della società, un presupposto imprescindibile per l'applicazione è la pericolosità sociale della persona, che giustifica sia l'adozione della misura sia le esigenze di prevenzione sociale che questa è diretta a soddisfare.

In mancanza di pericolosità sociale non può esservi misura di prevenzione perché non vi è nulla da prevenire. Se la misura è stata applicata e si accerta che invece la pericolosità "erroneamente" è stata ritenuta, allora va revocata *ex tunc* per difetto originario dei presupposti[5]. La pericolosità sociale consiste in una valutazione globale della personalità del soggetto, risultante da tutte le manifestazioni sociali della sua vita, con riguardo all'intera condotta e nell'accertamento, in relazione alla persistenza nel tempo, di un comportamento illecito e antisociale, tale da rendere necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi di pubblica sicurezza. Va formulato, quindi, un giudizio prognostico che deve desumersi da elementi di fatto riferibili al soggetto – sintomatici o rivelatori della sua pericolosità, ma ovviamente pregressi rispetto al momento valutativo – accertando che vi sia la ragionevole probabilità della commissione di reati, tale da richiedere un particolare controllo da parte della pubblica sicurezza per prevenire possibili condotte antisociali[6].

3. Inizialmente, nel vigore della normativa di "tutela sociale", contenuta nel T.U.L.P.S. del 1931, da cui derivava la natura amministrativa delle misure di prevenzione, non vi era né la ragione né l'interes**se** a delimitare in modo rigido le categorie di pericolosità e il relativo giudizio di pericolosità sociale; anzi, la sommarietà dell'accertamento e il procedimento amministrativo di applicazione della misura comportavano che la valutazione della riconducibilità della persona alla

essenzialmente sintomatico e può essere fondato anche su semplici indizi ovvero su situazioni che giustificano sospetti e presunzioni». Espressioni analoghe sono riportate anche in sentenze recenti; cfr. Cass. pen., sez. II, 7 giugno 2013 (dep. 23 settembre 2013), n. 39146, Luppino e altri, *inedita.*

[4] Si tratta delle categorie (o fattispecie) di pericolosità (definite nella sentenza in commento "categorie criminologiche) che si possono così riassumere: a) pericolosità comune, artt. 4, lett. *c),* e 1, lett. *c),* d.lgs. n. 159/11, già previste dalla l. n. 1423/56; b) pericolosità qualificata, art. 4, lett. *a)* e *b),* d.lgs. cit., già prevista dalla l. n. 575/65, c) pericolosità diretta a prevenire fenomeni sovversivi, art. 4, lett. da *d)* a *f),* d.lgs. cit., già prevista dalla l. n. 152/75; d) pericolosità diretta a prevenire la violenza nelle manifestazioni sportive, art. 4, lett. *h),* d.lgs. cit., limitatamente all'ipotesi già prevista dall'art. 7 ter l. n. 401/89.

[5] Cass. pen., sez. un., 3 luglio 1996 (dep. 17 luglio 1996), n. 18, Simonelli e altri, in *Cass. pen.,* 1996, 3609 ss., con nota di P.V. MOLINARI, *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem*; Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 2006 (dep. 2 marzo 2006), n. 7636, Gremito, in *C.E.D. Cass., n. 233696*; Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2008 (dep. 1 dicembre 2008), n. 44601, Pagano, *ivi*, n. 241911.

[6] Cass. pen., sez. V, 14 dicembre 1998 (dep. 25 gennaio 1999), n. 6794, Musso e altri, in *C.E.D. Cass*., n. 212209; Cass. pen., sez. I, 5 maggio 1999 (dep. 9 luglio 1999), n. 3426, Di Carlo, *ivi,* n. 213838. Le espressioni dirette a descrivere il giudizio di pericolosità sono riportate, quasi testualmente, anche in sentenze recenti; cfr. Cass. pen., sez. I, 25 ottobre 2012 (dep. 23 maggio 2013), n. 22063, Ferraro e altri, *inedita*.

categoria di pericolosità e l'esistenza della pericolosità sociale venissero spesso a coincidere, non di rado confondendosi e intersecandosi i relativi elementi[7].

La giurisdizionalizzazione e la tipizzazione richieste dalla Corte costituzionale[8] recepite dalla legge n. 1423/56, hanno imposto la diversificazione dei due diversi presupposti per le categorie di pericolosità comune, le uniche all'epoca previste. La natura inizialmente poco determinata delle categorie di pericolosità, ricomprendenti ad esempio i vagabondi e gli oziosi, richiedeva, con evidenza, un accertamento specifico anche della pericolosità concretamente espressa dalla persona. Tale conclusione discendeva anche dal dato testuale dell'art. 2 (in tema di avviso orale) e dell'art. 3 (in materia di applicabilità della misura della sorveglianza speciale) legge n. 1423/56, secondo cui per l'applicabilità delle misure di prevenzione occorreva che le persone rientranti nelle categorie indicate dall'art. 1 fossero concretamente "pericolose per la sicurezza pubblica".

Per le categorie di pericolosità comune, dunque, non si parlava di presunzione della pericolosità sociale pur se le modifiche apportate dalla legge n. 327/88 all'art. 1 legge n. 1423/56, con l'esclusione della categoria degli "oziosi e vagabondi attuali" e l'ulteriore "precisazione" delle categorie di pericolosità, rendevano meno stringente e autonomo, soprattutto sotto il profilo degli elementi da cui trarre il giudizio, la verifica della pericolosità sociale. In tal senso deve essere letta quella giurisprudenza che fa riferimento a un giudizio "connaturato alla riscontrata sussistenza delle" categorie di pericolosità[9]. Per gli indiziati di mafia (art. 4, lett. *a)* d.lgs. n. 159/11) si afferma, invece, frequentemente l'operatività della presunzione della pericolosità sociale.

In realtà con tali espressioni si intende rappresentare un dato desunto dalla esperienza, secondo cui l'appartenenza all'associazione di tipo mafioso è indice "naturale" di pericolosità, pur se non può escludersi che partecipazioni con ruoli marginali possano richiedere un'espressa motivazione sull'esistenza della pericolosità sociale. Peraltro, quando la Corte sembra affermare la presunzione della pericolosità sociale per gli indiziati di mafia esamina in modo indifferenziato problematiche diverse, come l'accertamento dell'appartenenza indiziaria del soggetto all'associazione mafiosa[10] ovvero l'attualità della pericolosità sociale, utilizzando anche la mera presunzione, per affievolire le modalità di accertamento dell'indizio di appartenenza all'associazione[11]. In ogni caso non possono essere condivise le affermazioni di carattere generale sull'operatività della presunzione di pericolosità sociale perché misure limitative della libertà della persona non consentono presunzioni, peraltro in presenza del solo accertamento dell'appartenenza a una categoria di pericolosità derivante dalla partecipazione meramente indiziaria all'associazione.

Del resto, la Corte costituzionale ha sempre ritenuto violati i parametri costituzionali nel caso di presunzioni di pericolosità della persona non derivanti da valutazioni già espresse dal giudice[12]. Anche per gli indiziati dei delitti previsti dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. e 12-*quinquies* d.l. n. 306/92,

[7] F. MENDITTO, *L'attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia,* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.
[8] A partire da Corte. cost., sent., 14 giugno 1956, n 2, in *Giur. it.,* 1956, I, 1, 553.
[9] Cass. pen., sez. I, 7 giugno 2003 (dep. 5 luglio 2002), n. 25799, D'Ausilio, in *C.E.D. cass.,* n. 221586.
[10] Cass. pen., sez. V, 27 settembre 2004 (dep. 5 novembre 2004), n. 43432, Marsalone, in *C.E.D. Cass.,* n. 231016.
[11] Cass. pen., sez. I, 3 febbraio 2010 (dep. 26 febbraio 2010), n. 7937, Russo, in *C.E.D. Cass.,* n. 246308.
[12] Recentemente, Corte cost., sent. 8 luglio 2010, n. 249, in *www.cortecostituzionale.it.*

conv. nella legge n. 356/92 (art. 4, lett., b) d.lgs. n. 159/11) non opera alcuna presunzione[13]. Per le categorie di pericolosità dirette a prevenire fenomeni sovversivi (art. 4, lett. da *e)* ad *h),* d.lgs. cit.) egualmente va accertata in concreto la pericolosità sociale[14]. Il giudizio di pericolosità sociale, dunque, va formulato qualunque sia la categoria di pericolosità.

.

4.Accertata la riconducibilità della persona ad una categoria di pericolosità e la sussistenza in concreto della pericolosità sociale, per applicare la misura occorre verificare un ulteriore presupposto: l'esistenza della pericolosità al momento della decisione[15].

Tale requisito si pone in rapporto di stringente coerenza con la natura e la funzione delle misure di prevenzione quali strumenti di carattere preventivo che l'ordinamento predispone *ante delictum* per esigenze di tutela della società. Sicché la pericolosità dell'individuo ne giustifica l'adozione, legandosi a filo doppio alle pretese di prevenzione sociale che l'istituto ambisce a soddisfare. Viene così formulato un giudizio prognostico sulla ragionevole probabilità che si possano commettere futuri reati, tale da postulare un particolare controllo atto a prevenire successive condotte potenzialmente antisociali. Giudizio prognostico che, dovendosi imperniare su elementi di fatto riferibili all'individuo, ha ad oggetto circostanze sintomatiche rivelatrici della sua pericolosità, pregresse rispetto al momento valutativo nonché a quello applicativo. Invero, le questioni interpretative poste dalla nozione di pericolosità sono molteplici e articolate. Innanzitutto, viene in considerazione la difficoltà di ricostruire il concetto di pubblica sicurezza, cui la pericolosità dell'individuo deve attentare affinché gli si possano applicare le misure di prevenzione[16]. Tale nozione, infatti, sconta

---

[13] Trib. Napoli, sez. app. mis. prev., 9 dicembre 2010 (dep.), Pres. ed est. Menditto, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 9 dicembre 2010. Cfr. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92,* cit., 81 ss.: «Alla categoria originaria di indiziati di appartenenza ad associazione mafiosa, che aveva indotto il legislatore a emanare un'apposita normativa con la l. n. 575/65, sono stati aggiunti (nel 2008-2009) indiziati di numerosi delitti, ampliando a dismisura il presupposto della pericolosità qualificata ancorato alla probabilità di commissione di delitti. L'art. 4 d.lgs. n. 159/11 si è limitato a riprodurre la disciplina previgente. La forzatura legislativa appare evidente se si considera che, per individuare il presupposto di una misura preventiva, si estende l'indizio dalla connotazione della pericolosità relativa all'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso alla commissione di molteplici (seppur gravi) reati. Non sfugge che l'indizio di appartenenza a un'organizzazione criminale, particolarmente pericolosa quale quella di tipo mafioso, inteso come qualificata probabilità di partecipazione alla stessa, è elemento ben più rilevante, consistente e qualificante, sotto il profilo preventivo, rispetto all'indizio (qualificata probabilità) di commissione di reati, pur gravi. La perplessità deriva anche dal catalogo di delitti previsti dall'art. 51, comma 3 *bis,* c.p.p., che comprende anche reati non gravi (sotto il profilo edittale), rientrandovi qualsiasi delitto commesso per agevolare un'associazione di tipo mafioso o realizzato con modalità mafiosa, anche al di fuor di contesti associativi criminali. La scelta legislativa, comunque, corrisponde ai criteri di determinatezza individuati dalla Corte costituzionale e non appare irrazionale se la si ancora, da un lato, alla necessità della prova della realizzazione del reato di cui il soggetto deve essere indiziato dall'altro, ai presupposti, comunque necessari, per l'applicabilità di qualsiasi misura di prevenzione personale, vale a dire l'esistenza comunque della pericolosità del soggetto da accertare in concreto»

[14] Cass. pen., sez. I, 24 giugno 1980 (dep. 17 luglio 1980), n. 2024, Migostovich, in *C.E.D. cass,* n. 145874.

[15] A. QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite,* in *www.dirittopenalecontempraneo.it.*

[16] Così l'art. 1, lett. *c),* cod. ant., con riferimento ai destinatari delle misure preventive personali applicate dal questore e, in specie, l'art. 2, con riferimento al foglio di via obbligatorio, che postulano la pericolosità del proposto per la sicurezza pubblica. L'art. 1 è a sua volta richiamato dall'art. 4, co. 1, che individua i destinatari delle misure preventive personali applicate dall'autorità giudiziaria includendovi così i soggetti pericolosi per la sicurezza pubblica; la pericolosità per la sicurezza pubblica è, allo stesso scopo, richiesta dall'art. 6, co. 1, ai fini dell'applicazione della sorveglianza speciale. Infine, l'art. 4 è a sua volta richiamato dall'art. 16, che individua i soggetti destinatari delle misure preventive patrimoniali. Ne consegue trattarsi di requisito applicativo di tutte le misure di prevenzioni.

inevitabilmente le incertezze che ne hanno accompagnato il recepimento all'interno del ramo penalistico dell'ordinamento[17].

Sul punto, la dottrina si è interrogata su quali siano le esigenze di tutela connesse alla formula legale e se questa debba limitarsi a contemplare l'incolumità dei cittadini dalle condotte che minaccino di indebolire le condizioni minime di garanzia dello Stato[18], ovvero se vi si possano includere anche istanze ulteriori, riconducibili al più ampio e generico concetto di ordinato vivere civile[19]. A simili incertezze interpretative ha storicamente fatto da *pendant* la tradizionale tendenza a sovrapporre la pericolosità per la pubblica sicurezza delle misure di prevenzione alla pericolosità sociale postulata dalla disciplina delle misure di sicurezza[20]. Al riguardo, mentre la dottrina più risalente si è orientata nel senso di escludere l'identità concettuale delle due nozioni[21], la loro coincidenza è stata assunta dalla Corte costituzionale quando ha riconosciuto il medesimo fondamento e la comune finalità delle misure di prevenzione e di sicurezza in relazione alla prevenzione della pericolosità sociale del soggetto[22], ancorché non in maniera granitica[23].

---

[17] Il concetto è tradizionalmente impreciso e vago anche in ragione degli incerti confini che lo separano dalla continua nozione di ordine pubblico. Storicamente, per riempire di significato tale formula, si è fatto riferimento all'art. 1 del T.U.L.P.S., il quale prevede che «l'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà; cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle province e dei comuni, nonché delle ordinanze delle autorità; presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni». Tuttavia, stante l'ampia portata e la genericità della formulazione, tale norma non appare di per sé idonea a circoscrivere la nozione penalmente rilevante di sicurezza pubblica. A tale scopo vengono altresì in considerazioni le elaborazioni giurisprudenziali e dottrinarie sull'art. 650 c.p., con riferimento all'ordine legalmente dato dall'autorità per ragioni di sicurezza pubblica, nonché all'art. 328 c.p., in tema di rifiuto di atti d'ufficio che per ragioni di sicurezza pubblica devono essere compiuti senza ritardo. Prevalentemente, si ritiene che la funzione di pubblica sicurezza rientri in quella generica di polizia di sicurezza, vale a dire nella funzione diretta a prevenire o eliminare le esplicazioni sociali nocive o pericolose, al fine di assicurare le condizioni ritenute indispensabili per la civile convivenza. Si include in tale ambito, emblematicamente, la prevenzione dei reati. Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IX-2, Torino, 1939, 25.

[18] Così P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1974, 639, il quale ritiene in pericolo la pubblica sicurezza solo quando le condotte minaccino di indebolire le condizioni minime di garanzia dello Stato, manifestandosi attraverso quei soli reati capaci di incidere sulle fondamenta stesse della vita associata.

[19] Cfr. B. SICLARI, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1974, 58.

[20] La pericolosità sociale, in passato denominata altresì pericolosità criminale, è formalmente intesa come aspetto della capacità penale richiesto ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza. Dal punto di vista sostanziale, invece, è la condizione della persona, anche se non imputabile o non punibile, che dopo aver commesso un fatto previsto dalla legge come reato o quasi-reato, è probabile ne commetta di nuovi (art. 204, co. 1, c.p.), con la specificazione legislativa che la qualità di soggetto socialmente pericoloso si desume dalle circostanze di cui all'art. 133 c.p. Per una ricostruzione della nozione di pericolosità sociale relativa alle misure di sicurezza, nonché dei tipi di delinquenti pericolosi, sia consentito il rinvio a A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, VIII ed., Milano, 2003, 655 ss.

[21] Cfr. U. DE LEONE, *Contributo allo studio del processo di prevenzione*, in *Arch. pen.,* 1961, 51, secondo il quale, in materia di misure di prevenzione, non è possibile fare riferimento all'art. 133 c.p. in quanto, a differenza di quanto avviene in tema di misure di sicurezza, in ipotesi non viene in considerazione una situazione in cui è stato già commesso un reato

[22] Cfr. Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68, in *Giur. cost.,* 1964, I, 715. Nonché, più di recente, Corte cost., 6 dicembre 2013, n. 291, in *Giur. cost.,* 2013, 6, 4648, secondo cui «in considerazione della comune finalità delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione – volte entrambe a prevenire la commissione di reati da parte di soggetti socialmente pericolosi e a favorirne il recupero all'ordinato vivere civile, al punto da poter essere considerate come due *species* di un unico *genus* – e dell'inesistenza di un'indiscriminata esigenza costituzionale di omologazione delle rispettive discipline, nel caso di specie, tra il modello delle misure di sicurezza, che esige la reiterazione della verifica della pericolosità sociale anche al momento dell'esecuzione, e quello delle misure di prevenzione, che considera sufficiente la verifica operata in fase applicativa, salva l'eventuale iniziativa dell'interessato intesa a contrastarla – l'unico rispondente ai canoni dell'eguaglianza e della ragionevolezza è il primo».

[23] Non mancano nella giurisprudenza costituzionale prese di posizione nel senso della distinzione tra le due diverse misure. La Corte, in altre occasioni, ha infatti rimarcato la «netta differenziazione fra i due ordini di misure, per diversità di struttura, settore di competenza, campo e modalità di applicazione, specialmente per quanto si riferisce agli organi preposti a tale applicazione». Così Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68, cit., e, in analoga prospettiva, Corte cost., 5 maggio 1983,

Lo stesso ha fatto la Corte di cassazione, finendo per adottare un indistinto riferimento alla pericolosità sociale quale presupposto applicativo delle misure di prevenzione[24]. In ogni caso, la sovrapposizione della pericolosità per la pubblica sicurezza alla pericolosità sociale delle misure di sicurezza non consente, per ciò solo, di colmare il *deficit* di determinatezza del presupposto, atteso che, in entrambe le materie, si avverte la mancanza di criteri legislativi in grado di riempire di significato il giudizio prognostico affidato al giudice[25]. Uno dei profili di maggiore criticità del sistema di prevenzione *ante delictum*, dunque, sarebbe ravvisabile proprio negli incerti confini e nell'imprecisato contenuto del concetto di pericolosità, nonché nella connessa difficoltà di una sua prognosi, che risulti emendata da discrezionalità soggettive e nebulose astrattezze[26]. Ed invero, se analoghe difficoltà si riscontrano nel settore delle misure di sicurezza, non v'è dubbio che esse siano acuite rispetto alle misure di prevenzione, il cui presupposto non è la commissione di un reato o un quasi-reato, bensì la raccolta di elementi indiziari, o talvolta presuntivi, che depongono nel senso della concreta pericolosità del proposto[27].

Alcune pronunce giurisprudenziali affrontano tale difficoltà assumendo l'iscrizione del soggetto nel novero della categoria soggettiva di cui agli artt. 1 e 4 cod. ant. come elemento esso stesso dimostrativo della pericolosità del destinatario della misura preventiva. Ciò, in particolare, rispetto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, nei confronti dei cui indiziati di appartenenza è stato scandito, e più volte ribadito, il principio di diritto secondo il quale «la pericolosità del proposto è presunta dal legislatore sulla sola base dell'esistenza di indizi dell'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso»[28]. Nondimeno, modelli argomentativi di tipo presuntivo sono talvolta penetrati nella giurisprudenza di legittimità anche rispetto ai soggetti iscritti in fattispecie di pericolosità comune[29]. In un panorama costellato dai riferiti orientamenti giurisprudenziali, si

n. 126, in *Giur. cost.,* 1983, I, 751. Infine, Corte cost., 5 novembre 2014, n. 321, in *Cass. pen*., 2005, 414, con nota di P.V. MOLINARI, *Le misure di prevenzione e il diritto di difesa in Cassazione dimezzato*, ha affermato che «il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali»

[24] Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 22 marzo 2010, n. 11006, Rv. 246682, secondo cui «le misure di prevenzione, al pari delle misure di sicurezza, possono essere applicate anche se previste da legge successiva al sorgere della pericolosità sociale, in quanto la misura di prevenzione non presuppone un fatto specifico costituente reato, ma concerne uno stato di pericolosità attuale, alla quale la legge intende porre rimedio».

[25] Criticità, questa, segnalata più volte nel corso del tempo dalla dottrina, sia rispetto alle misure di sicurezza che nei riguardi delle misure di prevenzione, relativamente alle quali cfr. P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir*., vol. XXVI, Milano, 1976, 643, secondo cui «ciò che lascia veramente perplessi è la carenza di qualsiasi indice sicuro per l'accertamento della pericolosità».

[26] D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum,* Napoli, 1996, 181 ss. Più in generale, sulla crisi della nozione di pericolosità, v. E. LOMONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità delle misure di prevenzione personale. Le ragioni di un disagio,* in *Quest. giust.,* 1999, 730 ss.

[27] Così F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante-delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione (Atti del convegno di Alghero)*, Milano, 1975, 369, secondo cui, in tema di misure di sicurezza, la previsione della condanna per un reato come presupposto garantisce il rispetto del principio di legalità *ex* art. 25, co. 3, cost., mentre nel diverso ambito delle misure di prevenzione si avverte un maggior deficit di determinatezza, derivante dall'assenza di una definizione positiva di pericolosità.

[28] Cfr. Cass. pen., sez. I, 15 maggio 2007, n. 23869 in *Guida dir., 2007*, n. 29, 100.

[29] In tal senso, paradigmaticamente, rispetto ai soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi, o viventi abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose, ovvero dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza e la tranquillità pubblica. In tali ipotesi, si è affermato, il giudizio di pericolosità risulterebbe «connaturato alla riscontrata sussistenza delle suindicate condizioni, essendo alquanto difficile immaginare che soggetti rispondenti alle descritte caratteristiche possano essere, al tempo stesso, non pericolosi per la sicurezza pubblica, latamente intesa». Cfr. Cass. pen., sez. I, 22 marzo 1996, in *Cass. pen.,* 1997*,* 538.

distingue e si apprezza senz'altro l'opinione dottrinale che correttamente intende il giudizio di pericolosità come momento valutativo distinto e autonomo rispetto a quello concernente l'appartenenza del soggetto a una delle categorie soggettive di cui agli artt. 1 e 4 cod. ant.[30]

Distinzione, quest'ultima, che la stessa Corte costituzionale ha dimostrato di condividere affermando che «l'appartenenza a quelle categorie [di soggetti pericolosi] è invero condizione necessaria, ma non sufficiente per la sottoposizione a misure di prevenzione: affinchè in concreto tali misure possano essere adottate, occorre, infatti, anche un particolare comportamento che dimostri come la pericolosità sia effettiva ed attuale e non meramente potenziale»[31]. Analogamente ha ritenuto la Corte di cassazione, statuendo che rientrare in una delle categorie criminologiche tipizzate dal Codice delle leggi antimafia costituisce condizione preliminare, ma non sufficiente, per l'applicazione della misura di prevenzione personale, in quanto le categorie in questione rappresentano meri indicatori del pericolo rappresentato dall'individuo per la società, sussistendo invece «la necessità di un autonomo giudizio di pericolosità soggettiva legittimante l'applicazione della misura»[32].

Peraltro, è lo stesso assetto del codice delle leggi antimafia a confermare la doverosità di un duplice e separato accertamento della pericolosità per la pubblica sicurezza rispetto a quello dell'iscrizione del soggetto in una fattispecie indiziaria, atteso che l'art. 6 riferisce il requisito della pericolosità per la pubblica sicurezza a ciascuna delle classi soggettive di pericolosità, diversamente da quanto accadeva nel precedente assetto normativo[33].

Nondimeno, permangono le criticità connesse all'individuazione di indici saldi ai quali ancorare e parametrare tale autonomo momento valutativo. Tali difficoltà sono acuite dall'ulteriore considerazione che trattasi di giudizio prognostico (ora per allora), atteso che ne costituisce oggetto il futuro comportamento del proposto. E c'è la connessa problematicità di selezionare gli elementi obiettivamente identificabili (e non rimessi all'arbitrario apprezzamento del giudicante) su cui imperniare il giudizio di pericolosità, autonomi rispetto a quelli relativi alla sussumibilità del proposto in una delle fattispecie indiziarie tipizzate[34].

Alla stregua della casistica giurisprudenziale, elementi rivelatori della pericolosità sono ritenuti l'associazione o la relazione del proposto con altri soggetti socialmente pericolosi come anche

---

[30] Cfr. B. SICLARI, *Le misure di prevenzione*, cit., 53 ss. e, più recentemente, R. GUERRINI-L. MAZZA-S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione, profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004, 98 ss.

[31] Cfr. Corte cost., 17 marzo 1969, n. 32 in *Giur. cost.,* 1969, 447.

[32] Cfr. Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641, Rv. 260104, a mente della quale «in tema di misure di prevenzione personali, la valutazione del requisito di attualità della pericolosità sociale deve essere effettuata per tutte le categorie dei soggetti indicati nell'art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, che possono essere assoggettati a misure di prevenzione personali con la conseguenza che, non essendo ammissibile una presunzione di pericolosità derivante esclusivamente dall'esito di un procedimento penale, è onere del giudice verificare in concreto la persistenza della pericolosità del proposto, specie nel caso in cui sia decorso un apprezzabile periodo di tempo tra l'epoca dell'accertamento in sede penale e il momento della formulazione del giudizio sulla prevenzione».

[33] Così osserva F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali. Nel codice antimafia, in materia di stupefacenti, nell'ambito di manifestazioni sportive*, Milano, 2012, 119 ss.

[34] Come acutamente osservato dalla dottrina, anche nel procedimento di prevenzione si impone l'ossequio del principio di legalità, il quale osta a imperniare l'applicazione delle misure preventive su presupposti ampiamente indeterminati che rischiano di reintrodurre il modello del tipo di autore, incentrato sul modo di essere del soggetto piuttosto che sui caratteri obiettivi della di lui condotta. Cfr. G. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità,* in *Foro it.,* 1987, II, 367.

l'accertata predisposizione al delitto desumibile dalle condanne o dalle denunzie a suo carico[35]; del pari, è indicatore di pericolosità quel comportamento illecito e antisociale che renda necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi di pubblica sicurezza[36]. Per quanto attiene ai precedenti penali o alla stessa pendenza di procedimenti penali, essi non sarebbero *ex se* se sufficienti a fondare un giudizio di pericolosità. Si tratta, piuttosto, di meri fattori da tenere in considerazione in una valutazione complessiva circa la personalità del soggetto[37].

Per converso, viene esclusa la rilevanza del solo rapporto di parentela con individui gravati da precedenti penali e, più generalmente, di qualsiasi circostanza alla quale la persona non abbia dato causa[38]; mentre le condizioni di salute del soggetto proposto, anche se gravi, vengono ritenute irrilevanti ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione, laddove venga accertato che esse non rimuovono le manifestazioni comportamentali illecite e, quindi, la pericolosità individuale[39]. Ne consegue che la valutazione di pericolosità del soggetto proposto non può limitarsi a prendere in considerazione una sola circostanza sintomatica. Piuttosto, elementi come i precedenti penali devono essere apprezzati insieme ad altri indici di pericolosità soggettiva, quali ad esempio l'esistenza di recenti denunzie per gravi reati, il tenore di vita, l'abituale compagnia di pregiudicati e di soggetti sottoposti a misure di prevenzione, nonché in altre manifestazioni oggettivamente contrastanti con la sicurezza pubblica. Tutto ciò, nella prospettiva giurisprudenziale, sarebbe idoneo a rappresentare un'immagine globale della *«intera personalità del soggetto come risultante da tutte le manifestazioni sociali della sua vita»*[40].

La richiamata casistica, tuttavia, restituisce un quadro tendenzialmente sfocato, confermando la sensazione di non sufficiente determinatezza e sfuggente arbitrarietà del giudizio di pericolosità. Problema, questo, che risulta acuito dalla considerazione che gli indici sintomatici di pericolosità vengono spesso desunti dalle informative di polizia giudiziaria e dai verbali del processo di cognizione versati nei processi di cognizione, anche se conclusi con assoluzione. E sebbene il principio del "doppio binario" giustifichi l'irrogazione di una misura preventiva a dispetto dell'assoluzione nel processo penale, si è rilevata criticamente la singolarità dell'assenza di casi inversi, in cui alla condanna in sede penale segua il rigetto della richiesta di applicazione della misura di prevenzione per difetto di pericolosità per la pubblica sicurezza. Ciò, probabilmente, proprio a cagione della svalutazione subita dal giudizio di pericolosità, specialmente in materia di criminalità mafiosa[41].

5. Il giudizio di pericolosità, come parzialmente anticipato, è destinato a declinarsi in modo del tutto peculiare nel caso in cui il soggetto proposto appartenga ad una fattispecie di pericolosità qualificata per connessione alla criminalità organizzata, il cui archetipo è paradigmaticamente

[35] Cons. st., sez. VI, 17 giugno 2009, n. 3963, in *Foro amm.,* VI, 2009, 1551.
[36] Cass. pen. sez. I, 5 maggio 1999, in *Cass. pen.,* 2000, 1051.
[37] Cfr., altresì, i numerosi precedenti giurisprudenziali richiamati da P.V. MOLINARI-U. PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002, 137.
[38] Cfr. Cass. pen., sez. V, 2 giugno 1993, in *Cass. pen.,* 1994, 1346.
[39] Cfr., Cass. pen, sez. V, 16 giugno 2002, in *Cass. pen.,* 2005, 1384.
[40] Cfr. Cass. pen., sez. V, 28 marzo 2002, n. 23041, in *Cass. pen*., 2003, 605.
[41] In questi termini F. SICILIANO, *Le misure di prevenzione antimafia,* in *Giust. pen*., 1998, II, 255 ss.

costituito dall'indiziato di appartenenza all'associazione di stampo mafioso *ex* art. 416 *bis* c.p. Tale fattispecie di pericolosità è stata originariamente introdotta dalla legge 31 maggio 1965, n. 575 (c.d. "legge fondamentale contro la mafia"), alla quale si attribuisce l'avvio del primo processo di profonda trasformazione del diritto della prevenzione[42].

L'assunzione della medesima fattispecie incriminatrice come presupposto sia del procedimento penale che di quello di prevenzione, tuttavia, impone di mettere a fuoco la differenza tra i presupposti dei due procedimenti. Cosa che la giurisprudenza ha fatto, sostenendo che «l'indiziato di associazione di stampo mafioso [...] non è un indiziato di reità, ma [...] un indiziato di prevenzione, che si identifica principalmente con coloro i quali, perseverando in una sintomatica condotta di vita, è probabile che finiscano per omologarsi all'associato mafioso o camorristico, divenendo tali essi stessi e quindi perseguibili anche in sede penale»[43]. In particolare, l'elemento distintivo tra l'area della repressione penale "classica" e quella della prevenzione *ante delictum* risiederebbe nella differente forza del nesso probatorio tra soggetto e fatto, con l'effetto di sussumere all'interno del perimetro del procedimento di prevenzione le ipotesi "intermedie" in cui le prove raccolte superano il mero sospetto ma non acquistano ancora la consistenza di autentica prova indiziaria. Sicché, il processo di prevenzione racchiuderebbe l'area che dal sospetto, ancorché fondato su fatti valutabili oggettivamente**,** e giunge fino all'indizio prossimo alla prova indiziaria; mentre il processo penale si estenderebbe sul territorio probatorio che va dall'indizio suscettibile di approfondimento o completamento e giunge sino alla prova vera e propria[44]. Nondimeno, le riforme avvicendatesi nella materia hanno fatto in modo che le misure di prevenzione, non più circoscritte

---

[42] Tale intervento riformistico mirava a ristabilire la credibilità dello Stato, sensibilmente pregiudicata a causa della difficoltà di statuire, in seno al processo penale, la responsabilità degli affiliati a tali sodalizi per specifici fatti di reato. Si sono così sostituiti i rigorosi standard probatori circa le condotte criminose, necessari ai fini del processo (e della condanna) penale, con gli indizi di appartenenza all'associazione mafiosa, bastevoli in seno al procedimento di prevenzione. A tal fine si è attribuita alla magistratura un'autentica "delega in bianco" nella determinazione della nozione di associazione mafiosa, a quel tempo non ancora positivizzata legislativamente. È stata questa, dunque, l'occasione per la giurisprudenza di forgiare talune delle categorie che, con il tempo, sarebbero divenute le colonne portanti della normativa antimafia. R. SCARPINATO, *La dimensione imprenditoriale della criminalità organizzata e le sue nuove forme di manifestazione: l'analisi sociologica, l'accertamento giudiziario e l'applicabilità della normativa di prevenzione ai nuovi fenomeni criminali*, relazione per l'incontro di studio sul tema *Le misure di prevenzione patrimoniali,* organizzato dal C.S.M. a Roma nei giorni 28-29 aprile 2005, in *www.csm.it.* In sede interpretativa sono stati così definiti i requisiti essenziali della fattispecie incriminatrice dell'associazione di stampo mafioso, rilevante a titolo di presupposto per il procedimento di prevenzione, che la successiva Legge 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. "legge Rognoni-La Torre") ha recepito nella corrispondente figura di reato di cui all'art. 416 *bis* c.p.

[43] Trib. Napoli, decr. 30 gennaio 1986, in *Foro it*., 1987, II, 366.

[44] Una risalente e annosa ambiguità è quella che porta a sovrapporre indebitamente i distinti concetti di "indizio" e di "prova indiziaria". Tale "trappola semantica" è dovuta alla polivalenza della locuzione "indizio", che risulta difficile da ricondurre a una nozione unitaria. Occorre dunque puntualizzare la mancata corrispondenza concettuale celata dall'utilizzo del medesimo termine. In particolare, secondo una concezione più risalente, la prova sarebbe idonea a sorreggere un giudizio in termini di certezza, mentre l'indizio sarebbe idoneo a giustificare il convincimento del giudice solamente in termini probabilistici o di verosimiglianza a titolo di *probatio minor*. In termini, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, VII ed., 2000, Milano, 186. La successiva elaborazione dottrinaria ha spostato la distinzione tra le nozioni non sull'inferiore capacità probatoria dell'indizio, ma sulla «modalità logica della conclusione successiva all'inferenza fondata sull'elemento di prova». Così G. UBERTIS, voce *Prova* (in generale), in *Dig. disc. pen*., vol. X, Torino, 1995, 315. Sicché, nella prova in senso stretto la conclusione inferenziale si ottiene utilizzando esclusivamente leggi logiche o scientifiche non probabilistiche; mentre nell'indizio vi sarebbe l'applicazione di massime di esperienza a titolo di leggi scientifiche probabilistiche. Ne consegue che l'art. 192, co. 2, c.p.p., in forza del quale «l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che non siano gravi, precisi e concordanti», identifica la prova indiziaria (anche detta prova critica, logica o indiretta): il ragionamento in forza del quale, muovendo da un fatto certo, si può ricavare, mediante inferenze logiche, l'esistenza di un fatto incerto.

nello spazio intermedio tra sospetto e prova indiziaria lasciatole residualmente dal processo penale, iniziassero a svolgere un ruolo complementare e integrativo della repressione penale tradizionale. Procedimento di prevenzione e processo penale sono così divenuti due momenti di un integrato sistema di contrasto delle forme di manifestazione della criminalità mafiosa[45].

In questo rinnovato scenario, le misure di prevenzione hanno mutato volto e funzione. Se dapprima esse costituivano una sorta di surrogato della sanzione penale in assenza di elementi probatori sufficienti a imbastire un giudizio penale, quasi fossero delle misure non tanto *praeter delictum* bensì *praeter probationem delicti*[46], adesso divengono strumento di controllo di quei soggetti rimessi in libertà a seguito di un arresto o anche di una condanna per reati di tipo mafioso ovvero indiziati per altri gravi delitti[47]. Tanto premesso, la fondamentale differenza tra fattispecie incriminatrice e fattispecie di pericolosità si sostanzia nel concetto di "partecipazione", evocato dall'art. 416 *bis* c.p., e in quello di "indiziato di appartenenza", richiamato dall'art. 4, co. 1, lett. *a)* cod. ant. Mentre il termine "indiziato" ha una connotazione processuale, segnatamente probatoria, la locuzione "appartenenza" ha una portata sostanziale e va adeguatamente diversificata dalla "partecipazione" in cui si sostanzia il reato associativo. Ne consegue che, mentre il riscontro della responsabilità penale deve basarsi almeno sulla ricorrenza di indizi "gravi, precisi e concordanti", l'accertamento della pericolosità ben può fondarsi su un substrato di "indizi sufficienti"[48].

Infatti, l'indagine circa la pericolosità soggettiva dev'essere orientata finalisticamente non all'accertamento della sussistenza di un fatto di reato, ma nel senso di acclarare, mediante un procedimento valutativo di tipo sintomatico, il modo di essere di una persona e la sua abituale condotta di vita nella illegalità.

Il consolidato orientamento del giudice di legittimità ricomprende nel concetto di appartenenza – più ampio di quello di partecipazione evocato dalla norma penale – tanto l'indiziato partecipe dell'associazione di tipo mafioso quanto l'indiziato di concorso esterno. In tal senso, infatti, depone una risalente e ciononostante ancora attuale pronuncia della Corte di cassazione, la cui eco si avverte nitidamente fino alle sentenze più recenti, a mente della quale: «nell'area dei soggetti indiziati di

[45] Proprio nella prospettiva della complementarietà tra sistema di prevenzione e sistema penale, il legislatore del codice delle leggi antimafia ha modificato la precedente formula legale che tipizzava la fattispecie di pericolosità qualificata. Dapprima, infatti, si faceva espresso riferimento ai soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra, alla 'ndrangheta o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli dell'associazione di stampo mafioso (art. 1 della legge n. 575/1965, come modificato dalla legge n. 646/1982). Adesso, invece, l'art. 4 cod. ant. fa riferimento agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 *bis* c.p., in tal modo ponendo in essere un autentico rinvio normativo, che, assumendo valore non meramente formale, riprova l'identità del fenomeno criminale preso a riferimento tanto dalla repressione penale quanto dal diritto della prevenzione. E che consente di applicare le misure di prevenzione anche ai membri di associazioni mafiose straniere, mancanti nella precedente dizione legislativa ed espressamente contemplati dall'art. 416 *bis* c.p.

[46] R. SCARPINATO, *op. ult. cit.,* 8 ss.

[47] Ciò, in specie, a fronte di un contesto ordinamentale in cui l'efficacia deterrente della sanzione penale e quella precauzionale delle misure cautelari ha subito un sensibile depotenziamento a causa tanto del diritto penale sostanziale quanto delle norme processuali, che hanno determinato la diffusione di riti alternativi a quello ordinario, il prolungamento della durata dei processi penali particolarmente complessi e il sacrificio della proporzione della pena rispetto alla gravità del fatto a favore della logica negoziale tipica del giudizio abbreviato o dell'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento). Sul punto cfr. A. BALSAMO-V. CONTRAFFATTO, *Gravi indizi di colpevolezza ed indizi di appartenenza ad associazioni mafiose: diversità di accertamenti e connessioni tra giudizio cautelare e procedimento di prevenzione*, in AA.VV., *La giustizia penale differenziata*, a cura di M. Montagna, Torino, 2011, 609 ss.

[48] In particolare, data la reciproca indipendenza del procedimento di prevenzione dal processo penale, la prova (indiretta o indiziaria) della pericolosità non deve essere assistita dallo standard di cui all'art. 192 c.p.p.

appartenere a tali associazioni [di stampo mafioso], tale condizione [di pericolosità qualificata] va estesa anche a coloro i quali vengono definiti cosiddetti "concorrenti esterni", inteso il concetto di "appartenenza" in senso lato, ben diverso da quello di "partecipazione" alla associazione, come inserimento all'interno nella struttura associativa delinquenziale»[49]. Successivi arresti giurisprudenziali hanno ulteriormente specificato che «il concetto di "appartenenza" ad una associazione mafiosa va distinto sul piano tecnico da quello di "partecipazione", risolvendosi in una situazione di contiguità all'associazione stessa che (...) risulti funzionale agli interessi della struttura criminale e nel contempo denoti la pericolosità sociale specifica che sottende al trattamento prevenzionale. Dal che deriva l'ammissibilità dell'applicazione delle misure di prevenzione anche a quanti "appartengano" ad un sodalizio mafioso non in qualità di partecipi ma di concorrenti esterni»[50].

Tuttavia, va dato conto della circostanza che in dottrina si registrano opinioni difformi. Infatti, in una differente prospettiva, l'*extraneus* poichè si identifica nel soggetto che, pur non aderendo al sodalizio mafioso e non volendovi aderire, fornisce al medesimo un contributo esterno produttivo di un risultato causalmente efficiente, quale il suo mantenimento in vita o il rafforzamento della struttura organizzativa, egli non sarebbe sussumibile nella diversa, ancorché attigua, nozione di "appartenente"[51]. Va altresì rilevato che la stretta connessione intercorrente tra l'appartenenza alla consorteria mafiosa e la pericolosità sociale ha storicamente trovato conforto nell'art. 275, co. 3, c.p.p. in tema di misure cautelari. Tale disposizione, nella versione di cui alla legge 8 agosto 1995, n. 322, poneva una presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis* e, parallelamente, una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura cautelare della custodia in carcere relativamente ai delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso[52]. Ciò in considerazione dell'intrinseco coefficiente di pericolosità di tali ipotesi delittuose sia per le condizioni di pacifica convivenza associata sia per la sicurezza collettiva[53].

---

[49] Cass. pen., sez. VI, 17 marzo 1997, n. 1120, Rv. 208005; conforme Cass. pen., sez. I, 7 aprile 2010, n. 16783, in *Cass. pen.,* 2011, 712, a mente della quale «nessuna distinzione può essere adottata fra intraneo, partecipe non intraneo e concorrente esterno [...] in materia di prevenzione; infatti anche il concorrente esterno concorre nella partecipazione e quindi rientra tra gli appartenenti alle associazioni indicate nella l. n. 575 del 1965, art. 1».

[50] Cass pen., sez. II, 16 febbraio 2006, n. 7616, in C*ass. pen*., 2007, 3446.

[51] A tal fine si prendono le mosse dalla nota sentenza Mannino, Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Cass. pen.,* 2005, 3732, che richiede la necessità di accertare l'inserimento stabile del soggetto nella rete relazionale e organizzativa della consorteria mafiosa per la configurazione del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. (c.d. modello organizzativo). Ciò al fine precipuo di ritagliare un autonomo spazio operativo alla fattispecie di concorso esterno. Sicché, partecipe *ex* art. 416 *bis* c.p. è colui il quale, inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo ne "è" parte, ma ne "fa parte", attraverso l'immissione effettiva nel ruolo associativo, con adempimento dei relativi compiti e messa a disposizione dell'organizzazione affinché possa raggiungere gli scopi oggetto del programma delittuoso. Da tale definizione, che riempie di significato il concetto di "appartenenza" rilevante ai fini delle misure di prevenzione *ex* art. 4, lett. a), cod. ant., diverge sensibilmente quella di concorrente esterno, che pertanto non andrebbe inclusa tra gli indiziati di appartenenza destinatari delle misure di prevenzione. Così V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in V. Maiello (a cura di), L*a legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 327 ss.

[52] Si tratta di una deroga al principio di gradualità, in forza del quale la custodia in carcere, costituendo la più intensa tra le limitazioni della libertà personale attuabili in sede cautelare, deve essere applicata soltanto quando non sia assolutamente possibile applicare un'altra misura, a titolo di *extrema ratio*. Cfr. P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2015, 229 ss

[53] L'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, infatti, implica un'adesione tendenzialmente permanente al sodalizio criminale, caratterizzato dal forte radicamento territoriale, dalla fitta rete di collegamenti personali e dalla specifica forza intimidatrice del vincolo associativo; ne deriva, per ciò stesso, l'esigenza cautelare di contrastarne la pericolosità, alla cui soddisfazione appare adeguata la sola misura custodiale. Così Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost., 2010*, 3169, adesiva a Corte EDU, sez. III, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, in *Dir. giust., 2003*, 45, 92 ss., che ha ritenuto

Eppure, la Corte costituzionale, con nove sentenze emesse tra il 2010 e il 2015[54], ha rimosso siffatta presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della carcerazione cautelare per molte delle fattispecie delittuose per cui era stata introdotta, essendosi rivelata irragionevole nonché in contrasto con il principio di eguaglianza[55]. E' così venuta meno la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare tanto per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. (c.d. aggravante del metodo mafioso) o al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose (c.d. aggravante dell'agevolazione mafiosa)[56], quanto per il concorso esterno in associazione mafiosa[57] Dalle declaratorie di illegittimità costituzionale, e dall'intervento normativo in prospettiva riformistica che ne è seguito[58], è stata salvata esclusivamente la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per le condotte di partecipazione all'associazione mafiosa *ex* art. 416 *bis* c.p., ritenendosi che essa risponda effettivamente a dati di esperienza generalizzati, stante la congrua base statistica che la sorregge[59].

Da ciò potrebbe dunque trarsi argomento per escludere l'operatività di qualsivoglia automatismo nell'accertamento della pericolosità sociale necessaria ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione agli indiziati di concorso esterno. Per l'effetto, la verifica di pericolosità della complessiva classe dei soggetti "indiziati di appartenenza" potrebbe divaricarsi, con un alleggerimento dello standard indiziario rispetto all'indiziato partecipe *ex* art. 416 *bis* c.p. e uno speculare irrigidimento per l'indiziato *extraneus.*

6. Connotato essenziale della pericolosità del proposto è quello della sua attualità, poiché le sue pregresse manifestazioni sarebbero irrilevanti ove, al momento dell'applicazione della misura di prevenzione, non si riscontrassero sintomi rivelatori della persistenza del soggetto in condotte

giustificabile la disciplina sulle presunzioni di esigenze cautelari in ragione della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e, soprattutto, di quella di tipo mafioso.

[54] La declaratoria di illegittimità costituzionale è stata pronunciata sulla scorta dei principi di ragionevolezza, tutela della libertà personale e del divieto di anticipare la sanzione penale prima della condanna, rispettivamente *ex* artt. 3, 13 e 27, co. 2, Cost. Cfr., in particolare, le sentenze nn. 265 del 2010; 164, 231 e 331 del 2011; 110 del 2012; 57, 213 e 232 del 2013; 48 del 2015.

[55] Introduzione realizzata, segnatamente, dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38.

[56] Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57, con nota di G. LEO, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 7 aprile 2013.

[57] Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48, con nota di G. LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa,* in questa *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015.

[58] Si allude alla Legge 16 aprile 2015, n. 47, che, tra l'altro, ha previsto nuovi limiti generali al ricorso allo strumento cautelare sotto lo specifico profilo dell'accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari, postulando una valutazione attualizzata delle medesime, scevra da meccanismi automatismi e da logiche retributive. Cfr. P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali,* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 3 giugno 2015. Per un approfondimento monografico, invece, v. L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali,* Torino, 2015.

[59] La legge n. 47/2015, riscrivendo l'art. 275, co 3., c.p.p., ha mantenuto la presunzione assoluta di adeguatezza della carcerazione cautelare, segnatamente, per i delitti di associazione sovversiva, terroristica e mafiosa (rispettivamente ex artt. 270, 270 *bis* e 416 *bis* c.p.). Diversamente, per i delitti di competenza della procura distrettuale e della procura nazionale antimafia e antiterrorismo (*ex* artt. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.) nonché per determinati delitti specificamente indicati (artt. 575; 600 *bis,* co. 1; 600 *ter*, escluso il co. 4; 600 *quinquies;* quando non ricorrono le circostanze attenuanti contemplate, 609 *bis*, 609 *quater,* 609 *octies,* c.p.), il legislatore ha previsto solo una presunzione relativa, in forza della quale, al ricorrere di gravi indizi di colpevolezza, si considera esistente almeno una delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. e si ritiene che l'unica misura adeguata sia la custodia in carcere. A differenza della prima presunzione, quest'ultima, in quanto relativa, ammette la prova contraria.

antisociali, che impongono nei suoi riguardi peculiari esigenze di vigilanza. Sicché, accertata la riconducibilità del soggetto a una categoria di pericolosità e verificata la ricorrenza in concreto della pericolosità per la sicurezza pubblica, per applicare la misura di prevenzione occorre ulteriormente riscontrare l'esistenza della pericolosità al momento della decisione[60]. Ciò con due fondamentali precisazioni. In primo luogo, che l'attualità della pericolosità non deve essere potenziale, ma concreta e specifica, desunta da comportamenti in atto nel momento in cui la misura deve essere applicata[61]. In secondo luogo, che l'attualità deve essere rilevata nel momento in cui venga emessa la decisione del giudice di primo grado, sicché è irrilevante che gli elementi sintomatici o rilevatori della pericolosità del soggetto siano lontani nel tempo al momento del procedimento di appello o di legittimità[62]. La giurisprudenza, invero, non ha mai revocato in dubbio la doverosità dell'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale per le categorie di pericolosità generica previste originariamente dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423 ("Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità") e, attualmente, dal combinato disposto degli artt. 1 e 4, lett. *c),* cod. ant. E ciò alla stregua del principio di diritto secondo il quale la pericolosità va colta nelle sue manifestazioni esteriori e, ai fini dell'applicazione o del mantenimento della misura preventiva, deve essere attuale, non essendo rilevanti le pregresse manifestazioni se esse non proseguano al momento dell'applicazione della misura preventiva[63]. Anche per le fattispecie di pericolosità dirette a prevenire fenomeni sovversivi, *ex* art. 4, lett. da *d)* ad *h),* cod. ant., si richiede la dimostrazione dell'attualità della pericolosità sociale, escludendosi l'operatività di meccanismi presuntivi[64].

Per gli indiziati dei delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. e dall'art. 12- *quinquies*, d.l. 306/1992 (trasferimento fraudolento di valori), richiamati dall'art. 4, lett. *b),* cod. ant., in alcune ipotesi si è esclusa la sussistenza di presunzioni[65]; in altri casi, invece, si è richiamata quella giurisprudenza relativa agli indiziati di appartenenza ad associazione mafiosa[66] che ha accolto l'operatività di meccanismi presuntivi di cui ci si appresta a rendere conto. Per quanto specificamente attiene agli indiziati di appartenenza all'associazione mafiosa, la disciplina previgente al codice delle leggi antimafia, di cui agli artt. 1 e 2 della legge n. 574/1965, non menzionava espressamente l'attuale pericolosità per la pubblica sicurezza quale presupposto applicativo delle misure di prevenzione nei loro confronti. Ciò aveva consentito alla giurisprudenza di elaborare il principio di diritto in forza del quale «in tema di misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, il requisito dell'attualità della pericolosità è da considerare implicito nella ritenuta attualità dell'appartenenza», anche «quando quest'ultima assuma la forma del concorso esterno,

[60] Viceversa, se la pericolosità, ancorché precedentemente esistente, è cessata, non vi è più nulla da prevenire e non occorre una specifica vigilanza sul soggetto; di tal ché la misura non ha ragion d'essere e, ove applicata, va revocata *ex tunc (*art. 11, co. 2, codice antimafia). Il diverso caso della revoca *ex nunc*, invece, ricorre laddove vi sia un mutamento delle circostanze e delle condizioni che avevano giustificato l'originaria applicazione della misura, che viene meno per cause sopravvenute (e non per difetto originario dei presupposti).

[61] Cass. pen., sez. I, 10 marzo 2010, n. 17932, Rv. 247053.

[62] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 2010, n. 38471, Rv. 248797.

[63] Cfr. Cass. pen., sez. I, 5 novembre 2003, n. 44151, Rv. 226608; Cass. pen., sez. I, 7 gennaio 2011, n. 5838, Pardo, Rv. 249392.

[64] Cfr. Cass. pen., sez. I, 24 giugno 1980, n. 2024, Rv. 145874.

[65] Cfr. Trib. Napoli, sez. app. mis. prev., 9 dicembre 2010, in questa *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 9 dicembre 2010.

[66] Cass. pen., sez. I, 27 marzo 2013, n. 21191, Loccisano, *inedita.*

caratterizzato, in quanto tale, dalla non estemporaneità del contributo prestato al sodalizio e, quindi, dalla presunzione di attualità del pericolo, in assenza di elementi dai quali possa fondatamente desumersi l'avvenuta interruzione del rapporto»[67].

Tuttavia, il substrato positivo su cui era maturata la riferita interpretazione è venuto meno a seguito dell'emanazione del codice delle leggi antimafia. L'art. 6, co. 1, stabilisce infatti che «alle persone indicate nell'art. 4, quando siano pericolose per la sicurezza pubblica, può essere applicata [...] la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza», senza operare alcuna distinzione tra le varie fattispecie soggettive individuate dallo stesso art. 4 e, quindi, anche con riferimento agli indiziati di appartenenza al sodalizio mafioso. Se ne inferisce che, con riferimento alle misure di prevenzione proposte successivamente all'entrata in vigore del Codice antimafia, è necessario accertare in concreto la pericolosità sociale anche rispetto agli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa, al pari di quanto già accadeva nei confronti delle altre fattispecie di pericolosità cosiddetta generica[68].

Ciononostante, proprio in merito all'esistenza o meno di una presunzione di attualità della pericolosità dell'indiziato di appartenenza all'associazione di stampo mafioso *ex* art. 416 *bis* c.p., in seno alla giurisprudenza di legittimità si è delineato un contrasto interpretativo, con particolare riferimento alla fonte di una presunzione siffatta e alle conseguenti ricadute sull'onere motivazionale in capo ai giudici di merito rispetto alla sussunzione del soggetto proposto nella fattispecie soggettiva di pericolosità. Contrasto interpretativo, quest'ultimo, opportunamente rimesso alle Sezioni unite al fine della relativa composizione, stanti le rilevanti differenze che ne derivano rispetto ai requisiti strutturali e contenutistici del provvedimento di prevenzione personale nonché in relazione alla posizione e ai diritti di difesa del soggetto proposto in seno al procedimento di prevenzione. In particolare, con specifico riferimento alla pericolosità degli indiziati di appartenenza all'associazione *ex* art. 416 *bis* c.p., un primo orientamento della Suprema corte ritiene tuttora operante una presunzione di perdurante pericolosità, per effetto della quale, specularmente, si attenua l'onere motivazionale del giudice di merito in sede di applicazione della misura di prevenzione.

Ciò, segnatamente, laddove non vi sia riscontro di elementi che vincano la presunzione di attualità, quali, emblematicamente, il decorso del tempo, il recesso dal sodalizio, il disgregamento stesso dell'organizzazione criminale. Si tratta dell'esito del recepimento del principio di diritto, più volte ribadito dalla stessa giurisprudenza di legittimità, secondo cui il perdurare della pericolosità sociale deve «considerarsi necessariamente implicito nel carattere permanente del reato associativo e nella forza del vincolo che da esso promana, dai quali legittimamente può trarsi una presunzione di attualità nell'appartenenza – che costituisce altresì presunzione di attualità del pericolo – a fronte del

[67] Cass pen., sez. II, 16 febbraio 2006, n. 7616, cit. Conforme, Cass. pen., sez. I, 17 maggio 2013, n. 39205, Rv. 256769. Analogamente, Cass. pen., sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, Rv. 254512, secondo cui «ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di appartenenti ad associazioni di tipo mafioso, non è necessaria alcuna particolare motivazione in punto di attuale pericolosità, una volta che l'appartenenza risulti adeguatamente dimostrata e non sussistano elementi dai quali ragionevolmente desumere che essa sia venuta meno per effetto del recesso personale, non essendo dirimente a tal fine il mero decorso del tempo dall'adesione al gruppo o dalla concreta partecipazione alle attività associative». Identico principio di diritto è stato affermato da Cass. pen., sez. II, 5 luglio 2013, n. 29478, Rv. 256178, che ha puntualizzato che non appare dirimente neppure «l'eventuale restrizione carceraria, in presenza della quale, però, il giudice deve specificamente motivare sull'assenza di comportamenti indicativi di un effettivo recesso».
[68] A. BALSAMO, voce *Codice antimafia*, cit., 72.

quale incombe sull'interessato l'onere di portare elementi dai quali possa fondatamente desumersi l'avvenuta interruzione del rapporto e, dunque, l'inattualità della pericolosità»[69].

Viene, dunque, reputata insussistente la necessità di motivare l'attualità della pericolosità sociale del proposto, laddove siano emersi elementi indizianti tali da iscriverlo nella categoria soggettiva di cui all'art. 4, co. 1, lett. *a)* cod. ant. A tal fine, infatti, non rileverebbe neppure il periodo di tempo, anche consistente, intercorso tra l'emersione degli indizi di appartenenza e il momento applicativo della misura[70]. Tale opzione ermeneutica presuppone l'esistenza di una presunzione *iuris tantum* di attualità della pericolosità sociale qualificata del proposto. Presunzione che, sebbene abbia natura logica ed esperienziale, viene a riscuotere una sostanziale natura legale, in forza della quale l'onere probatorio necessario a vincerla è traslato sul proposto. Per l'effetto, è il soggetto che intende sottrarsi all'applicazione della misura di prevenzione a dover provare l'inattualità della propria pericolosità sociale. Un ragionamento presuntivo siffatto, tuttavia, non dovrebbe riguardare, se non altro, il concorrente esterno, dato che solo un accertamento concreto della pericolosità attuale per la sicurezza pubblica potrebbe giustificare l'applicazione delle stesse misure previste per gli indiziati di appartenenza all'associazione criminale[71].

La stessa giurisprudenza, in effetti, rispetto alla figura del concorrente esterno, ha statuito che in tal caso «il requisito della attualità sfugge ad ogni presunzione, integrandosi, in caso contrario, una fattispecie inammissibile sul piano processuale di permanenza del sospetto svincolato da ogni garanzia, peraltro incidente assai pesantemente sulla sfera di libertà della persona»[72]. In tempi più recenti, un diverso filone interpretativo della stessa Corte di cassazione si è posto in rotta di collisione con il precedente appena riferito. Nella nuova prospettiva interpretativa vengono abbandonate le logiche presuntive in favore del principio di diritto secondo cui «la pericolosità attuale del soggetto è presupposto applicativo generale, da riferirsi ad ogni categoria criminologica specifica, derivante dalla detta previsione di legge, oltre che dal necessario rispetto dei principi costituzionali sul tema»[73].

Sicché, anche per gli indiziati di mafia (non solo concorrenti esterni, ma altresì partecipanti), così come per ciascuna delle categorie di pericolosità delineate dal Codice delle leggi antimafia, ai fini dell'applicabilità delle misure preventive, è onere dell'accusa individuare elementi di fatto idonei a denotare l'attualità della pericolosità sociale del proposto, senza ricorrere ad agili scorciatoie

---

[69] Cfr. Cass. pen., sez. I, 15 maggio 2007, n. 23869, cit.

[70] Appaiono iscrivibili in tale filone, tra le altre, Cass. pen., sez. II, 10 maggio 2017, n. 25778 (n.m.); Cass. pen., sez. II, 24 marzo 2017, n. 17128, Rv. 270068; Cass. pen., sez. V, 12 ottobre 2016, n. 51735, Rv. 268849; Cass. pen., sez. II, 21 gennaio 2016, n. 8106, Rv. 266155; Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2015, n. 43490, Rv. 264927; Cass. pen., sez. II, 9 marzo 2015, n. 24782, Rv. 264367.

[71] Così F. MAZZACUVA, *Il presupposto applicativo delle misure di prevenzione,* in S. Furfaro (a cura di), *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, 123.

[72] Cfr. Cass. pen., sez. I, 18 luglio 2013, n. 44327, Rv. 257637. A tenore di tale pronuncia, inoltre, si richiede che la pubblica accusa indichi «dati e circostanze idonee a far presumere, ancorché nelle forme della semplice prova indiziaria, l'attualità e la continuità nel tempo di quella contiguità dalla quale legittimamente dedurre, per caratteristiche e natura, la pericolosità del proposto rilevante ai fini del provvedimento di prevenzione».

[73] Così Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641, cit. Conformi, inoltre, Cass. pen., sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 41325, Giustolisi, *inedita*; Cass. pen., sez. VI, 7 ottobre 2015, n. 43471, Chilà e altri, *inedita*; Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2015, n. 1831, in *Dir. giust.,* 2016, 19 gennaio (s.m.), alla cui stregua «nel procedimento di prevenzione la presunzione di attualità della pericolosità sociale del proposto - conseguente alla ritenuta appartenenza a sodalizi mafiosi - non è assoluta ed è destinata ad attenuarsi quanto più gli indici rivelatori dell'inserimento illecito siano lontani nel tempo rispetto al momento del giudizio. Da ciò ne consegue che il giudice della prevenzione deve procedere ai necessari accertamenti, fornendo adeguata motivazione circa la persistenza della pericolosità, quale presupposto indefettibile per l'applicazione della misura».

presuntive, che rischiano di comprimere il diritto di difesa del proposto. A sostegno di tale interpretazione, si dà atto dell'impossibilità di rinvenire, nella sistematica delle misure di prevenzione personali, una presunzione legale e tipica di pericolosità sociale attuale del soggetto attinto da elementi indizianti che ne abbiano consentito la sussunzione nella classe soggettiva di cui all'art. 4, co. 1, lett. *a),* cod. ant. Una presunzione siffatta, che esonerasse il giudice dall'obbligo di motivazione circa la derivazione del fatto ignoto (l'attualità della pericolosità del soggetto) dal fatto noto (l'indizio di appartenenza all'organizzazione di stampo mafioso), contrasterebbe insanabilmente con l'osservanza del principio di tassatività in relazione all'art. 6 cod. ant. Escluso il ricorso a presunzioni *ex lege*, al giudice della prevenzione rimane la sola possibilità di affidarsi a presunzioni semplici, cioè massime di esperienza su base logica, correlate alla natura e all'apprezzamento del legame rilevato, a livello indiziario, tra soggetto e associazione *ex* art. 416 *bis* c.p.

Tuttavia, la natura non già legale ma eminentemente esperienziale di una presunzione siffatta non vale in ogni caso a dispensare il giudicante dall'obbligo di esplicitazione delle concrete ragioni del proprio convincimento circa la sussistenza dell'attualità della pericolosità sociale del proposto. Ciò, in particolar modo, laddove il compendio indiziario emerso a suo carico si collochi cronologicamente in epoca non prossima all'applicazione della misura preventiva, atteso che lo iato temporale può revocare in dubbio la massima di esperienza e al contempo imporre un'esplicita asseverazione di tale presupposto applicativo. Secondo tale opzione interpretativa, condivisa dalla Prima sezione della Corte di cassazione nell'ordinanza di rimessione, sussiste sempre l'obbligo di motivare positivamente sull'esistenza della pericolosità attuale del proposto e, segnatamente, laddove sia decorso un tempo apprezzabile tra le condotte indizianti l'appartenenza all'associazione di stampo mafioso e il momento della decisione, oltre al dovere di apprezzamento degli eventuali elementi antagonisti forniti dall'interessato, tanto in sede deliberativa che in sede esecutiva della misura[74].

Preso atto delle conclusioni diametralmente opposte cui conduce l'adesione all'una o all'altra opzione ermeneutica, la Prima sezione della Corte di cassazione ha correttamene ritenuto applicabile l'art. 618 c.p.p. ed ha rimesso alle Sezioni unite il seguente quesito: «in tema di misure di prevenzione personali, se in presenza di elementi indizianti circa la pregressa appartenenza del soggetto proposto ad una associazione di stampo mafioso, sia o meno necessaria - in caso di accoglimento della proposta applicativa - una motivazione in positivo sul punto della attualità della pericolosità al momento della decisione di primo grado».

7.Le Sezioni unite, alla camera di consiglio dello scorso 30 novembre 2017, hanno dato risposta positiva al quesito postole. La deliberazione è stata assunta sulle conclusioni conformi del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, che tuttavia, rispetto alla fattispecie concreta, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Nello specifico, opportunamente la Corte sottolinea che la conclusione proposta «rappresenta l'approdo inevitabile della fisionomia costituzionale assunta da tale versante della giurisdizione a seguito di numerose decisioni della Corte costituzionale», tra cui le sentenze 22 dicembre 1980, n.

[74] Il cennato orientamento è stato in particolare espresso da Cass. pen., sez. II, 31 gennaio 2017, n. 8921, Rv. 269555; Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 2016, n. 5267, Rv. 266184; Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2016, n. 51666, Rv. 268087; Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2016, n. 50128, Rv. 268215; Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2015, n. 1831, Rv. 265863.

177[75] e 23 marzo 1964, n. 23[76]. Conferma del principio secondo cui «la pericolosità attuale del soggetto è presupposto applicativo generale, da riferirsi ad ogni categoria criminologica specifica, derivante dalla detta previsione di legge, oltre che dal necessario rispetto dei principi costituzionali sul tema» si trae dalla sentenza della Corte costituzionale 2 dicembre 2013, n. 291[77] ove è ribadita la necessità della persistenza della pericolosità sociale tanto al momento della decisione che al momento della esecuzione della misura di prevenzione personale, senza operatività di meccanismi presuntivi, richiedendo, per l'ipotesi di sospensione dovuta a periodo detentivo (nel caso che aveva dato luogo all'incidente di costituzionalità) la verifica *ex officio* di tale presupposto. Secondo la corte di Cassazione la decisione ora richiamata del giudice delle leggi «pone – a ben vedere – una definitiva soluzione alla questione qui in rilievo circa l'attualizzazione del giudizio di pericolosità sociale, e determina la necessaria analisi – già nel provvedimento applicativo – della «gravità» del sintomo di pericolosità rappresentato dalla pregressa violazione della legge penale, in rapporto all'intervenuto decorso del tempo e agli accadimenti successivi, specie ove tali accadimenti abbiano visto in atto un periodo detentivo tendente alla risocializzazione o comunque siano esenti da ulteriori condotte sintomatiche di pericolosità». Infine la Corte, pur confermando l'abbandono di logiche presuntive, approfondisce il tema dell'onere motivazionale dell'attualità della pericolosità sociale sottolineando «che la particolare «gravità» della condotta accertata in sede penale (anche in riferimento al pregresso inserimento in contesti relazionali di tipo associativo) può legittimamente riflettersi sulla formulazione della prognosi di pericolosità, ma lì dove l'accertamento della condotta risalga ad anni addietro (nel caso in esame più di cinque) il giudice della prevenzione ha l'obbligo di considerare e valutare, in assenza di altri sintomi, se la condotta antisociale sia in concreto riproducibile da parte del proposto. Ciò vale anche nelle ipotesi di constatato inserimento in gruppi organizzati aventi caratteristiche di mafiosità o in quelle di agevolazione di tali organismi criminali o, ancora, in rapporto a condanne in sede penale per il delitto di organizzazione finalizzata al traffico di stupefacenti».

La valutazione dell'attualità della pericolosità, in presenza di un apprezzabile intervallo temporale tra condotta accertata in sede penale e giudizio di pericolosità attuale, va operata, secondo i suggerimenti che offre la Corte, almeno in rapporto a tre indicatori fondamentali: *a)* il livello di coinvolgimento del proposto nelle pregresse attività del gruppo criminoso, essendo ben diversa la potenzialità criminale espressa da un soggetto «di vertice» rispetto a quella di chi ha posto in essere condotte di mero ausilio operativo o di episodica contiguità finalistica; *b)* la tendenza del gruppo di

[75] Corte. cost., sent. 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost*., 1980, I, 1535, con nota di M. BRANCA, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge.* La Corte costituzionale cancellò la categoria criminologica dei soggetti proclivi a delinquere: «... invero, se giurisdizione in materia penale significa applicazione della legge mediante l'accertamento dei presupposti di fatto per la sua applicazione attraverso un procedimento che abbia le necessarie garanzie, tra l'altro di serietà probatoria, non si può dubitare che anche nel processo di prevenzione la prognosi di pericolosità (demandata al giudice e nella cui formulazione sono certamente presenti elementi di discrezionalità) non può che poggiare su presupposti di fatto previsti dalla legge e, perciò, passibili di accertamento giudiziale»

[76] Corte cost., sent. 23 marzo 1964, n. 23, in *Giur. cost.*, 1964, 193. La Corte ebbe a dichiarare infondate le numerosi questioni all'epoca sollevate dai giudici di merito sul testo della legge n. 1423/56: «… non è esatto che dette misure... possano essere adottate sul fondamento di semplici sospetti; l'applicazione di quelle norme, invece, richiede una oggettiva valutazione di fatti, da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona».

[77] Con nota di T. TRINCHERA, *Misure personali di prevenzione: nel caso di sospensione dell'esecuzione per lo stato di detenzione dell'interessato, la pericolosità va riverificata a sospensione esaurita*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 9 dicembre 2013.

riferimento a mantenere intatta la sua capacità operativa nonostante le mutevoli composizioni soggettive correlate ad azioni repressive da parte dell'autorità giudiziaria, posto che solo in detta ipotesi può ragionevolmente ipotizzarsi una nuova 'attrazione' del soggetto nel circuito relazionale illecito; *c)* l'avvenuta o meno manifestazione, in tale intervallo temporale, da parte del proposto di comportamenti denotanti l'abbandono delle logiche criminali in precedenza condivise. Si tratta, come appare evidente, di mere indicazioni tratte dalla concreta esperienza applicativa.

8. La pronuncia in esame offre l'occasione per effettuare alcune riflessioni sul tema dell'attualità della pericolosità sociale, oggi al centro di un importante dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

L'aspetto interessante, oltre che nella precisa individuazione di ambiti concettuali che si intersecano con la questione di fondo oggetto del contrasto – due su tutti, il problema del rapporto tra il giudizio penale e quello di prevenzione, e quello relativo al concetto di appartenenza che riflettono problematiche distinte all'interno del tema generale –, va ravvisato nel tentativo della Cassazione di adottare una impostazione sistematica sul tema dell'impiego delle presunzioni nell'argomentazione relativa all'attualità della pericolosità sociale. Va, a tal proposito, anzitutto salutato con favore il recupero – sempre più frequente nelle pronunce della Suprema corte[78] - di un lungimirante respiro sistematico che consenta di guardare alla coerenza del sistema giuridico e ai significati dei concetti tecnici muovendo dalla disciplina degli stessi, anche se non strettamente penalistica. In tale prospettiva, è sicuramente raffinato ed efficace il richiamo alla giurisprudenza civile in tema di presunzioni e, quindi, ai concetti di teoria generale che vi fanno da sfondo.

Venendo quindi alle presunzioni, è noto come il tema nel settore penale in generale, e in quello specifico del giudizio di prevenzione, abbia dato luogo a un vasto dibattito sia in dottrina[79] che in giurisprudenza[80], ma questa non può essere evidentemente la sede per esplorare, neppur in modo fugace, un terreno estremamente accidentato. In questa sede, è opportuno solo segnalare quali possano essere le ricadute che una diversa e più rigorosa impostazione sul problema dell'attualità della pericolosità sociale è idonea a produrre sul ricorso a meccanismi presuntivi nell'argomentare l'attualità e, quindi, la pericolositàsociale stessa.

Nell'ambito prevenzionale il sistema delle presunzioni ruota attorno alla cosiddetta pericolosità qualificata, ossia a quella forma di pericolosità che si intravede nelle classi di pericolosi costruite sul tipo di reato, come quella degli indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose (art. 4, comma 1, lett. a, d.lgs. 159/2011). Per i proposti che si collochino in tale categoria di pericolosità, giurisprudenza consolidata, solo di recente sottoposta a serrata critica[81], afferma come ai fini della

[78] Ulteriore esempio in tema di prevenzione è Cass. pen., sez. un., 22 dicembre 2016 (dep. 16 marzo 2017), n. 12621, De Angelis, cit., ovvero, in tema di revoca dell'amministratore giudiziario, Cass. pen. sez. I, 5 aprile 2017, n. 28644, Rv. 270275.

[79] F. MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, cit.

[80] L'orientamento risale, in questi termini, a Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641, ric. Mondini, Rv. 260104, ed è stato ripreso da Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 2016, n. 5267, ric. Grande Aracri, Rv. 266184; Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2016, n. 51666, ric. Rindone, Rv. 268087; Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2016, n. 50128, ric. Aguì, Rv. 268215.

[81] Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641, ric. Mondini, Rv. 260104, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 3 luglio 2014, con nota di F. MENDITTO, *L'attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia*.

motivazione in ordine all'attualità della pericolosità sociale non occorra un particolare sforzo motivazionale, in quanto una volta dimostrata l'appartenenza, la durevolezza della stessa e, quindi l'attualità della pericolositàsociale, deve ritenersi presunta.

Tale modo di argomentare si collega al topos del "*semel mafioso, semper mafioso*", ossia a quella massima di esperienza in virtù della quale si ritiene che chi sia entrato a far parte di un organismo mafioso, difficilmente ne esca e – di solito – l'ingresso in una consorteria di tipo mafioso è scelta irreversibile che si conclude o con la morte del soggetto o con il pentimento, *tertium non datur*. Quest'idea di fondo è stata rivisitata di recente anche dalla Corte costituzionale per il settore contiguo delle misure cautelari personali, dove – con quello che può essere considerato un vero e proprio sciame giurisprudenziale –, sono state espunte una per una dall'ordinamento processuale talune presunzioni di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere, a loro volta fondate su presunzioni legali di pericolosità. Con ripetute decisioni, a partire del 2010[82], la Consulta – nel censurare l'impiego di meccanismi presuntivi che non trovino un fondamento razionale inequivoco – ha dichiarato in più occasioni l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 c.p.p., nella parte in cui presumeva l'adeguatezza della sola custodia in carcere in relazione a molteplici tipi criminosi (da ultimo la violenza sessuale) in base a dubbie presunzioni di persistente pericolosità dell'autore indiziato di quei delitti. All'esito di tale messe giurisprudenziale, l'unica fattispecie rimasta indenne, e per la quale è stata considerata immune da irrazionalità la massima di esperienza ad essa sottesa, è stata ritenuta quella dell'associazione mafiosa, ragion per cui è rimasta convalidata la presunzione legale di durevole pericolosità – e di riflesso – di adeguatezza della custodia in carcere del soggetto indiziato del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., in ragione del convincimento che da un lato la struttura associativa è compagine di per sé foriera di pericolo per l'ordine pubblico; e, dall'altro, che il partecipe ad essa sia soggetto, potrebbe dirsi, intrinsecamente pericoloso, e, soprattutto al servizio del sodalizio in via tendenzialmente permanente.

Meccanismo ermeneutico più o meno analogo (sebbene come correttamente sostiene l'ordinanza in commento privo di un fondamento legale) viene in rilievo per il contiguo settore delle misure di prevenzione, dove del pari l'indiziato di appartenenza lo è tendenzialmente *sine die*, per cui in sede di delibazione della sua pericolosità, sarà sufficiente allegare la presenza dell'indizio di appartenenza per ritenere provata di per sé la continuità della stessa, senza sforzo motivazionale, salva

[82] Per prima è intervenuta la sent. 21 luglio 2010, n. 265 (in *Giur. cost.*, 2010, 3169), relativamente ad alcuni delitti a sfondo sessuale. In seguito è stata deliberata la sent. 12 maggio 2011, n. 164, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 13 maggio 2011, con nota di M. PANZARASA, relativamente al delitto di omicidio volontario. Successivamente sono intervenute la sent. 22 luglio 2011, n. 231, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,*, 22 luglio 2011, con nota di G. LEO, riguardo alla associazione finalizzata al narcotraffico, e la sent. 16 dicembre 2011, n. 331, che non ha attinto l'art. 275 c.p.p., ma una norma analoga del d.lgs. n. 286 del 1998, dettata a proposito di alcune figure di favoreggiamento dell'immigrazione illegale (la sentenza è edita in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2011, con nota di G. LEO). La serie è proseguita con la sent. 3 maggio 2012, n. 110, pertinente al delitto di associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 cod. pen., in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 4 maggio 2012, con nota di G. LEO, *Una nuova pronuncia di illegittimità parziale per la disciplina della custodia in carcere 'obbligatoria';* con la sent. 18 luglio 2013, n. 213, concernente il sequestro di persona a scopo di estorsione, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 22 luglio 2013, ancora con nota di G. LEO, *Illegittima, anche per il sequestro di persona a scopo di estorsione, la regola di applicazione "obbligatoria" della custodia in carcere*; con la sent. 23 luglio 2013, n. 232, concernente la violenza sessuale di gruppo, ancora una volta in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2013, sempre con nota di G. LEO*, Illegittima, anche per la violenza sessuale di gruppo, la regola di applicazione "obbligatoria" della custodia in carcere.*

la prova contraria consistente nell'offrire l'unica argomentazione possibile, ossia che il soggetto abbia intrapreso la collaborazione con la giustizia o che il clan si sia disintegrato.

Così posto il problema e non trascurandosi il dato assai significativo della diversità concettuale tra l'indizio di partecipazione all'associazione e l'indizio di appartenenza a quest'ultima (che pure gioca un ruolo determinante nell'impostazione del problema, come evidenziato dall'ordinanza), è evidente come in questa problematica un approccio il più possibile concreto al tema della attualità della pericolosità sociale, mal si concili con l'impostazione presuntiva sostenuta da una parte della giurisprudenza. Il crinale sul quale impostare il problema, come del resto trapela anche dalla pronunzia in commento, va ravvisato in un'operazione di attenta lettura della decisione n. 291 del 2013[83] della Corte costituzionale. In altre parole, è possibile affermare come il richiamo alle riflessioni della Corte rifletta il metodo più adatto per una impostazione esaustiva del problema. La Consulta nella citata decisione, a ben guardare, ha effettuato considerazioni che travalicano la fattispecie concreta oggetto di decisione. Nel risolvere il problema di quanto l'esperienza carceraria accompagnata da trattamento rieducativo da espiazione pena incida sulla valutazione della pericolosità sociale di un individuo, la Corte costituzionale ha censurato la prassi di eseguire la misura di prevenzione, applicata al proposto prima della sua permanenza in carcere, in assenza di una rivalutazione dell'attualità della pericolosità sociale dello stesso, pericolosità che nel frattempo – all'esito del percorso di espiazione della pena – potrebbe essere venuta meno.

Nel pervenire a questo esito, la Consulta impone che si tenga conto della parentesi carceraria e della rieducazione impartita al proposto pretendendo, così, che il giudizio di pericolosità del soggetto venga ri-attualizzato e corredato delle circostanze concrete che hanno caratterizzato medio tempore la vita dell'individuo, e fino al momento della concreta esecuzione della misura. Così argomentando la Corte, non solo ha attribuito un senso concreto al trattamento di rieducazione connesso all'espiazione della pena, sottraendolo ad una funzione solo simbolica o di mero principio che parrebbe assegnata dall'art. 27, Cost., ma ha, in senso più ampio, conferito dignità giuridica all'idea che l'uomo possa cambiare con il trascorrere del tempo e il mutare delle condizioni di vita[84]. Può dirsi allora avvenuta, per tal via, la 'giurisdicizzazione' di un'idea di matrice sociologica comunemente conosciuta e sostenuta, da molti avversata e, comunque, non contenuta in previsioni esplicite della legge ordinaria. Le argomentazioni della Consulta attribuiscono rilievo giuridico a quell'idea trasformandola in canone legale, che deve far breccia nel ragionamento giudiziale in sede di prevenzione, allorquando si tratta di affermare, negare o riconfermare la pericolosità dell'individuo. Da questo recepimento giuridico derivano molteplici ricadute che involgono tanto il giudizio di applicazione della misura di prevenzione, quanto quello di revoca della stessa, così come la possibilità di ritenere operanti presunzioni di pericolosità, ovvero l'incidenza del trattamento carcerario da definitivo o da cautelare sulla pericolosità della persona. Si tratta di aspetti, elencati in via esemplificativa, che evidentemente non possono costituire oggetto di approfondimento in questa sede

[83] Corte cost., 2 dicembre 2013, n. 291, Pres. Silvestri, Rel. Frigo, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,*, 9 dicembre 2013, con nota di T. TRINCHERA, *Misure personali di prevenzione: nel caso di sospensione dell'esecuzione per lo stato di detenzione dell'interessato, la pericolosità va riverificata a sospensione esaurita.*

[84] Fondamentale in seguente passaggio della sentenza, dove spira la filosofia che fa da sfondo alla pronunzia: "Già in linea generale il decorso di un lungo lasso di tempo incrementa la possibilità che intervengano modifiche nell'atteggiamento del soggetto nei confronti dei valori della convivenza civile", pagina 6 della citata sentenza.

ma che risultano tutti accomunati dal fatto che l'impostazione legale da cui muovere per giudicare l'attualità della pericolosità sociale di un individuo – segnatamente sul versante prevenzionale – impone la confutazione del dato informativo legale che vuole l'individuo capace di cambiare nel corso del tempo ed eventualmente a seguito dell'incidenza di fattori esogeni quali potrebbero essere, solo ad esempio, la rieducazione in carcere, in quanto non vi è ragione alcuna di ritenere che questa sia l'unico mezzo capace di propiziare il recupero del soggetto ai valori ordinamentali e il venir meno della sua pericolosità.

Quello che pare certo (ed è una delle probabili ricadute del ragionamento della Consulta che, nello schema della sentenza, evoca l'art. 27, Cost.), è che l'applicazione della misura di prevenzione – quale misura finalizzata a contenere la pericolosità sociale di un individuo –, postula la dimostrazione e il superamento dell'esposta idea di fondo, che diventa così massima di esperienza di natura legale. Ne consegue che se dai fatti sintomatici espressivi di pericolosità dell'individuo è trascorso un tempo apprezzabile, è ragionevole ritenere che il soggetto abbia mutato il suo registro di vita, con la conseguenza che, per applicare la misura di prevenzione, saranno necessari ulteriori e diversi elementi dimostrativi di una durevole pericolosità del soggetto presente all'attualità, ovvero a una ragionevole prossimità temporale dal momento del giudizio.

Fornire tale dimostrazione, in ossequio a queste considerazioni, significa che gli elementi da allegare dovranno essere idonei a falsificare il dato della "possibilità di cambiamento" dell'individuo e adeguati a comprovarne il contrario, ossia che il soggetto non ha mutato condotta di vita rispetto ai fatti sintomatici pregressi. Ciò significa pretendere, e ci si ricollega così al tema affrontato dell'ordinanza di commento, che si dimostri (e in un giudizio come quello di prevenzione vi è da attendersi che sia l'ufficio pubblico a fornire la dimostrazione) il superamento di una presunzione che non sarà quella di pericolosità, bensì – all'esatto contrario – quella di non (ulteriore) pericolosità del soggetto, collegata alla sua affermata possibilità di cambiare. Se dunque di presunzione deve parlarsi, essa riguarda il (probabile) venir meno della pericolosità perché è questa l'unica presunzione che avrebbe un fondamento legale in materia, in quanto riflette il precipitato di una pronunzia additiva della Corte costituzionale. Infatti, come già l'ordinanza della Cassazione ha ben messo in rilievo, non esiste – in materia di prevenzione – una presunzione legale di pericolosità simile a quella contemplata dall'art. 275 c.p.p., così come riscritto dalle numerose pronunzie caducatorie della Consulta, per cui appare pronosticabile che l'esito del quesito rivolto alle sezioni unite sarà quello di negare l'ulteriore permanenza, nell'ambito del giudizio di prevenzione, a controverse presunzioni di persistente pericolosità anche del pericoloso qualificato.

È preferibile, in definitiva, rovesciare l'impostazione, con la conseguenza che per tali pericolosi l'attualità della pericolosità dovrà essere dimostrata, valutata e motivata nel corpo del decreto applicativo della misura di prevenzione, pena il radicale svuotamento del requisito che, come ben ha espresso la Corte, riflette il baricentro del giudizio di pericolosità dell'individuo.

Il decreto legislativo n. 121 del 2018: il ritorno al carcere come luogo e strumento di rieducazione

MARIO COVELLI

ABSTRACT

The legislative decree No 121/2018 represents on the contrary the return to prison such as basic relief for minor's re-education and the reclamation of measures provided for adults with minimal and apparent practical characters. The only positive point of view is represented by introduction, in our system, of specific rules for the penal execution against convicted minors or convicts for facts committed by minor; for the rest the text, in our view, shall be subjected to many censorships, and also to questions of constitutional illegitimacy.

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. n. 121 del 2018. – 2. L'ordinamento penitenziario minorile: il vuoto legislativo. – 3. La scadente tecnica normativa. – 4. La palese incostituzionalità dell'art. 2 co. 3. – 5. Principi generali. – 6. Le misure in comunità ed alcuni benefici. – 7. La sospensione dell'ordine. La competenza. – 8. Disposizioni sull'organizzazione degli istituti penali per i minorenni.

1. Il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, recante la "Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103"[1], pubblicato sulla G.U. Serie Generale n.250 del 26.10.2018 - suppl. ordinario n. 50, entrato in vigore il 10.11.2018, rappresenta l'attuazione deludente, di ispirazione opposta, e per di più tecnicamente imperfetta, delle linee guida affermate

[1] Il co. 85 lett. *p)* della Legge delega citata così disponeva: adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età secondo i seguenti criteri:
1) giurisdizione specializzata e affidata al tribunale per i minorenni, fatte salve le disposizioni riguardanti l'incompatibilità del giudice di sorveglianza che abbia svolto funzioni giudicanti nella fase di cognizione;
2) previsione di disposizioni riguardanti l'organizzazione penitenziaria degli istituti penali per minorenni nell'ottica della socializzazione, della responsabilizzazione e della promozione della persona;
3) previsione dell'applicabilità della disciplina prevista per i minorenni quantomeno ai detenuti giovani adulti, nel rispetto dei processi educativi in atto;
4) previsione di misure alternative alla detenzione conformi alle istanze educative del condannato minorenne;
5) ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione dei minori all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà, di cui rispettivamente agli articoli 47 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni;
6) eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento;
7) rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi centrali del trattamento dei detenuti minorenni;
8) rafforzamento dei contatti con il mondo esterno quale criterio guida nell'attività trattamentale in funzione del reinserimento sociale;

dal quattordicesimo Tavolo degli Stati Generali dell'Esecuzione[2], destinato allo studio del problema dell'esecuzione penale minorile.

I principi enunciati dagli studiosi che avevano preso parte al quattordicesimo Tavolo prevedevano che l'esecuzione a carico dei condannati minorenni o per fatti commessi da minore avvenisse con modalità costituzionalmente orientata e convenzionalmente allineata in attuazione delle Convezioni, dei Trattati e delle Raccomandazioni internazionali in materia.

In applicazione di tali principi la Commissione di studio, presieduta dal dott. Francesco Cascini, aveva redatto un progetto di ordinamento penitenziario minorile che può essere sintetizzato dal contenuto dell'art. 30: «l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premi, le misure alternative alla detenzione previste dal capo IV della legge n. 354 del 1975, la sospensione dell'esecuzione, l'affidamento in prova in casi particolari previsti rispettivamente dagli artt. 90 e 94 del d.P.R. n. 309 del 1990, possono essere concessi ai soggetti che hanno commesso un reato durante la minore età senza limitazioni relative al titolo del reato, al momento dell'esecuzione e alla durata della pena irrogata».

Il d.lgs. n. 121 del 2018 rappresenta al contrario il ritorno al carcere come rimedio base per la rieducazione del minore ed il recupero delle misure previste per gli adulti con minimi ed apparenti temperamenti applicativi. L'unico aspetto positivo è rappresentato dall'introduzione nel nostro ordinamento di norme specifiche per l'esecuzione penale a carico di condannati minorenni o di condannati per fatti commessi da minore; per il resto il testo, a nostro avviso, deve essere sottoposto a numerose censure, nonché ad eccezioni di incostituzionalità.

In effetti, il decreto approvato contiene principi di certo condivisibili (art. 1 co.2), ma il legislatore nell'affermarli pare porre in essere il "*gioco delle tre carte*". Lo stesso, da un lato, non può non essere consapevole che per mancanza di risorse umane, materiali e finanziarie nonché per difficoltà logistiche i detti principi non potranno mai trovare attuazione, dall'altro, giunge perfino ad escluderne l'applicazione, come nel caso della giustizia riparativa, solennemente richiamata nel co. 2 dell'art. 1 e, decisamente, esclusa per la mancata approvazione del relativo decreto (A.G. n. 29).

Va altresì chiarito che il problema dell'esecuzione delle pene per i minori presuppone una riforma del sistema sanzionatorio sostanziale con l'introduzione di pene specifiche per gli stessi, che mancano del tutto in Italia, essendo notoriamente previste per i minori, ad esclusione dell'ergastolo dichiarato illegittimo dalla sentenza della Corte costituzionale n. 168/1994, le medesime sanzioni irrogate ai maggiorenni: reclusione, arresto, multa, ammenda, applicabili da sole o anche congiuntamente a seconda dei reati contestati.

Dal punto di vista qualitativo, molte nazioni dell'Europa occidentale (Francia, Germania, Spagna) prevedono:

a) misure educative: ammonizione, affidamento del minore ad una persona fisica (genitore, tutore) o ad una famiglia, collocamento in un istituto;

[2] Il Ministro della Giustizia, on. Andrea Orlando, promosse i lavori degli Stati Generali dell'Esecuzione, organizzati in 18 Tavoli, presieduti dal prof. Glauco Giostra, ai quali parteciparono docenti universitari, magistrati, avvocati ed esperti della materia. I lavori furono inaugurati il 19 Maggio 2015 nella Casa Circondariale di Bollate e si conclusero il 19 Aprile 2016 nel carcere di Roma, Rebibbia, e contenevano riflessioni e proposte circa l'esecuzione della pena in modo conforme ai principi costituzionali.

b) sanzioni a contenuto negativo (divieto di frequentare luoghi o persone, di guidare veicoli a motore, di allontanarsi dal Comune di residenza o dalla propria abitazione in determinate fasce orarie, di assumere sostanza alcoliche o stupefacenti);

c) sanzioni a contenuto precettivo consistenti in condotte riparatorie a favore della vittima o nello svolgimento di prestazioni di pubblica utilità a favore della collettività.

Molto diffusa è anche la sanzione del "mini-arresto", cioè, della permanenza domiciliare nel fine settimana, misura che non interrompe i rapporti familiari e neppure quelli sociali, di studio e di lavoro, essendo la privazione della libertà limitata al periodo del *week-end*.

Dal punto di vista quantitativo, in Francia la pena applicabile ai minori non può essere superiore alla metà di quello prevista per i maggiorenni, in Spagna e Germania la pena detentiva non può superare gli anni 5 di reclusione, raddoppiabile a dieci solo in caso di omicidio.

Il temperamento quantitativo previsto in Italia con *l'applicazione* della diminuente obbligatoria della minore età (art. 98 c.p.) è facilmente neutralizzabile da parte del giudice, trattandosi di comune attenuante, che può essere ritenuta equivalente o addirittura *minusvalente* rispetto alle aggravanti contestate, o concessa in misura minima (anche un giorno) in luogo della possibile massima estensione, costituita dall'intero terzo della pena concreta irrogata.

2. L'art. 79 della legge 26 luglio 1975 n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario) disponeva che le norme destinate ai condannati maggiorenni si applicassero anche ai condannati minorenni «fino a quando non sarà provveduto con apposita legge».

In realtà, il legislatore è rimasto inerte per ben 43 anni, in quanto nel detto periodo sono stati presentati numerosi progetti, mai approvati dal Parlamento.

Il problema del trattamento differenziato del condannato minorenne o per fatti commessi da minore emerge con chiarezza per la prima volta dinanzi al Tribunale di sorveglianza presso il Tribunale per i minorenni di Genova nel procedimento a carico di Al Ashker Bassam, unico minorenne tra i terroristi appartenenti al Fronte Liberazione della Palestina (F.L.P.) i quali nell'Ottobre del 1985 assaltarono al largo delle coste egiziane la nave crociera Achille Lauro, cagionando la morte di un cittadino statunitense di religione ebraica, diversamente abile. Competente a giudicare il nucleo armato era l'Italia, essendo avvenuto il fatto in acque internazionali a bordo di nave italiana[3]. I terroristi furono portati in Italia ed il minorenne fu condannato nel 1987 dal Tribunale per i minorenni di Genova alla pena di anni 17 di reclusione per i delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo, omicidio ed altro.

Il Tribunale di sorveglianza per i minorenni di Genova con un'interpretazione costituzionalmente orientata, dopo appena 3 anni di detenzione, senza attendere come per gli adulti l'espiazione di almeno metà della pena inflitta, con ordinanza del 14 Giugno 1990 ammetteva il detenuto al regime di semilibertà. Tuttavia, la locale Procura proponeva ricorso per Cassazione, la quale affermava che l'art. 79 primo comma non consentiva di ritenere che «nei confronti di soggetti che all'epoca dei fatti non avevano compiuto il diciottesimo anno di età, le misure alternative alla

[3] Nel corso della vicenda si verificò il noto episodio di *Sigonella* aeroporto siciliano nel quale l'aereo egiziano che trasportava i terroristi fu costretto all'atterraggio da parte di caccia degli U.S.A. che ne chiedevano la consegna. Il Presidente del Consiglio dell'epoca on. Bettino Craxi resistette alla pretesa rischiando uno scontro armato tra militari italiani ed americani.

detenzione contemplate dal c.d. ordinamento penitenziario richiedano condizioni ed operino con modalità da quelle previste dalle singole disposizioni che le prevedono».

Di conseguenza, il Tribunale di sorveglianza minorile di Genova, in sede di rinvio, con ordinanza del 30 Maggio 1991 sollevava d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 79 primo comma citato nella parte in cui «non consente di ritenere che nei confronti di soggetti minori d'età all'epoca dei fatti-reati commessi le misure alternativa alla detenzione operino con modalità diverse da quelle previste dalle singole disposizioni che le prevedono».

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 125/1992, che rappresenta la prima di molte decisioni[4] del medesimo tenore lamentava che «con l'impugnato art. 79, infatti, erano state indiscriminatamente estese ai minori le disposizioni dettate per gli adulti dalla legge n. 354 del 1975 di riforma dell'ordinamento penitenziario» ed affermava che «l'assoluta parificazione tra adulti e minori che – secondo l'univoco indirizzo interpretativo della Corte di cassazione – consegue alla mancata introduzione, nella legislazione successiva, degli adattamenti e correttivi richiesti dalla specificità della condizione minorile non è, indubbiamente, in armonia con i suesposti principi [le esigenze di recupero e di risocializzazione dei minori devianti e, quindi, di accentuazione della funzione rieducativa della pena]; tuttavia la Corte concludeva che «d'altra parte, una pronunzia interamente caducatoria della norma condurrebbe ad un vuoto legislativo dei cui effetti la Corte ritiene di dover tener conto, posto che essa, allo stato, inciderebbero sulla stessa possibilità per i minori di usufruire delle misure alternative alla detenzione» sia pure nella forma limitatamente prevista per i maggiorenni. La citata sentenza diede luogo a vari tentativi per ovviare all'inopportuna equiparazione di trattamento tra condannati maggiorenni e condannati minorenni o per fatti commessi da minore.

Il primo progetto, presentato nel marzo del 1986 dal Ministro della Giustizia on. Mino Martinazzoli, tendeva a modificare la rigida disciplina prevista dalla normativa per gli adulti adattandoli alla condizione giovanile.

Il 7 luglio 2000 il Consiglio dei Ministri approvava il disegno di legge intitolato *"Disposizioni relative all'applicazione ai minorenni delle misure penali",* recante il n. 7225 (c.d. progetto Fassino).

Il disegno di legge, sulla scia delle pronunzie della Corte costituzionale, separava l'esecuzione penale minorile da quella degli adulti e prevedeva per i condannati per reati commessi da minore un'esecuzione differenziata possibile fino al compimento del ventunesimo anno di età. Nelle intenzioni del legislatore l'esecuzione differenziata avrebbe ridotto il ricorso ad impugnazioni meramente dilatorie, le quali, procrastinando l'espiazione nel tempo, finivano col comportare la sottoposizione del condannato minorenne al regime ordinario.

L'art. 3 del disegno di legge, in caso di pena detentiva da eseguirsi nei confronti di persona che avesse commesso il reato prima del compimento del diciottesimo anno di età, prevedeva che il pubblico ministero sospendesse l'esecuzione, richiedendo ai servizi della giustizia minorile di formulare un progetto di intervento, redatto in conformità all'art. 27 del d.lgs. n. 272 del 1989.

L'onere della richiesta ricadeva quindi sul pubblico ministero, e non più sul condannato, che spesso non è in grado di presentare la domanda di applicazione delle misure alternative. Il progetto doveva essere trasmesso dal pubblico ministero al Tribunale di sorveglianza minorile, che doveva

[4] *Ex multis* sentenze n. 128/1987, 109/1997, 403/1997, 450/1998, 90/2017.

provvedere entro 30 gg. La disciplina non si applicava, se la pena doveva essere eseguita nei confronti di persone di età superiore agli anni 18, che avessero riportato condanne alla pena della reclusione complessivamente superiore ad un anno per delitti non colposi commessi da maggiorenne ovvero che, al momento dell'esecuzione, fossero stati sottoposti alla misura della custodia cautelare in carcere per un reato commesso da maggiorenne.

Il Tribunale di sorveglianza (competente è quello del luogo di abituale dimora del condannato), ricevuto il progetto, pronunziava ordinanza con cui sostituiva all'esecuzione della pena detentiva inflitta, ovvero al residuo di pena ancora da espiare, e per un eguale periodo, prescrizioni di studio e di lavoro, le quali, tenuto conto dell'entità del fatto, della personalità e del comportamento dell'autore del reato, fossero idonee a perseguire le finalità di maturazione e socializzazione del condannato e di prevenire il pericolo che egli commettesse altri reati.

Le prescrizioni includevano, ove possibile, l'obbligo del minore di adoperarsi per riparare le conseguenze del reato; potevano includere anche l'obbligo di permanere presso l'abitazione familiare o altro luogo di privata dimora, presso un luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza, ovvero in luoghi ove il soggetto potesse svolgere attività di studio, di lavoro o utili per la sua educazione.

Le prescrizioni potevano comprendere anche 1'obbligo del condannato di trascorrere parte della giornata nell'istituto di prevenzione, ovvero il divieto di frequentare determinati luoghi o persone. Terminato il periodo di durata delle prescrizioni, il Tribunale di sorveglianza pronunziava l'estinzione della pena. I servizi dell'amministrazione della giustizia dovevano relazionare sulla osservanza delle prescrizioni; in caso di trasgressioni o di ripetute e gravi violazioni, il Tribunale poteva revocare l'ordinanza. Se durante il periodo in cui il condannato fosse sottoposto alle prescrizioni, sopravveniva un nuovo titolo esecutivo per un reato commesso prima degli anni 18, il Tribunale decideva la prosecuzione o la modifica delle prescrizioni, tenendo conto anche del nuovo titolo, oppure revocava l'ordinanza. I1 beneficio era revocato in ogni caso se la condanna sopravvenuta concerneva un reato commesso dopo il compimento degli anni 18.

La detenzione per i minori era, quindi, di fatto abolita e sostituita con prescrizioni di attività preparatorie al reinserimento nella società. II Tribunale di sorveglianza, come si è visto, poteva modulare, secondo le condizioni soggettive ed oggettive del condannato, le prescrizioni: la prima fascia, dai connotati meno custodiali, incentrata su attività di studio e di lavoro, disegnava un'esecuzione non lontana dall'affidamento in prova al servizio sociale; la seconda fascia, dai connotati più marcatamente custodiali, prevedeva l'obbligo di trattenersi presso il proprio domicilio o in Istituto, ispirandosi alla detenzione domiciliare o alla semilibertà.

La carcerazione restava, comunque, residuale e limitata o all'inosservanza delle prescrizioni, sintomo che non vi fosse stata maturazione del condannato, o ai casi di reati più gravi (artt. 416 *bis* c.p., 630 c.p., 74 d.P.R. 309/90), o a delitti commessi per finalità di terrorismo e di eversione, ma nella circoscritta ipotesi che si fosse dimostrata l'attualità del collegamento con la criminalità organizzata.

Nel 2008 il Dipartimento della giustizia minorile, all'epoca diretto dalla dott.ssa Melita Cavallo, presentava un nuovo progetto che veniva successivamente recuperato nel 2010 dall'On. Donatella Ferranti, per cui va definito "*Progetto Ferranti-Cavallo*". La proposta, composta di 52 articoli per

larga parte ispirata ai criteri della *Ley Organica Reguladora de la Responsabilidade Penal de los Menores* n. 5 del 22 dicembre 2000, entrata in vigore in Spagna il 12 gennaio 2001, aveva quantomeno il merito di proporre l'introduzione di pene specifiche per i minorenni.

Anche l'Associazione nazionale forense, Camera penale minorile, in un Convegno promosso a Napoli il 21 Settembre 2015, cui partecipò anche l'attuale Ministro della Giustizia On. Alfonso Bonafede, presentò un progetto organico di ordinamento penitenziario minorile tendente alla decarcerizzazione, valorizzando l'applicazione degli artt. 30 e 32 d.P.R. 448/88 con la sostituzione delle pene detentive in sanzioni sostitutive e, soprattutto, tendente ad impedire l'esecuzione in istituto penale minorile nella fase esecutiva di pene relative a reati per i quali, nella fase cautelare, non è possibile applicare la misura della custodia in carcere.

Il criterio, ove recepito dal legislatore, avrebbe notevolmente ridotto la presenza di condannati negli istituti penitenziari minorili.

3.La prima censura riguarda il contenuto del testo: il legislatore delegato in realtà non ha scritto l'ordinamento penitenziario minorile, bensì si è limitato a richiamare le norme contenute in altri provvedimenti legislativi.

In effetti, nell'art. 1 co. 2 vengono richiamati l'ordinamento penitenziario per i maggiorenni (legge n. 354 del 1975 ed il relativo il decreto legislativo di attuazione n. 230 del 2000), nonché i due testi fondamentali in materia minorile (il d.P.R. 448/88 con il decreto attuativo n. 272 del 1989). Il legislatore delegato, ad esempio, non ha disciplinato in materia autonoma la misura della detenzione domiciliare, ma si è limitato a richiamare la disciplina contenuta nella legge n. 354 del 1975 agli artt. 47 *ter*, 47 *quater* e 47 *quinquies*.

Ancora una volta, si è persa l'occasione di scrivere un provvedimento in materia minorile dotato di autonomia normativa. E' noto che in Italia non esiste un sistema minorile autonomo, ma le norme relative ai minori, oltre che nei due testi base citati e nel r.d.l. 1404 del 1934 per larga parte ancora vigente, sono contenute nel codice penale, nel codice di procedura penale ed in varie leggi speciali.

Il costante rinvio ad altre norme pone sempre il problema dell'interpretazione delle stesse in modo conforme alle esigenze dei minori, secondo i criteri indicati dall'art. 1 d.P.R. 448/88, i quali, secondo dottrina e giurisprudenza, devono consistere nell'adeguatezza applicativa e nella minima offensività[5]. Peraltro, lo stesso criterio del rinvio è stato attuato in maniera superficiale, in quanto il legislatore, ad esempio, ha omesso di richiamare il d.P.R. 309/90 in relazione all'art. 94, e cioè all'affidamento terapeutico, che compare tuttavia nell'art. 11 del decreto in esame.

D'altronde l'intero testo è scritto in maniera trasandata. Ad esempio vengono elencate le misure c.d. di comunità, in quanto si opta per questa dizione piuttosto che per quella di misure alternative, intendendosi affermare che all'esecuzione penale extramuraria delle condanne riportate dai minori deve partecipare, al fine dell'inclusione sociale degli stessi, l'intera comunità. L'art. 2 co.1 elenca l'affidamento in prova, la detenzione domiciliare, l'affidamento in prova con detenzione domiciliare, l'affidamento in casi particolari, che sarebbe l'affidamento terapeutico non più menzionato, ma recuperato all'art. 11 del provvedimento.

[5] G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, Milano, 2016, 15; F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile,* Milano 2002, 60-72.

Sembrerebbe da questa lettura che le misure alternative alla detenzione siano un *numerus clausus* secondo l'elenco riportato, e che non esistano altre misure alternative per i minori.

Tuttavia, all'art. 9 si legge che «al co.1 dell'art. 24 del d.lgs. n. 272 del 1989 le parole le misure alternative sono sostituite dalle seguenti: le misure penali di comunità, le altre misure alternative». Tale dizione dimostra, ad esempio, che la misura introdotta dalla legge 26 Novembre 2010 n. 199[6] deve intendersi ancora vigente per i minorenni, come naturalmente agli stessi è applicabile l'altra misura alternativa della liberazione anticipata (art. 54 ord. penit.).

Ancora, l'art. 8 co. 1 esclude che le misure possano essere disposte d'ufficio, dimenticando tuttavia che l'art.4 del d.lgs. n. 123 del 2018, recante le disposizioni di modifica all'ordinamento penitenziario relativo ai maggiorenni, ha introdotto all'art. 678 il co. 1 *ter,* che prevede che, quando la pena da espiare non è superiore ad un anno e sei mesi, il presidente del Tribunale di sorveglianza designa il magistrato relatore, il quale, in via provvisoria, applica una misura menzionata nell'art. 656 co. 5 c.p.p. Avverso l'ordinanza possono proporre opposizione nel termine di 10 giorni il pubblico ministero, il condannato od il difensore. La disposizione, che vuole evidentemente evitare l'ingresso in carcere per pene brevi o per residui di pene brevi, prevede comunque un procedimento d'ufficio.

Non vi è dubbio che tale norma debba applicarsi anche ai minori, non potendo la dizione *"misure alternative"* indicata nell'art. 656 c.p.p. escludere la concessione di *"misure penali di comunità"*, sia perché si verrebbe a creare una disparità di trattamento tra condannati minorenni e condannati maggiorenni, sia perché l'art. 1 d.P.R. 448/88 fa chiaramente riferimento all'applicabilità ai minori delle disposizioni del codice di procedura penale con i criteri richiamati.

L'art. 8 co.1 stabilisce che legittimato a chiedere la misura penale di comunità è l'interessato se maggiorenne o il suo difensore; nel caso in cui il condannato non abbia raggiunto la maggiore età la richiesta deve essere presentata dal difensore o dall'esercente la responsabilità genitoriale. Questa disposizione contrasta in modo palese con i principi del processo penale minorile; il minore è attore responsabile del suo processo. In quanto pienamente capace dal punto di vista penale, l'imputato minorenne è titolare di attività di autodifesa che possono essere di seguito sintetizzate:

a) nomina il difensore ed elegge il domicilio processuale; in caso di contrasto tra la scelta del difensore da lui nominato e quello nominato dagli esercenti prevale la volontà del minore; se non vi è contrasto il difensore nominato dagli esercenti si aggiunge a quello scelto dal minore;

b) presta il consenso alla definizione anticipata del processo all'udienza preliminare ex art. 32 co. 1, d.P.R. 448/88;

c) chiede di essere messo alla prova o dà il consenso alla stessa;

d) chiede il giudizio abbreviato o immediato;

e) può avvalersi della facoltà di non rispondere o di rispondere, di chiamare o di non chiamare in reità o in correità indagati o imputati in procedimenti connessi o collegati, può rendere dichiarazioni spontanee, può prendere la parola per ultimo, prima che il giudice entri nella camera di consiglio per la decisione

[6] Per ovviare al sovraffollamento carcerario la legge del 26.11.2010 n. 199 prevedeva in via transitoria che l'ultimo anno di detenzione (periodo elevato a 18 mesi con legge del 22.12.2011 n. 211) potesse essere espiato presso la propria abitazione.
Con decreto legge del 23.12.2013 n. 146 convertito in legge 21.2.2014 n. 10, la misura è stata trasformata in provvedimento definitivo.

f) se ultrasedicenne, può chiedere la pubblicità dell'udienza dibattimentale;

g) può chiedere di farsi assistere negli atti processuali da persona di sua fiducia, in sostituzione degli esercenti;

h) può proporre impugnazione o opposizione (in caso di contrasto con l'impugnazione proposta dagli esercenti o dal difensore prevale la volontà del minore);

i) può rinunziare all'impugnazione da lui proposta o a quella proposta dagli esercenti o dal difensore;

Questi atti di autodifesa riconoscono al minore piena capacità processuale; d'altronde la normativa sul giusto processo, riconosciuta legittima dalla sentenza 195/02 della Corte Costituzionale, ha ampliato i poteri negoziali del minore[7]. Non si capisce come in un processo improntato alla responsabilità il condannato minorenne non possa richiedere personalmente una misura alternativa, come si è verificato fino all'entrata in vigore del testo *de quo*.

D'altronde la contraddizione rimane anche per il condannato per fatti commessi da minore ormai divenuto maggiorenne, per il quale viene esclusa la possibilità che la misura venga richiesta da parte dei prossimi congiunti, come al contrario prevede espressamente l'art. 57 legge n. 354/1975 per i maggiorenni.

4. Il decreto legislativo si pone palesemente in contrasto con i principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 90 del 2017.

La Consulta, investita dalla Corte d'appello di Milano, sez. minorenni, del problema dell'impossibilità di sospendere l'esecuzione per i reati ostativi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 co. 9 lett. *a)* del codice di procedura penale nella parte in cui non consente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i detti reati. La motivazione della sentenza è molto chiara: «è costante nella giurisprudenza costituzionale l'affermazione della esigenza che il sistema di giustizia minorile sia caratterizzato fra l'altro dalla «necessità di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante»[8], anzi su «prognosi particolarmente individualizzate»[9], questo essendo «l'ambito di quella protezione della gioventù che trova fondamento nell'ultimo comma dell'art. 31 Cost.»[10]: vale a dire della «esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono»[11].

Di conseguenza è da ritenere che il divieto generalizzato e automatico di un determinato beneficio contrasti con «il criterio, costituzionalmente vincolante, che esclude siffatti rigidi automatismi, e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso, in presenza delle condizioni generali costituenti i presupposti per l'applicazione della misura, della idoneità di questa a conseguire le preminenti finalità di risocializzazione che debbono presiedere

[7] M. COVELLI, *Manuale di Legislazione Penale Minorile*, Napoli, 2006, 109.
[8] Corte cost., sentenze n. 143 del 1996, n. 182 del 1991, n. 128 del 1987, n. 222 del 1983 e n. 46 del 1978.
[9] Corte cost., sentenza n. 78 del 1989.
[10] Corte cost., sentenze n. 128 del 1987 e n. 222 del 1983.
[11] Corte cost., sentenza n. 125 del 1992.

all'esecuzione penale minorile»[12]. Alla luce di questi principi, costantemente affermati, deve ritenersi che la rigida preclusione posta dall'art. 656, co. 9, lettera *a),* c.p.p. – laddove vieta la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 e per gli altri reati espressamente indicati – se applicata ai minorenni contrasti con gli artt. 27 e 31 Cost.».

Nonostante tale decisione, l'art. 2 co. 3 stabilisce che per le misure di comunità si applica l'art. 4 *bis* comma 1 ed 1 *bis* ord. penit.

La Procura minori di Napoli ed altre procure minorili ritengono che anche l'ordine di esecuzione a carico di minorenni o di condannati per fatti commessi da minore per i reati di cui all'art. 4 *bis* co. 1 e 1 *bis* ord. penit. vada sospeso, se egli stessi si trovino in misura cautelare non custodiale. La sospensione concessa sulla base di una interpretazione indubbiamente corretta viene tuttavia *inutiliter data,* in quanto il Tribunale di sorveglianza non potrà applicare alcuna misura di comunità ed il dettato normativo del decreto in esame potrà essere disatteso solo a seguito di un ulteriore intervento della Corte costituzionale.

Come è noto, l'art. 4 *bis* al comma 1 stabilisce una presunzione assoluta di pericolosità degli autori dei reati elencati nella norma ed inoltre introduce una presunzione assoluta di non rieducazione in assenza di collaborazione.

I benefici ai detenuti per uno dei delitti indicati nell'art. 4 co. 1 *bis* potranno essere concessi qualora siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e qualora i detenuti collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58 *ter* ord. penit. L'obbligo di collaborazione viene escluso per inesigibilità, allorquando la rendano inutile l'integrale accertamento dei fatti operato con sentenza irrevocabile oppure qualora al condannato sia stato applicata la circostanza del risarcimento del danno (art. 62 co. 6 c.p.), o del concorso di minima importanza (art. 114 c.p.) o del concorso anomalo (art. 116 c.p.).

Il comma 3 dell'art. 2 del decreto in esame si pone in netto contrasto con i principi affermati dalla Consulta, la quale ha chiaramente stabilito che per i minori occorre la valutazione individualizzata, che escluda divieti automatici e generalizzati. Occorre altresì notare che il divieto introdotto dall'articolo in questione è in controtendenza con gli attuali orientamenti giurisprudenziali.

In effetti, la Corte di cassazione[13] ha trasmesso gli atti alla Corte costituzionale, ritenendo illegittimo il divieto di concedere il permesso premio *ex* art. 30 ord. penit. ad un soggetto condannato all'ergastolo per associazione mafiosa ed omicidio, che non aveva posto in essere condotte di collaborazione con la giustizia *ex* art. 58 *ter*, in relazione agli artt. 27 co. 3, 117 Cost.,ed all'art. 3 CEDU; quest'ultima norma impone agli Stati membri di prevedere parametri temporali certi in base ai quali, in presenza di una condanna all'ergastolo, al detenuto è garantita la possibilità di ottenere, in conseguenza del suo percorso rieducativo, la revisione della condanna.

Nell'ordinanza citata la Corte di cassazione riprende l'orientamento della Consulta secondo il quale le presunzioni assolute, ove limitative di diritti fondamentali, violano il principio di uguaglianza e richiama espressamente due sentenze della Consulta, la n. 57 del 2013 che ha ritenuto irragionevole la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nei confronti degli indagati per reati

[12] Corte cost., sentenza n. 436 del 1999.
[13] Cass. pen., sez. pen., ord., 20 novembre 2018, n. 57913.

di criminalità organizzata e la sentenza n.48 del 2015 in relazione al concorrente esterno al suddetto delitto, nel caso in cui risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure.

Ancora la Corte di cassazione[14] ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale in relazione all'art. 4 *bis* legge n. 354/1975 che esclude espressamente che possa essere concessa la detenzione domiciliare per i reati ostativi.

La Cassazione rileva che le presunzioni assolute di pericolosità contrastano con la finalità rieducativa della pena (art. 27 co. 3 Cost.), in quanto il percorso rieducativo presuppone una progressione trattamentale che esclude ogni rigido automatismo. E' singolare che nel momento in cui per i minori si riafferma una presunzione assoluta di pericolosità, l'evoluzione giurisprudenziale tende, per i soggetti maggiorenni, ad escludere sempre più criteri di pericolosità presunta.

Per di più la Corte EDU[15] ha condannato il nostro paese per violazione dell'art.3 della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo. La Corte di Strasburgo ha affermato il principio che la CEDU all'art. 3, nel vietare i trattamenti inumani e degradanti dei condannati, non esclude la possibilità della pena perpetua, ma affinchè tale principio non venga violato, occorre che la stessa possa essere ridotta a seguito dell'adesione del condannato al trattamento rieducativo ed alla evoluzione positiva della sua personalità[16].

5. Il provvedimento – come si è detto – contiene una serie di enunciazioni di principi indubbiamente condivisibili, ma di difficile attuazione pratica.

In primo luogo, al comma 2 dell'art. 1 si legge che l'esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità deve favorire percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime del reato.

Tale affermazione, già contenuta nell'art. 27 del d.lgs. n. 230 del 2000, contrasta con la volontà del Governo, il quale ha accantonato lo schema di decreto legislativo n. 29 del 21 Maggio 2018 recante disposizioni in materia di giustizia riparativa e di mediazione reo-vittima.

Il medesimo comma contiene altri principi condivisibili: l'esecuzione deve favorire la responsabilizzazione, l'educazione e il pieno sviluppo psico-fisico del minorenne, la preparazione alla vita libera, l'inclusione sociale e prevenire la commissione di ulteriori reati, anche mediante il ricorso ai percorsi di istruzione, di formazione professionale, di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile, e ad attività di utilità sociale, culturali, sportive e di tempo libero.

Ancora è stabilito all'art. 2 co.4, che il Tribunale di sorveglianza debba decidere sulla base dei risultati dell'osservazione e della valutazione della personalità del minorenne, delle condizioni di salute psico-fisica, dell'età e del grado di maturità, del contesto di vita e di ogni altro elemento utile, tenuto conto della proposta di programma di intervento educativo redatta dall'Ufficio di Servizio Sociale per i Minorenni e dei percorsi formativi in atto.

Nella redazione del programma l'U.S.S.M. deve acquisire i dati giudiziari e penitenziari, sanitari, psicologici e sociali, coordinandosi con i servizi socio-sanitari territoriali di residenza del

[14] Cass. pen., sez. I, ord., 1 Marzo 2019, n. 9126.
[15] Corte EDU, sentenza, Viola *c.* Italia, 13 giugno 2019, n. 77633/16.
[16] Marcello Viola, condannato all'ergastolo per reato associativo ed omicidio aveva proposto ricorso alla Corte di Strasburgo avverso il divieto di permesso, non avendo prestato collaborazione secondo quanto stabilito dall'art. 4 *bis* co. 1 e 1 *bis*.

minorenne e, per i detenuti, anche con il gruppo di osservazione e trattamento dell'istituto di appartenenza (art. co. 9).

L'attuazione di detto programma educativo presupporrebbe risorse umane e materiali che mancano. Il numero delle assistenti sociali del ministero e dei servizi territoriali, dei funzionari dell'area pedagogica e degli psicologi è del tutto insufficiente, inoltre mancano le risorse materiali e l'apparato del *welfare.*

Altri principi condivisibili sono elencati nell'art. 2:

a) la territorialità dell'esecuzione in modo da mantenere le relazioni socio-familiari del condannato, salvo motivi contrari rappresentati da collegamenti con la criminalità organizzata (art. 2 co.7, art 24);

b) il minore sacrificio della libertà personale, predisponendo il rapido reinserimento del condannato nella vita sociale (art. 2 co. 5);

c) il coinvolgimento dei familiari; a tal fine il Tribunale di Sorveglianza acquisisce informazioni sul contesto di vita familiare ed ambientale, sui precedenti delle persone con cui il minore convive e sull'idoneità del domicilio indicato per l'esecuzione della misura (art. 2 co. 10, art. 2 co.11).

L'art. 2 al co. 8 dispone che le misure penali di comunità debbano essere eseguite in comunità le quali, in deroga a quanto stabilito dall'art. 10 co. 2 lett. a del d.lgs. n. 272 del 1989, possono ospitare solo minorenni sottoposti a procedimento penale o in esecuzione pena.

Anche tale disposizione è discutibile, in quanto, se da un lato evita il c.d. "contagio" ponendo minori in area civile o amministrativa a contatto con minori in area penale, dall'altro finisce per favorire la ghettizzazione di questi ultimi e per tradire lo spirito di educazione comunitaria, rendendo le comunità luoghi detentivi a custodia attenuata.

6. Per quanto riguarda l'affidamento in prova al servizio sociale non vi sono note particolari, la misura è applicabile se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non superi i 4 anni di detenzione. La misura è disposta dal Tribunale di sorveglianza; il programma deve essere elaborato dall'U.S.S.M. in collaborazione con i servizi socio-sanitari territoriali e deve contenere attività di istruzione, formazione professionale, educazione sociale onde impedire la commissione di ulteriori reati. Le prescrizioni nel corso dell'affidamento possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza secondo necessità. In caso di revoca dell'affidamento in prova, il Tribunale determina la pena da espiare tenuto conto del comportamento del condannato durante il periodo trascorso (art. 8 co.5)[17].

All'art. 5 il legislatore con una disposizione irrazionale ha introdotto il nuovo istituto dell'affidamento in prova con detenzione domiciliare, che rappresenta un ibrido non compatibile, in quanto combina il regime di libertà proprio della messa in prova con la detenzione domiciliare presso l'abitazione dell'affidato o altro luogo pubblico o privato, di cura, assistenza e accoglienza o presso comunità, in determinati giorni della settimana.

[17] La disposizione attua la decisione della Corte costituzionale, che con sentenza n. 343/1987 dichiarò l'illegittimità costituzionale del co. 1 dell'art. 47 legge n. 354 del 1975 nella parte in cui, in caso di revoca del provvedimento di ammissione all'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova, non consentiva al Tribunale di Sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il periodo trascorso in affidamento in prova.

A nostro avviso, l'introduzione del nuovo istituto si appalesa inutile, in quanto sarebbe stato molto più logico operare al contrario, allargando le maglie della detenzione domiciliare con l'autorizzare il condannato ad allontanarsi dal domicilio per seguire attività di studio, lavoro, formazione professionale e volontariato.

La nuova misura dovrebbe applicarsi a quei condannati per i quali il completo regime di libertà dell'affidamento in prova appare eccessivo, per cui deve essere contenuto con giorni settimanali da trascorrere in detenzione domiciliare.

La norma non quantifica il numero dei giorni da trascorrere in detenzione, ma deve ritenersi che i giorni di libertà debbano prevalere rispetto a quelli di restrizione.

In caso di fallimento della misura il computo avviene come per l'affidamento, con valutazione discrezionale da parte del Tribunale di sorveglianza, valutazione resa più complicata dal rapporto non specificato tra i giorni di detenzione e quelli di affidamento.

Per quanto riguarda la detenzione domiciliare, che può essere eseguita presso la propria abitazione o in altro luogo pubblico o privato di cura assistenza ed accoglienza o presso comunità, occorre immediatamente rilevare che il limite di tre anni stabilito per questa misura di comunità non è previsto dall'art. 47 *ter* ord. penit., che elenca limiti differenti:

1) 4 anni per gli ultrasettantenni (art 47 *ter* co. 01);

2) 4 anni per donna incinta o madre di prole inferiore ai 10 anni, padre esercente la responsabilità genitoriale nel caso la madre sia impossibilitata, persona in condizioni di salute particolarmente gravi o di età superiore a 60 anni, persona minore di anni 21 per esigenze di studio o di lavoro (art 47 *ter* co. 1);

3) 2 anni, quando non ricorrano i presupposti per l'affidamento al Servizio Sociale (art 47 *ter* co. 1 *bis*).

La statuizione normativa appare ancora *ictu oculi* irrazionale, in quanto il decreto prevede la possibilità di concedere una misura meno afflittiva, quale l'affidamento in prova per pene o residui di maggior pena fino a 4 anni di reclusione, ed una misura più afflittiva per pene o residui di maggior pena di durata minore (3 anni).

A questo punto sorge il dubbio se ad un minore con pena o residuo pena di anni 4 possa essere applicata la detenzione domiciliare.

A rigor di logica l'art. 6 del d.lgs. n. 121 del 2018, in quanto norma speciale, dovrebbe prevalere sull'art. 47 *ter* co. 1; riteniamo tuttavia che la detenzione domiciliare possa continuare ad essere concessa dai Tribunali di sorveglianza minorili anche per pene o residui di pena di anni 4 in applicazione del *favor rei* e del *favor minoris*.

Errato ed inopportuno appare il richiamo all'istituto degli arresti domiciliari in un testo di esecuzione per minorenni; a nostro avviso il legislatore avrebbe dovuto richiamare quello della permanenza in casa (art. 21 d.P.R. 448/88), in quanto detta misura consente l'allontanamento del minore dalla propria abitazione per lo svolgimento di attività di studio o lavoro o comunque utili per la sua educazione, laddove l'art. 284 c.p.p. prevede tale possibilità solo in caso di indispensabili esigenze di vita o di assoluta indigenza. Se il legislatore delegato ha richiamato l'istituto in questione, applicabile ai soli maggiorenni, per precisare che il condannato minore o per fatti commessi da minore in detenzione domiciliare, il quale si allontani dal proprio domicilio, commette il reato di evasione, è

incorso in un'inutile superfetazione in quanto l'ipotesi è specificatamente disciplinata dal co. 8 dell'art. 47 *ter* ord. penit. integralmente richiamato dal decreto *de quo.*

In caso di revoca della detenzione domiciliare il periodo trascorso è computato per intero (art. 8 co. 5).

L'ammissione del condannato alla semilibertà può avvenire quando lo stesso ha espiato almeno un terzo della pena; si tenga presente che per i condannati maggiorenni il limite ordinario prevede l'espiazione di almeno metà della pena, ovvero di due terzi di essa nel caso dei reati di cui all'art. 4-*bis*.

L'art. 7 dispone tuttavia che, nel caso dei reati indicati nel co.1 dell'art. 4 *bis* ord. penit., si debba tenere conto del rapporto significativo tra la pena espiata e la pena residua.

Non può non rilevarsi la grave complicazione applicativa nascente dalla contraddizione tra il co. 3 dell'art. 2 ed il co. 1 dell'art. 7: nel primo la concessione dei benefici penitenziari è subordinata all'obbligo della collaborazione di cui al co. 1-*bis* dell'art 4-*bis* ord. penit., nel secondo detto obbligo non viene più richiamato.

A nostro avviso, la volontà del legislatore è chiara nel limitare la concessione dei benefici per i delitti indicati nel co. 1 dell'art. 4-*bis*, per cui il mancato richiamo alla collaborazione va inteso come un'ulteriore prova della tecnica scadente di redazione del testo in esame. Alla richiesta di collaborazione, viene aggiunta quella di un significativo rapporto tra pena irrogata e pena espiata, ma il termine "significativo" in un rapporto matematico concede un'eccessiva discrezionalità al Tribunale di sorveglianza.

E' sicuramente censurabile la scelta limitativa del legislatore, in quanto la semilibertà, nel mentre mantiene la natura contenitiva dell'esecuzione della pena in carcere, consente nelle ore diurne lo svolgimento di attività esterne utili per il reinserimento sociale.

L'art. 7 al co. 4 prevede che il condannato, che rimane assente dall'istituto per non più di dodici ore, è punito in via disciplinare, laddove, se non rientra senza giustificato motivo o non rientra oltre le dodici ore, integra il reato di evasione.

Anche la presente disposizione appare un'inutile ripetizione, in quanto contenuta nell'art. 51 ord. penit. richiamato.

In materia di assegnazione al lavoro esterno e di permessi premio, a parte l'incostituzionale divieto in relazione ai reati elencati nell'art. 4 *bis* co. 1 e co. 1 *bis*, il decreto recepisce integralmente i limiti di cui all'art. 21 e dell'art. 30 *ter* ord. penit. Trattasi di scelta censurabile; per favorire l'integrazione sociale l'ammissione al lavoro esterno dovrebbe, a nostro avviso, essere possibile in qualunque momento dell'esecuzione; egualmente dovrebbe essere stabilito per quanto riguarda i permessi premio, per consentire i rapporti familiari e la risocializzazione.

Si consideri altresì che le sentenze n. 450/98 e n. 403/97 della Corte costituzionale hanno abolito per i permessi i limiti unicamente per i condannati minori d'età, ma gli stessi rimangono per i condannati ormai maggiorenni, in espiazione pena per fatti commessi da minore.

7. L'art. 11 dispone che l'ordine di esecuzione venga notificato al condannato, al difensore e in caso di minore degli anni 18 agli esercenti con contestuale decreto di sospensione, con l'avviso che se la pena detentiva, anche se residua di maggior pena, non è superiore a 4 anni, o a 6 in caso di

affidamento terapeutico, entro il termine di 30 giorni potrà essere presentata richiesta per l'applicazione di una misura di comunità.

La sospensione non può essere disposta se si tratti di uno dei reati elencati nell'art. 4 *bis* co. 1 e 1 *bis* ord. penit. o se il condannato si trovi in misura cautelare in carcere per il fatto oggetto della condanna o sia detenuto per altro titolo definitivo.

Se nel termine di 30 giorni non viene presentata richiesta il pubblico ministero revoca la sospensione ed ordina farsi luogo all'esecuzione.

E' censurabile la scelta di sospensione a domanda, in quanto il legislatore non ha tenuto conto che la disposta sospensione si appalesa spesso inutile, attesa la condizione di disagio morale ed economico in cui versano moltissimi minori con le relative famiglie, l'incapacità culturale del minore e degli esercenti di comprendere il significato dell'atto ricevuto, la situazione dei minori non accompagnati o provenienti da famiglie abbandoniche od inidonee, la mancanza di un difensore di fiducia il quale si attivi per presentare la domanda di sospensione o la difficoltà del difensore d'ufficio nel raggiungere gli interessati.

E' apprezzabile il disposto dell'art. 2 co.4 che attribuisce al servizio sociale il compito di redigere una proposta di programma, finora anch'esso lasciato alle possibilità dei familiari e alla capacità del difensore. Tuttavia, il servizio sociale non può presentare domanda di sospensione in quanto assolutamente non legittimato dalla norma; può ipotizzarsi solo che le assistenti sociali possano contattare il condannato ed i familiari o il difensore al fine di compulsarli alla presentazione dell'istanza.

Analogo invito al difensore nominato, nell'interesse del minore, potrebbe provenire dal pubblico ministero minorile, organo comunque non legittimato a richiesta diretta di sospensione.

Per quanto riguarda la competenza occorre notare che vi è un profondo cambiamento rispetto alla disciplina precedente. In quest'ultima, qualora il condannato per fatti commessi da minore, divenuto maggiorenne, avesse riportato altra condanna dai tribunali ordinari, la competenza per l'esecuzione penale passava al Tribunale di sorveglianza ordinario solo se fosse intervenuta condanna a pena detentiva con sentenza irrevocabile; la condanna a pena pecuniaria non spostava la competenza[18].

---

[18] Tale regola è stata affermata dalla Corte di cassazione con due fondamentali sentenze rese a seguito di conflitto di competenza sollevato dai Tribunali di Sorveglianza ordinari e minorili. Nel primo caso il Tribunale di sorveglianza di Napoli si era dichiarato incompetente a decidere in ordine ad un'istanza di concessione di liberazione anticipata sul rilievo, tra l'altro, che nei confronti dell'interessato erano stati emessi sia la sentenza da parte del Tribunale per i minorenni che il provvedimento di cumulo da parte della Procura della Repubblica presso detto Tribunale, ed aveva trasmesso gli atti a quest'ultimo. Il Tribunale di sorveglianza presso il Tribunale per i minorenni di Napoli, che a sua volta, aveva sollevato conflitto, sostenendo che, poiché l'interessato aveva riportato altre condanne per fatti commessi da maggiorenne, la competenza spettava al Tribunale di sorveglianza ordinario.
La Corte di cassazione risolveva il conflitto in tale ultimo senso, decidendo come segue: "…avendo il condannato riportato altre condanne per fatti commessi da maggiorenne, la posizione più favorevole riconosciutagli dalla legge (attribuzione della competenza al Tribunale minorile) deve ritenersi cessata e, conseguentemente, la competenza a provvedere sull'istanza spetta alla magistratura di sorveglianza per adulti." (Cass. pen., sez. I, 4 marzo 1993, n. 461).
Nel secondo caso il Tribunale di sorveglianza di Firenze aveva declinato la propria competenza in favore del Tribunale per i minorenni in materia di richiesta di affidamento in prova al servizio sociale, ma il Tribunale per i minorenni di Firenze aveva sollevato conflitto, sull'assunto che il condannato aveva subito da maggiorenne altra condanna, sia pure a sola pena pecuniaria.
La Corte di cassazione ha statuito che «il principio al quale il Tribunale per i Minorenni, a sostegno del proprio assunto, ha inteso richiamarsi, e cioè quello (in effetti più volte affermato da questa Corte), secondo cui la competenza prorogata del giudice minorile in materia di sorveglianza cessa nel caso di sopravvenute condanne per altri fatti commessi dal

L'esecuzione avveniva negli istituti penitenziari minorili sempre per gli infraventunenni; ugualmente per gli infraventicinquenni a condizione che il magistrato di sorveglianza non avesse rilevato la pericolosità del soggetto[19].

Il Decreto, al contrario, riduce la competenza in caso di ulteriore comportamento deviante del condannato o la estende per *vis attractiva* in caso di positivo andamento di misure alternative in corso.

L'art. 10 co. 5 dispone che l'esecuzione non possa avvenire secondo le norme previste per i minorenni, se il condannato per fatti commessi da minorenne ha fatto ingresso nelle carceri per adulti in custodia cautelare o in espiazione pena per reati commessi dopo il compimento del diciottesimo anno d'età. La dizione letterale della norma "abbia fatto ingresso" esclude decisamente che sia richiesta l'attualità della detenzione, attesa la natura chiaramente sanzionatoria della norma che vuole escludere anche gli infraventunenni dall'esecuzione minorile; inoltre l'estensione dell'esecuzione in caso di positivo comportamento, di chiara natura premiale, evidenzia la volontà di escludere dall'esecuzione minorile gli infraventunenni che abbiano già avuto esperienze detentive dopo la maggiore età.

Viceversa, quando nel corso dell'esecuzione di una condanna per reati commessi da minorenne sopravviene un titolo detentivo per reati commessi da maggiorenne, il pubblico ministero emette l'ordine di esecuzione con sospensione e trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza minorile il quale, se ritiene che vi siano le condizioni per la prosecuzione dell'esecuzione secondo le norme previste per i minorenni, ne dispone con ordinanza l'estensione al nuovo titolo esecutivo; in caso contrario dispone la cessazione della misura e restituisce gli atti al pubblico ministero ordinario per l'ulteriore corso dell'esecuzione.

8. Il Capo IV (artt. 14 – 25) contiene disposizioni sull'organizzazione degli istituti penali per i minorenni. Per il condannato viene elaborato un progetto educativo contenente attività di istruzione, culturali e sportive e di formazione professionale, è inoltre garantito un supporto psicologico, onde prevenire la commissione di ulteriori reati. Sei mesi prima delle dimissioni il Servizio Sociale, in collaborazione con l'area trattamentale, elabora per i condannati cui non siano state applicate misure penali di comunità, progetti di reinserimento ricercando sul territorio risorse di lavoro o di formazione professionale, curando i rapporti con i familiari e per i minori non accompagnati o per coloro i quali la famiglia sia irreperibile o inadeguata individuando anche figure educative o comunità di riferimento. Anche tale disposizione è destinata a rimanere un'enunciazione di principio, mancando del tutto un sistema di *welfare* che assicuri l'effettivo reinserimento sociale del condannato.

Vanno poi ricordate alcune disposizioni positive sul trattamento:

a) il numero delle persone da collocare nelle camere di pernottamento è limitato a 4[20];

---

soggetto dopo il raggiungimento della maggiore età, non può trovare applicazione quando per detti ultimi fatti siano state inflitte (come si verifica nella specie), soltanto pene pecuniarie». (Cass. pen., sez. I, 7 febbraio 1996, n. 837).

[19] Art. 24 d. lgs. n. 272 del 1989, così come modificato dall'art. 5 del decreto legge n. 92 del 2014, convertito con modificazioni nella legge n. 117 del 2014.

[20] Il problema del sovraffollamento esistente nelle carceri ordinarie non si è mai posto negli istituti penali minorili, sia per il numero ridotto dei detenuti (in media 500 in tutta Italia) sia per il numero sufficiente di istituti esistenti sul territorio nazionale (16 effettivamente funzionanti su 19 esistenti).
Occorre ricordare per le carceri ordinarie la sentenza Torreggiani resa dalla Corte EDU nel Gennaio 2013, la quale rappresenta una sentenza pilota in quanto adottata a seguito di ricorsi per casi omogenei riuniti.

b) ai detenuti è assicurato il periodo di aria nella misura di 4 ore giornaliere;

c) onde favorire i rapporti con i familiari sono garantiti 8 colloqui mensili (di cui almeno 1 in giorno festivo o prefestivo) con durata non inferiore a 60 minuti e non superiore a 90; i colloqui con i familiari non possono essere sospesi in nessun caso;

d) sono altresì garantite conversazioni telefoniche settimanali in numero non inferiore a 2 o superiori a 3 della durata non superiore a 20 minuti[21].

Al fine di favorire l'affettività, il detenuto può usufruire ogni mese di 4 visite prolungate della durata non inferiore a 4 ore e non superiore a 6, da svolgersi in locali appositamente attrezzati per consentire la preparazione e la consumazione dei pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico (ambienti che mancano del tutto negli Istituti Penali Minorili e non vi sono, allo stato, mezzi e possibilità per predisporli).

Il legislatore in tal modo, nel solo campo minorile, ha attuato l'affettività come mero rapporto con i familiari.

Diversamente da quanto accade nei paesi più evoluti d'Europa, ha rinunciato ad introdurre l'affettività sessuale sia per i maggiorenni che per i minorenni (tanti già sono coniugati o hanno stabili convivenze e sono genitori), introduzione che avrebbe risolto non solo i noti problemi morali che sorgono nelle relazioni tra detenuti, ma avrebbe altresì rappresentato un positivo contributo all'evoluzione dei condannati, tenendoli lontani da rapporti di discutibile natura di sottomissione.

Il Consiglio di disciplina è composto dal Direttore, da un Educatore e da un Magistrato onorario del Tribunale minorile designato dal Presidente, il quale ha sostituito il sanitario.

Il Direttore può procedere a rimproveri verbali o scritti; le altre sanzioni (l'esclusione dalle attività ricreative o dalle attività in comune per non più di 10 giorni) sono irrogate dal consiglio di disciplina ed eseguite previa attestazione del sanitario che il condannato può sopportarle. Lo stesso nel periodo dei 10 giorni occupa da solo una stanza di detenzione ubicata nel reparto di appartenenza; l'isolamento è consentito solo per motivi sanitari.

Il Torreggiani, detenuto nel carcere di Busto Arsizio, occupava con altri due compagni una cella di 9 mq. disponendo quindi di uno spazio inferiore a 3 mq. per persona in quanto ulteriormente ridotta dal mobilio.
Per di più pesanti sbarre alle finestre impedivano all'aria ed alla luce del giorno di entrare nei locali.
La Corte EDU che aveva già condannato l'Italia nel 2009 a seguito del ricorso del bosniaco Sulejmanovic detenuto a Rebibbia (in questo caso lo spazio vitale era addirittura di 2,7 mq.) con la sentenza Torreggiani ricondanna l'Italia per violazione dell'art. 3 della CEDU ritenendo che le condizioni di vita dei detenuti integravano la violazione dei diritti umani sottoponendo gli stessi a trattamenti inumani e degradanti.
A seguito di detta sentenza, il Parlamento approvò la legge n. 67 del 2014 che contiene numerosi strumenti di decarcerizzazione, tra i quali l'introduzione a maggiorenni degli istituti della messa alla prova (art 168 *bis* c.p.) e della particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.)

[21] Per gli adulti sono previsti quattro colloqui visivi ordinari al mese (uno per settimana) della durata di un'ora, oltre due premiali; è concesso un colloquio telefonico settimanale della durata massima di 10 minuti, oltre due premiali.

La messa alla prova per i minorenni ed il nuovo art. 657*bis* c.p.p.: ancora una normativa differenziata

GAIA TESSITORE

ABSTRACT

The Juvenile probation and the new art. 657bis c.p.p.: another differentiated legislation
With the examined judgment the Constitutional Court solved the problem of the constitutional compatibility of art. 29 of the n. 48/1998 DPR (Approval of the penal process directives for the underage defendants) and of the art. 657bis c.p.p. with the articles number 3, 31 and 27 of the Constitution.
The judge verdict encourage a complete and extensive study of the "probation" institution in its two executions, starting from an historical analysis of its introduction in Italy, up to its extension – with some differences that will be successively considered – to the adults.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La funzione del processo penale minorile e la messa alla prova. – 3. La crisi della pena e le nuove soluzioni: l'istituto della particolare tenuità e la messa alla prova per gli imputati maggiorenni. – 4. La libertà del proprio tempo, il consenso ed il concetto di "pena".

1.La prima sezione della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti nel corso del procedimento su ricorso avverso un'ordinanza del Tribunale per i minorenni di Milano che, in qualità di giudice dell'esecuzione, aveva rigettato la richiesta del riconoscimento in favore del condannato dello scomputo di pena prevista dall'art. 657*bis* c.p.p. in caso di esito negativo della messa alla prova.

La corte rimettente ha ritenuto che anche l'istituto della messa alla prova per i minorenni può presentare, però, in concreto e caso per caso, significati profili di afflittività. Ne consegue che, in tale evenienza, l'esclusione di qualunque rilevanza del percorso seguito durante la prova, pur segnato da un epilogo sfavorevole, realizza un regime ingiustificatamente differenziato rispetto all'assetto regolativo, che caratterizza l'omologo istituto per gli imputati maggiorenni, si da confliggere con il principio di eguaglianza posto all'art. 3 Cost. e con i principi di tutela del minore e della finalità educativa dell'intervento penale posti dall'art. 31 Cost., comma 2, e art. 27 Cost., comma 3[1].

Ai fini della comprensione del ragionamento, è opportuno tenere conto di un principio, a parere di chi scrive, fondamentale: la differenza ontologica degli istituti del processo per gli adulti e di quello per i minorenni non può connotare anche la fase di esecuzione della pena. Ciò con riguardo al contenuto delle prescrizioni imposte, ancor di più se si tiene conto che, nel processo per i minori, non è richiesto il consenso né del minore, né delle altre parti, che devono essere solo «sentite».

[1] Cass. pen., sez. I, ord., 5 dicembre 2017, n. 16358, in *C.E.D. Cass*., n. 272707. Per un commento si veda M.L. GALATI, *Messa alla prova del minorenne con esito negativo. Dubbi di incostituzionalità sulla disciplina per la determinazione della pena*, in *Il penalista.it***,** 6 giugno 2018 e L. PIRAS, *Messa alla prova del maggiorenne e del minorenne: la Corte di Cassazione solleva una questione di legittimità,* in *Dir. giust.*, 2018, 67, 10.

2. Un ruolo fondamentale è stato svolto dalla Corte costituzionale che, unitamente alla dottrina in quest'ambito, ha offerto una forte spinta per l'approdo alla riforma del 1988.

La legge n. 81 del 16 febbraio 1987[2], all'articolo 3, ha specificato che «il Governo della Repubblica è delegato a disciplinare il processo a carico di minorenni al momento della commissione del reato secondo i principi generali del nuovo processo penale, con le modificazioni ed integrazioni imposte dalle particolari condizioni psicologiche del minore, della sua maturità e dalle esigenze della sua educazione».

Pertanto, il legislatore ha considerato assoluta l'incompatibilità tra esigenze giudiziarie per i maggiorenni rispetto a quelle per i minorenni. La dimostrazione è stata rappresentata dalla necessità di ricorrere a due distinte commissioni per la redazione delle (diverse) discipline sistematiche in materia processuale penale. Ed invero, la soluzione adottata nel 1987 è stata quella di riconoscere espressamente le peculiari caratteristiche del processo penale minorile utilizzando, dunque, una delega autonoma.

La politica criminale, sottesa all'approvazione del d.P.R. n. 448 del 1988, è stata connotata, dunque, da una filosofia di attenzione al minore, quasi "invadendo" il campo del trattamento educativo: nell'art. 31, comma 2, della Carta costituzionale si riteneva esistere l'esigenza di prevedere un trattamento differenziato dell'imputato minorenne.

Il diritto processuale penale minorile, con le sue proprie caratteristiche, nonostante le nobili intenzioni del legislatore, è, però, spesso connotato da tratti di "un insano paternalismo quando non ad un insulso pietismo"[3].

Il legislatore, dal 1988 in poi, consapevole del discorde conflitto tra esigenze repressive e bisogni educativi, utilizza la filosofia della «fuoriuscita dal circuito penale» del minore come guida di una giurisdizione che accerta, ma non può punire. O meglio: la normativa del d.P.R. n. 448 del 1988 disegna una disciplina del processo penale di cognizione non adeguando il criterio del *favor minoris* alla fase esecutiva della condanna, eventualmente comminata, non prevedendo un'espressa disciplina in tema di ordinamento penitenziario[4].

---

[2] "*Delega legislativa al governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*".

[3] Le parole sono di G. RICCIO nella presentazione al volume di C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli*,* 2012, 9.

[4] Tentativo in parte riuscito (con non pochi limiti) con l'approvazione del d.lgs. n. 121 del 2018 in tema di "*Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*", pubblicato sulla G.U. del 26 ottobre 2018 e in vigore dal 10 novembre 2018.

L'approvazione del decreto legislativo 2 ottobre 2018 n. 121, ha creato una specifica disciplina per l'esecuzione della pena nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione dell'art. 1, comma 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103. Il decreto fa una scelta chiara per le "misure penali di comunità" quali modalità principali per l'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni, così da ridurre il carcere ad *extrema ratio,* puntando (o meglio: scommettendo) sul coinvolgimento diretto della collettività nel progetto di recupero e inserimento del condannato minorenne. In realtà, la disciplina così approvata è molto distante da quella contenuta nella bozza redatta dalla Commissione ministeriale per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo, presieduta da Francesco Cascini. Per un primo commento si veda L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.,* 16 novembre 2018; F. DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, *ivi*, 22 marzo 2019 (il contributo è di prossima pubblicazione quale introduzione a un volume collettaneo dedicato al nuovo ordinamento penitenziario, a cura di Lina Caraceni e Maria Grazia Coppetta, di prossima pubblicazione per i tipi di Giappichelli); G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, *ivi*, 16 gennaio 2019.

Il legislatore italiano, con la riforma appena richiamata, non solo ha sottolineato con forza che «il processo penale deve avere come suo obiettivo quello di realizzare una ripresa dell'itinerario educativo del minore, che il compimento dell'atto criminale dimostra essersi interrotto o avere deviato» ma ha anche previsto che «lo stesso processo si articoli in modo tale da potere contribuire allo svolgimento di questo itinerario, avendo esso stesso valenze educative»[5].

Il discorso delle "confusioni" insite nel processo penale minorile non è recente, ma nasce già al momento dell'entrata in vigore del d.P.R. più volte citato: è stata, già, messa in evidenza una serie di ambiguità e contraddizioni: il processo penale minorile risulta essere in bilico tra repressione ed educazione; teso, da un lato, verso la punizione e, dall'altro (con la messa alla prova e la spinta alla rapida uscita dal circuito penale) al perdono; tra garanzia della specializzazione (di giudici, difensori e operatori) e accettazione della non specializzazione (della comunità chiamata a collaborare nell'impegno verso il recupero sociale), evidenziando come "improbabile" la convivenza tra dispositivo penale e dispositivo educativo[6].

Il processo penale minorile si caratterizza come 'processo penale della personalità' in quanto la sua funzione di recupero del minore rappresenta "un peculiare interesse-dovere dello Stato" a discapito della realizzazione della pretesa punitiva a ciò subordinata[7].

Diversamente, si condivide l'idea di chi sostiene che il processo penale minorile "dovrebbe valorizzare innanzitutto la soggettività e la capacità di discernimento dell'adolescente e non perseguire soprattutto finalità tutelari"[8].

Proprio in questa visione si inserisce l'introduzione dell'istituto della "messa alla prova" disciplinato dagli artt. 28[9] e 29 del d.P.R. del 1988 che, con le sue disposizioni, «costituisce un istituto del tutto nuovo nel nostro ordinamento in quanto, pur aggiungendosi ad altre analoghe ipotesi già esistenti, è caratterizzato dal fatto di inserirsi in via incidentale in una fase (udienza preliminare o dibattimento) antecedente la pronuncia sulla *regiudicanda* e di poter dar luogo, in caso di esito positivo della prova, ad una sentenza pienamente liberatoria … (ciò) evidenzia la stretta aderenza alla essenziale finalità di recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione e il suo inserimento sociale (anche attraverso l'attenuazione dell'offensività del processo)»[10].

---

[5] A. C. MORO, in *Manuale del diritto minorile*, a cura di Fadiga, IV ed., Torino, 2008, 545.

[6] Cfr. per tutti E. ROLI, *Dispositivo penale e dispositivo educativo nel nuovo processo minorile: una convivenza improbabile*, in *Il processo penale minorile: prime esperienze. Atti del convegno di Bari,* a cura di Occhiogrosso, Milano, 1991, 66 e ss.

[7] Cfr. Corte cost., sent., 30 aprile 1973, n. 49, in *www.giurcost.org.*

[8] AA. VV., *Il processo penale minorile*, a cura di Giostra, Milano, 2001, 13.

[9] C. CESARI, *Art. 28. Sospensione del procedimento e messa alla prova*, in AA. VV., *Il processo penale minorile,* a cura di Giostra, II ed., Milano, 2007, 290. Sull'istituto, una prima analisi applicativa è di L. POMODORO, *Minore imputato e "messa alla prova"*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 2, 265. L'Autrice, già allora, suggeriva la possibilità di prevedere dei correttivi, ritenendo non fosse possibile liquidare come un "fallimento" l'ipotesi non infrequente di ricadute del minore delinquente nel più rassicurante proprio mondo precedente.

[10] Tale indirizzo è stato affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 125 del 1995, in *Cass. pen.* 1995, 2077. A proposito della pronuncia citata P. PAZÈ, *Un riesame complessivo della messa alla prova per i minorenni*, in *Giur. cost.*, 1995, 2172; A. PULVIRENTI, *Sulla consensualità della messa alla prova*, in *Riv. pen.*, 1996, 299; L. SCOMPARIN, *Sospensione del processo minorile e "messa alla prova": limiti di compatibilità con i riti speciali e altri profili processuali dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1995, 509.

In quest'ottica, la sospensione del processo con messa alla prova rappresenta un istituto, finalizzato non alla puntuale esecuzione di un progetto, ma a determinare la positiva evoluzione della personalità dell'imputato[11].

Tanto questo è vero che, nel processo penale minorile, quello che viene chiesto al minore non è tanto una scelta di "fare qualcosa" ma di "essere sentito" così da consentire al giudice (a cui è affidata la discrezionalità di valutare l'opportunità o meno di sospensione del procedimento) di scegliere in ordine all'adozione del provvedimento con il quale il minore viene messo alla prova. Si tratta, è evidente, di una logica tutt'altro che consensuale, tenuto conto che la decisione del giudice viene applicata «sentite le parti»: tanto che l'ordinanza è impugnabile mediante ricorso per cassazione.

Ebbene, la rivoluzione è evidente: le prospettive del processo mutano, l'accertamento della responsabilità penale diventa implicito (e non contestato). Non sarebbe da considerarsi, dunque, un procedimento alternativo ma un «modulo "processual-sostanziale" alternativo»[12] di definizione della *regiudicanda*.

Si tratta di una "deformalizzazione sistemica"[13] che consiste nel potere, riconosciuto al giudice, di alterare il paradigma procedimentale reato-accertamento-sanzione per utilizzare un modello funzionale all'obiettivo da raggiungere.

Pare, dunque, che già all'entrata in vigore della citata disciplina, il legislatore – in tema di processo minorile – avesse imboccato la strada di "delegare" al giudice la garanzia nell'attuare i principi dell'ordinamento, derogando ai principi dell'illuminismo giuridico secondo cui il presidio contro l'abuso ed, eventuali, eccessi dell'autorità era dato dalla sottoposizione alla legge con l'attribuzione al giudice di un compito meramente applicativo[14].

Il presupposto dell'istituto è, come unanimemente ritenuto in dottrina, l'accertamento della responsabilità penale del minorenne.

Si è opportunamente specificato che «non può mettersi alla prova l'innocente, l'incapace di intendere e volere, la persona che, per qualunque causa debba prosciogliersi (amnistia, improcedibilità, prescrizione) o della quale allo stato non risulti ragionevolmente provata la responsabilità»[15].

Ovviamente, nel tempo, tenuto conto che i giudici vi hanno fatto sempre più ricorso, si è messo in evidenza il problema della poca determinatezza dell'art. 28 del d.P.R. n. 448 del 1988 proprio in relazione alla natura del potere discrezionale riconosciuto al giudice.

Alcuni autori hanno sostenuto che la discrezionalità del giudice «serva per immergersi nella viva realtà dell'episodio in concreto attribuito al minorenne, per coglierne le più velate sfumature e

---

[11] M. CAVALLO, *Punire perché. L'esperienza punitiva in famiglia, a scuola, in istituto, in tribunale, in carcere: profili giuridici e psicologici*, Milano, 1993, 229.

[12] A. MACCHIA – P. GAETA, *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema ed adattamenti funzionali,* in *Dir. pen. cont.*, 2018, 10, 138.

[13] M. DI PASCALE, *Le esperienze nel distretto di Napoli tra messa alla prova e dintorni*, in *La messa alla prova per i minori: la rassegnazione "entusiasta" di una normativa incompleta*, a cura di Di Gennaro, Milano, 2018, 96.

[14] E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano, 2003, 43 ss.

[15] S. DI NUOVO-G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 2005, 343. Sulla funzione 'rieducativa' delle disposizioni degli artt. 28 e 29 del d.P.R. n. 448 del 1988 si veda, per tutti, G. SPANGHER, *La funzione rieducativa del processo*, in *Cass. pen*., 2017, 3, 1230 ss.

tensioni, ed è anche lo strumento che rende effettiva la personalizzazione del processo. Bisogna, quindi, accollarsene i rischi»[16].

Ed invero, il giudice è chiamato a compiere la sua scelta (sospendere o non sospendere il procedimento) alla luce di elementi raccolti, spesso, in modo "contratto" tanto che spesso la scelta pare essere l'esito di una prassi *routinaria* più che di un fondato e condiviso percorso valutativo circa l'attitudine rieducativa del programma predisposto.

Deve basarsi, infatti, su una complessa serie di elementi messi in gioco: il tipo di reato commesso, le modalità dell'esecuzione, gli eventuali precedenti penali, la personalità, il carattere e il contesto sociale di vita del reo e, pertanto, la valutazione è davvero complicata.

A conferma di ciò, ossia del carattere fallimentare del ricorso alla messa alla prova (anche tenuto conto della discrezionalità nella sua applicazione e probabilmente *routinaria*), i dati relativi il numero complessivo di provvedimenti di condanna disposti per i singoli nominativi del campione ritrovati nel S.I.C. evidenziano che, fino al 2014, anno di rivelazione delle statistiche dal sistema del Casellario Giudiziale Centrale, si riscontra per i 71 *ex probandi*, che da adulti hanno continuato a delinquere, in media, una doppia recidiva: si registrano a loro carico 129 provvedimenti di condanna[17].

3. Negli ultimi decenni, grazie all'integrazione sovranazionale delle fonti interne in uno ad alcune condanne della Corte EDU[18], il legislatore ha dovuto mettere in discussione uno sclerotizzato sistema che ha fatto, da sempre, del carcere la "pena" cardine e la punizione maestra per il reo.

Quale soluzione, dunque, per un legislatore inadeguato ad immaginare una diversificazione delle pene?[19]

Non si riportano, qui, le critiche[20] di numerosi autori in tema di incapacità a trovare nuove e diverse alla soluzione carceraria; bisogna, però, tener conto che sulla spinta di allarmi europei nonché di quelli provenienti dalla Corte costituzionale[21], la risposta del legislatore pare essere andata nella

---

[16] E. ZAPPALÀ, *La specializzazione nelle funzioni giudiziarie penali minorili,* in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di Zappalà, Torino, 2015, 39.

[17] G. DI GENNARO, *Long life crime: tassi di recidiva e di ricaduta criminale nei diversi campioni*, in *La messa alla prova per i minori,* cit., 159.

[18] Il riferimento è, tra le altre, alle note sentenze "Torreggiani" (Corte EDU, 8 gennaio 2013) e "Contrada" (Corte EDU, 14 aprile 2015).

[19] Il concetto di "pene" è espressamente inserito nell'art. 27, comma 3, della Costituzione che stabilisce «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

[20] Si veda, per una completa ricostruzione sul punto C. E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire***,** in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018, 2, 447. Per la delega Orlando, in tema di riforma dell'ordinamento penitenziario, invece E. DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, *ivi***,** 2018, 3, 1667.

[21] Tra tutte si veda Corte cost. n. 279 del 2013 in *Giur. cost*., 2013, 6, 4533, con nota di F. DELLA CASA, *Il monito della consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, 4533; A. GARGANI, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva*, in *Dir. pen. proc*., 2013, 5, 575; G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1, 55; A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto della pena e sovraffollamento carcerario)*, *ivi*, 4542; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, *ivi*, 4549. Ugualmente, si veda sullo stesso tema A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 19 novembre 2013; G. LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con severo monito per il*

direzione di "trasporre" alcuni istituti di altra natura, e la cui ragion d'essere poggia(va) le basi su una diversa *ratio*, nel processo penale di cognizione.

In passato, si era tentato di costruire alternative sanzionatorie[22] ma, nonostante gli importanti lavori portati avanti da alcune commissioni parlamentari, il legislatore vi ha, poi, rinunciato.

Il diritto penale "recente" è, ormai, ricco di esempi che collegano benefici a condotte *post crimen patratum* e *lato sensu* collaborative: ossia intese ad eliminare o ad affievolire gli effetti negativi del reato, in una dimensione nella quale ben possono trovare spazio profili di tipo mediativo[23].

Il tentativo, dunque, secondo certa dottrina critica, è stato quello di ricorrere a meccanismi che "aggirano" l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale con procedimenti che comportano una "rinuncia" alla giurisdizione – da intendersi come valore garante della legalità – che accerta con meccanismi sanzionatori "sostitutivi" certamente riduttivi della reale dimensione del problema[24].

Il riferimento è, ovviamente, anche alla messa alla prova per gli adulti, introdotta dalla legge n. 67 del 28 aprile 2014 nonché all'istituto della "particolare tenuità del fatto" *ex* art. 131 *bis* c.p. introdotto dal d.lgs. n. 28 del 16 marzo 2015.

La riforma, che ha esteso l'applicazione dei due istituti sopracitati ai maggiorenni, va collocata in un contesto in cui «si colgono le nuove coordinate di sviluppo della legislazione penale, che non guarda più solo e soltanto all'assetto delle fonti nazionali di stampo parlamentare o, eccezionalmente, ai criteri direttivi talvolta dettati in alcune importanti pronunce della Corte costituzionale; e che oggi volge lo sguardo alla efficacia delle fonti sovranazionali vincolanti, di carattere pattizio, come la CEDU, e ancora di più giurisprudenziale, coma le sentenze (provvedimento) della Corte di Strasburgo, per effetto del dettato dell'art. 117 della nostra Costituzione»[25].

In particolare, per il discorso che ci occupa, la messa alla prova per gli adulti assume, dal punto di vista ontologico, una funzione riparativa connessa ad una possibile mediazione. L'intento del legislatore è stato, dunque, quello di consentire all'imputato di ottenere un trattamento alternativo alla pena fondato sulla sua espressa volontà.

A questo punto, è lecito chiedersi in che cosa, nel concreto, le ipotesi trattamentali si differenzino tra loro tanto da condurre alla inapplicabilità di un meccanismo, eventualmente adattato

---

legislatore, ivi, 25 novembre 2013; A. MACCHIA, *Il problema del sovraffollamento nelle carceri: aspettando Godot. Note minime attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013,* in *Rass. penit. crim.* 2013, 2, 221.

[22] Il tentativo era stato portato avanti dalla Commissione parlamentare presieduta da Giuliano Pisapia, istituita il 30 luglio 2006, con l'incarico di predisporre un disegno di legge delega di riforma del Codice Penale. Nella relazione conclusiva dei lavori, depositata il 19 novembre 2007, si legge che «la previsione sistematica della pena edittale carceraria si è rilevata per molti versi ineffettiva e inefficace, anche in presenza di condotte particolarmente gravi … le pene non detentive consentono di valorizzare l'esigenza che siano annullati i vantaggi derivanti dal reato … l'introduzione di pene non detentive costituisce una modalità attuativa sostanziale dell'orientamento previsto dall'art. 27, comma 3, della Costituzione, per cui le pene sono chiamate a favorire l'integrazione sociale del condannato e non a realizzare la sua espulsione dal contesto della società». In relazione, poi, alle pene prescrittive, nella relazione si specifica che sono un «importante strumento per delineare percorsi comportamentali conformi alle esigenze di salvaguardia dei beni fondamentali e per favorire condotte riparative o conciliative (anche attraverso il lavoro in favore della comunità, la messa alla prova o procedure di mediazione)».

[23] A. MACCHIA – P. GAETA, *Messa alla prova ed estinzione del reato,* cit., 148.

[24] Per tutti si veda G. RICCIO, *Il contraddittorio contesto politico-culturale tra juvenile probation e nuove forme di deprocessualizzazione*, in *La messa alla prova per i minori,* cit., 287. Sempre per una severa critica ai recenti interventi normativi, G. RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della giustizia*, Napoli, 2015.

[25] P. TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena,* Roma, 2017, 82.

al minore, quale quello – invero automatico – dell'art. 657*bis* c.p.p. al procedimento a carico di minorenni, nella ipotesi in cui, a seguito di messa alla prova con esito negativo, il pregresso periodo non possa essere scomputato dall'eventuale sanzione poi, in concreto, irrogata.

La Corte, richiamando la propria giurisprudenza[26] nonché quella della Corte di cassazione, ha evidenziato che la messa alla prova per gli adulti è da annoverarsi tra quei riti, che potremmo definire consensuali, per i quali all'assoggettamento volontario ad un programma consegue, in caso di esito positivo, l'estinzione del reato.

La Corte ha ritenuto che il nuovo istituto, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statuale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale alla quale, però, va riconosciuta la natura sostanziale. Ed invero, vi è, da un lato, il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo, dall'altro, la rottura della sequenza cognizione-esecuzione della pena in funziona del raggiungimento della risocializzazione del soggetto.

Prima facie l'analisi strutturale dei due istituti sembrerebbe rendere evidente come in realtà si tratti di due istituti che sono da considerarsi diversi, certo, per quanto attiene all'ambito di applicazione, ma molto simili nella loro sostanza (in relazione all'afflittività delle prescrizioni imposte).

In particolare, per gli adulti, così come per i minori, è necessario l'intervento di una complessità di operatori (sociali e giuridici) al fine di consentire all'imputato di ottenere un programma di trattamento che sia idoneo a raggiungere le finalità richieste.

Ebbene, senza voler ignorare la strutturale differenza ontologica esistente nel processo penale a carico dei minori rispetto a quello per i maggiorenni – tenuto anzitutto conto delle finalità rieducative e risocializzanti che permeano il procedimento che veda un minorenne coinvolto – sembra, nel caso in esame, esservi l'opportunità di una nuova attuazione dei principi sanciti dalla copiosa giurisprudenza costituzionale.

Ed invero, anche tenuto conto di ciò, si condivide quanto argomentato dalla prima sezione della Corte di cassazione che, nel rimettere la vicenda *de qua* al vaglio della Corte costituzionale, ha ritenuto esistente un regime ingiustificatamente differenziato. Ciò, in particolare, per quanto attiene ai «significativi profili di afflittività» che caratterizzano anche la messa alla prova per il minorenne: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui sia previsto l'inserimento comunitario all'interno di una struttura del minore, tenuto conto della consistente limitazione della libertà di movimento che esso implica. Tali "adempimenti" hanno, per il minore, un carattere senza dubbio afflittivo al dì là della finalizzazione verso un obiettivo che ha natura prettamente educativa.

È questo il momento di una scelta: se si vuole, così come pare, mantenere inalterata la vicenda processuale minorile (per come sopra si è detto) sarà necessario adeguare il sistema alle "nuove" soluzioni trovate dal legislatore in tema di *diversion* processuale.

---

[26] Il riferimento è alla sentenza n. 91 del 2018 in *Cass. pen*., 2018, 10, 3186 con nota di V. MAFFEO, *Questioni di legittimità costituzionale in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, 3195. Per un ulteriore commento si veda di V. MAFFEO, *La costituzionalità della messa alla prova tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018, 2, 953 e ss. ed anche R. MUZZICA, *La consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6, 173 e ss.; G. LEO, *La corte costituzionale restituisce ed "accredita", in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, *ivi*, 7 maggio 2018, 303 e ss.

Sembra incomprensibile come un minore che sia stato sottoposto ad un programma trattamentale eventualmente non portato a termine (e comprensivo di una serie di prescrizioni dal carattere più o meno, ma in ogni caso, afflittivo), non possa, nel momento in cui il procedimento prosegua l'*iter* ordinario, in ipotesi di condanna, vedersi scomputare dalla pena (= tempo di libertà sottratto) applicatagli, quel tempo già sottrattogli in precedenza nell'ambito dell'iniziale adempimento delle prescrizioni del programma (sulla scorta di un diritto all'educazione di cui l'ordinamento si appropria e che, in caso di esito negativo, evidentemente non ha saputo utilizzare).

4. L'introduzione, nel nostro come in molti altri ordinamenti europei ed *extra*europei di misure – alternative alla detenzione – genericamente definibili di "prova controllata" (o *probation*) – trae origine, come è noto, dalle congiunte crisi della pena detentiva e delle misure clemenziali[27], rivelatesi inadeguate, la prima a svolgere il ruolo di unico e rigido strumento di prevenzione generale e speciale, le seconde di promuovere reali manifestazioni di emenda generale.

In questo scenario un problema fondamentale è quello relativo alla ricerca delle possibili soluzioni in caso di inosservanza delle prescrizioni imposte e di, eventuale, esito negativo della prova ed, anche, degli effetti da attribuire a questa in termini di ritorno alla pena detentiva.

Ciò posto, si può davvero condividere l'idea che si tratti, nel caso di messa alla prova per minorenni e di quella per i maggiorenni, di due istituti differenti?

L'assunto non pare convincente.

Per la Corte costituzionale, nella sentenza cui più volte si è fatto riferimento, le prescrizioni trattamentali per l'adulto non sono da considerarsi come una pena e non lo sono perché, tra gli altri argomenti, si valorizza il fatto che sia necessario, per adempiere alle prescrizione imposte, il consenso dell'imputato. Si afferma che «il trattamento programmato non è infatti una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso. Si tratta di una caratteristica fondamentale, perché viene riservata alla volontà dell'imputato non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione».

E' evidente che, seppur non considerate come "pena" in senso giuridico, le prescrizioni imposte spostano il discorso sulla rieducazione (finalità della pena) della persona che vi si sottopone volontariamente.

E per il minore?

Anche solo tenuto conto di questo, se si parla, così come pare intendere il legislatore, di diritti dei minori e di decisioni circa il perché punire e come punire il minore, non può che sorprendere l'approdo della Corte in tema di "scomputo" del pregresso periodo di messa alla prova rispetto ad una successiva condanna.

Infatti, essendo allo stato preclusa al giudice la possibilità di rideterminare la pena tenendo conto dei contenuti afflittivi delle prescrizioni inerenti la messa alla prova (e già ottemperate), questi

[27] Si veda A. PUGIOTTO, *Per un rinnovato statuto costituzionale della clemenza collettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2018, 1, 109 ed anche V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007.

verrà, certamente, sottoposto ad una pena eccessiva e sproporzionata rispetto alla gravità del reato commesso e, conseguentemente, saranno frustrate e sacrificate le finalità rieducative ed anche la tutela del preminente interesse educativo del minore alle quali, lo si è più volte ripetuto, si ispira l'intera disciplina del processo penale minorile.

Come prima si è detto, fino al decreto legislativo n. 121 del 2018, nel nostro ordinamento in tema di esecuzione della pena nei confronti dei minorenni si rinveniva, tra le disposizioni finali e transitorie, l'art. 79, comma 1, della legge n. 354 del 1975, il quale stabilisce che, «fino a quando non [si fosse] provveduto con apposita legge», l'esecuzione della pena detentiva sarebbe stata disciplinata da un unico apparato normativo applicabile tanto agli adulti quanto ai minori. L'equiparazione delle due categorie è da considerare una forzatura, ancor meno comprensibile alla luce dei progressi in quegli stessi anni degli studi psico-criminologici, e fortemente penalizzante per il soggetto più debole di un simile azzardato livellamento. Sono state, infatti, completamente ignorate, da un lato, la ridotta –almeno di regola – caratura criminale del minore e di riflesso l'opportunità di intervenire efficacemente per incidere sull'attenuata probabilità di recidiva, dall'altro, la maggiore fragilità psichica ed emotiva di un individuo con uno sviluppo ancora incompiuto, la più acuta sofferenza provocatagli dallo stato detentivo, la vulnerabilità della sua autostima, la peculiarità e l'intensità dei suoi bisogni[28].

Consapevole di ciò, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 90 del 22 febbraio 2017 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p., in relazione agli articoli 27, comma 3 e 31, comma 2, della Costituzione, nella parte in cui vieta la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per alcuni gravi delitti[29].

Bisogna, dunque, ritornare a cercare una risposta al quesito circa la funzione della pena e legislazione minorile.

Dal 2012 appare prevalere – in natura, si dice, non in letteratura – la teoria polidimensionale della pena che razionalmente si interroga sul perché e il come punire. In questo ciò che cambia non è la funziona propria del processo penale (l'accertamento del fatto) e retribuzione insita nella meritevolezza di pena. Ebbene, quello che nel processo penale minorile muta è il se e il come punire in presenza di situazioni che sottraggono il minore alla pena o per oggettiva irrilevanza del fatto o perché ha percepito la "lezione del processo" (messa alla prova) oppure se la prospettiva rieducativa si è realizzata nonostante il processo dimostri che l'imputato meriti la punizione (perdono giudiziale)[30].

Il discorso si sposta sulle potenzialità strategiche della pena come integrazione sociale, prospettiva che ora va definita soprattutto per i risvolti sul piano trattamentale del minore.

---

[28] F. DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze,* cit., 2.

[29] Corte cost., 22 febbraio 2017, n. 90, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2737 con nota di E. APRILE, *Per i minorenni non opera la preclusione alla sospensione dell'esecuzione delle pene detentive per gravi delitti*, 2743. La sentenza è stata, altresì, commentata da P. BRONZO, *Incostituzionale il divieto di sospensione dell'esecuzione per i condannati minorenni,* in *Ilpenalista.it,* 17 ottobre 2017; M. G. COPPETTA, *Cade per mano della Corte costituzionale un altro automatismo esecutivo nei confronti di condannati minorenni*, in *Giur. cost.*, 2017, 2, 906; G. MARINO, *Reati commessi dai minorenni: il divieto di sospendere l'esecuzione della pena è incostituzionale?*, in *Dir. giust.*, 2017, 75, 8.

[30] Sul punto, sempre G. RICCIO nella presentazione al volume di C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 2012, 13.

A parere di chi scrive, sembrano condivisibili le argomentazioni avanzate dalla prima sezione della Corte di cassazione che, con l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, dopo aver esplicitato le differenze tra i due istituti, ravvisa un potenziale contrasto con l'art. 3 della Costituzione in quanto «si consideri lo specialissimo statuto, ispirato a una prospettiva di deciso *favor*, che l'ordinamento penale riconosce, sia sul piano sostanziale che processuale, agli imputati minorenni, a sua volta radicato nella previsione dell'art. 31 Cost., comma 2, secondo cui la Repubblica "protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale "scopo". Un principio, questo, che con specifico riferimento alla giustizia minorile è stato declinato nel senso che l'intervento giudiziario deve essere funzionale a preservare e consolidare i processi educativi che riguardano il minore». Pertanto, la soluzione della Corte appare tanto più non condivisibile se si tiene conto che, già nel 1987[31], in relazione all'art. 47 della legge del 26 luglio 1975 n. 354, aveva ritenuto che il Tribunale di sorveglianza potesse determinare la pena detentiva da espiare, all'esito del pur negativo esperimento di affidamento in prova al servizio sociale, in considerazione delle limitazioni patite dal condannato alle quali nelle more si era comunque sottoposto.

Interessante, ai fini di quello che qui rileva, la considerazione della Corte che, allora, aveva ritenuto (correttamente) che «l'addebitare interamente al condannato il fallimento della prova significa trascurare, da un lato che questo costituisce smentita non solo di impegni da lui consapevolmente assunti, ma anche di giudizi predittivi potenzialmente fallibili, anche perché misurati su comportamenti tenuti in ambiente carcerario, che può notoriamente indurre ad atteggiamenti artificiali; e, dall'altro, che, per le ragioni ora dette, un tale risultato può essere anche, almeno in parte, frutto della concreta carenza di strumenti di reinserimento nella vita sociale».

La considerazione appena citata, si fonda(va) sul presupposto ideologico secondo cui in materia di trattamento sanzionatorio e in fase esecutiva, così come in fase di cognizione, vigano i principi ai quali il legislatore ordinario si è ispirato, sia nel dettare i criteri di determinazione della pena (art. 133 c.p.), sia nel fissare i principi del trattamento penitenziario (artt. 1 e 3 della legge n. 354 del 1975) ed anche nel mettere mano ad una strategia sanzionatoria differenzia con l'introduzione delle sanzioni sostitutive e di misure alternative alla detenzione.

Ed invero, benché la Corte remittente non abbia, a ragione, ritenuto applicabile l'automatismo *ex* art. 657 *bis* c.p.p., ha comunque sollecitato una soluzione al fine di consentire al giudice (della cognizione ed, eventualmente, a quello dell'esecuzione) di determinare la pena da eseguire in caso di fallimento di messa alla prova per gli imputati minorenni tenendone conto.

Appare, dunque, necessario adeguare la normativa in tema di messa alla prova per i minorenni ai principi fino a qui richiamati al fine di poter adempiere compiutamente al dettato costituzionale in tema di tutela e salvaguardia dei minori, ancor di più se autori di reati e, come tali, minori ai quali l'ordinamento e la società devono prestare la più ampia e consapevole attenzione.

[31] Corte cost., sent., 15-29 ottobre 1987, in *Cass. pen.*, 1988, 1, 26 con nota di A. PRESUTTI, *Il Nuovo regime degli effetti conseguenti alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale: verso il tramonto della funzione rieducativa della misura*, 32. La sentenza è stata commentata anche da D. VERRINA, *Corte costituzionale e revoca dell'affidamento in prova: la rieducazione dal mito al realismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,*1988, 3, 1155.