

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



1/2 2020 ANNO VII

EDITORI
Mario Covelli

DIRETTORE RESPONSABILE
Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO
Sergio Moccia

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 Patané

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

Misure di prevenzione e truffa delle etichette

SERGIO MOCCIA

6

L'OPINIONE

Violenza contro le donne: esigenze di tutela ed 'uso simbolico' del diritto penale

VALENTINA MASARONE

12

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

L'art.53 c.p. e la vita del ragazzo che fugge

ANTONIO CAVALIERE

19

Pornografia minorile e repressione penale al tempo dei *social media* e messaggistica istantanea. Quando il minore è "autore" del reato

MARIO D'AMATO

36

«Fattualità del diritto», «pericolosità del potere punitivo» e abolizionismo penale: la necessità della prevenzione primaria

FRANCESCO SCHIAFFO

65

GIUSTIZIA
MINORILE

Abusi sessuali su minori e riforma degli ordinamenti vaticano e canonico

LUIGI MARIANO GUZZO

77

La sorte della *probation* minorile in caso di condanna: un problema di discrezionalità giudiziale e finalismo rieducativo

FABRIZIA PAGLIONICO

83

L'irrilevanza del fatto nell'ordinamento minorile tra (in)esercizio dell'azione e aporie di sistema

ILARIA PICCOLO

93

NOTE A SENTENZA

GIUSTIZIA
MINORILE

L'immediata declaratoria della non imputabilità nella giurisprudenza di legittimità

GENNARO DEMETRIO PAIPAIS

109

RECENSIONI

Prevaricazione giurisdizionale ed abuso d'autorità: la comparazione come strumento di conoscenza critica. Rileggendo E.R. ZAFFARONI - N.S.ESPINA, *Prevaricato de los jueces*, Buenos Aires, 2020

ANTONINO SESSA

115

ESPERIENZE

“Umanizzazione” della pena e ruolo della giurisdizione

TERESA ABATE

127

Minori...troppe misure di prevenzione

ANDREA ESPOSITO

132

La prevenzione della radicalizzazione di soggetti minori e di minori adulti in carcere Prospettiva europea

FERNANDA IANNONE..... 140

L'EDITORIALE

Misure di prevenzione e truffa delle etichette

SERGIO MOCCIA

La legge n. 646/1982, oltre ad introdurre la figura di reato dell'associazione di tipo mafioso, tra l'altro, modificò la fattispecie di pericolosità, al cui compimento consegue, com'è noto, l'applicazione della misura di prevenzione: la sanzione più problematica che un ordinamento ispirato ai principi garantistici dello stato sociale di diritto possa conoscere.

La fattispecie di pericolosità mafiosa, dal punto di vista strutturale, venne modellata esattamente sull'ipotesi delittuosa di associazione, contestualmente inserita nell'art. 416 *bis* c.p. e censurabile (anche) sotto il profilo della sufficiente determinatezza. Infatti, l'art. 13 l. n. 646/1982 modificò l'art. 1 l. 31 maggio 1965 n. 575, disponendo l'applicabilità delle misure di prevenzione "agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso". Com'è noto, con il riordino della materia – avvenuto con il d.lgs. n. 159/2011, recante il «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136» – l'intera l. n. 575/1965 è stata abrogata e la citata fattispecie di pericolosità ha trovato collocazione nell'art. 4, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011, che dispone l'applicazione delle misure di prevenzione personali di competenza dell'autorità giudiziaria «agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-*bis* c.p.». L'art. 16, co. 1 lett. a) dello stesso decreto rinvia, poi, all'intero art. 4, nell'indicare i destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali. Dunque, nell'attuale formulazione, la fattispecie di pericolosità mafiosa, rilevante ai fini del procedimento di prevenzione, richiama in via diretta il contenuto della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416-*bis* c.p., recependone, inevitabilmente, la scarsa determinatezza.

Se il *deficit* di determinatezza si presenta come, a dir poco, problematico, con riferimento alla norma di parte speciale, destinata a tradursi in capo d'imputazione all'interno del processo penale, le cose si complicano ulteriormente per la fattispecie di pericolosità che, fondandosi su di una base fattuale carente sotto il profilo della tassatività, deve necessariamente assumere la fisionomia di una pura fattispecie di sospetto, con esiti assolutamente inappaganti sul piano della certezza del diritto. A ciò si aggiunga che, sotto il profilo probatorio, la presenza di indizi farebbe venir meno la stessa esigenza di attivare il procedimento di prevenzione a favore del promovimento del processo penale.

Eppure la Corte costituzionale già da lunga data, in un'importante decisione, contenuta nella sentenza 23 marzo 1964 n. 23, in materia di fattispecie di pericolosità, aveva indicato nella "oggettiva valutazione di fatti" il concretizzarsi dell'interazione garantistica tra legalità e giurisdizione, per superare la logica del mero sospetto in rapporto alla definizione dei presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione. In realtà, però, avviene che non è il piano fattuale, malgrado l'autorevole e chiara indicazione della Consulta, a venire in questione per individuare la base dell'accertamento richiesto ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione. E questo dato sembra valere anche al di là del contesto normativo antimafia, in quanto anche le fattispecie "indiziarie", introdotte, per finalità di garanzia, nell'art. 1 l. 27 dicembre 1956 n. 1423 ad opera dell'art. 2 l. 3 agosto 1988 n. 327

ed oggi trasfusa nell'art. 1 d.lgs. 159/2011, restano in definitiva delle fattispecie di sospetto che continuino, nella sostanza, ad assegnare al sistema delle misure di prevenzione il compito di sostituirsi alla ben più garantita attività di controllo del diritto penale del fatto, quando quest'ultima risulti inattuabile per carenza dei presupposti probatori.

Quest'ultimo ordine di considerazioni ha trovato, del resto, parziale conferma nella recente sentenza 27 febbraio 2019 n. 24, con cui la Corte costituzionale, sulla scia della pronuncia della Corte EDU del 23 febbraio 2017, n. 43395/09, *de Tommaso c. Italia*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, nonché delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati, prima, nell'art. 1, n. 1, l. n. 1423/1956 e, poi, nell'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011, vale a dire «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi».

Quest'ultima decisione, tuttavia, non è il risultato di un risolutivo e formale riconoscimento dell'incompatibilità delle fattispecie di 'pericolosità generica', oggetto del procedimento di prevenzione, con il principio di legalità in materia penale (art. 25, co. 2 e 3, Cost.).

Innanzitutto, perché essa lascia sopravvivere l'applicazione delle misure di prevenzione alle altre categorie di soggetti analogamente definite. In particolare, nella stessa sentenza, la Corte dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale relative alla fattispecie di pericolosità di cui alla lett. b) dell'art. 1 d.lgs. n. 159/2011 – nella versione vigente «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» –, ritenendo che il significato di tale fattispecie sia ricavabile in maniera sufficientemente precisa dall'interpretazione 'tassativizzante' della giurisprudenza di legittimità.

Tralasciando ogni possibile considerazione sull'impiego del criterio del 'diritto vivente' in giudizi attinenti alla formulazione delle norme, va, inoltre, sottolineato come le stesse dichiarazioni d'illegittimità, cui perviene la sentenza n. 24/2019, concernenti l'applicazione delle misure di prevenzione a «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi», non trovino fondamento nell'art. 25, co. 2 e 3 Cost. – pure chiamato in causa dai giudici rimettenti, con riferimento al co. 3 –, bensì nel contrasto tra le norme oggetto di giudizio e l'art. 117 Cost., per il tramite dell'art. 2 Prot. 4 CEDU, per le misure di prevenzione personali, e dell'art. 1 del Prot. add. Cedu, per le misure di prevenzione patrimoniali, la cui applicazione ai soggetti in questione violerebbe anche l'art. 42 Cost.

La recente sentenza della Corte costituzionale si colloca, dunque, nel solco della pronuncia della Corte Edu, *De Tommaso c. Italia*, che già aveva riconosciuto il contrasto della disciplina delle misure di prevenzione personali, fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica', con la libertà di circolazione, tutelata dall'art. 2 Prot. 4 CEDU; e ciò per l'inidoneità delle previsioni, su cui si fondano tali misure, a costituire una base legale non solo accessibile per l'interessato, ma anche tale da consentirgli di prevedere ragionevolmente la restrizione del diritto convenzionale in conseguenza della propria condotta. Come già aveva fatto la Corte europea, tradendo la vocazione garantista dei c.d. criteri Engel, la Corte costituzionale nega – confermando quanto sostenuto in passato – la natura penale delle misure di prevenzione e, dunque, il loro contrasto con il principio di legalità vigente nel diritto penale.

Ed è questo il più grave limite degli orientamenti giurisprudenziali – nazionali ed europei – in materia. Essi contraddicono ciò che, a ben vedere, è nella natura delle cose: infatti, qualsiasi richiamo, normativo e non, al privilegio di elementi fattuali nell'accertamento della fattispecie di pericolosità è destinato a restare un'astratta affermazione di principio, dal momento che, come già si è accennato, qualora tali elementi fattuali integranti veri e propri indizi fossero acquisiti, vi sarebbero i presupposti per far scattare il processo penale al posto del procedimento di prevenzione. E ciò ha come conseguenza la trasformazione delle misure, da formalmente preventive a sostanzialmente repressive, con il pieno recupero del problema delle garanzie proprie del diritto penale: a partire dalla presunzione di non colpevolezza, che ritorna all'attenzione con tutte le sue significative implicazioni di tipo formale e di tipo assiologico.

È possibile, allora, parlare di fattispecie indiziarie di sospetto che fungono da sostitutivi di vere e proprie fattispecie criminose, risultate inapplicabili per carenza di necessari riscontri: una vera e propria truffa di etichette, del tipo di quelle che la giurisprudenza di Strasburgo mirerebbe a 'smascherare' tramite l'estensione della 'materia penale' e delle relative garanzie, sulla base di criteri di ordine sostanziale. Come si è detto, un obiettivo mancato nel caso di specie.

A ben vedere, questo delle misure *ante o praeter delictum* è il settore in cui la nostra legislazione ha mostrato con maggiore 'costanza' il carattere dell'emergenza ed al suo interno, in particolare, per quel che concerne le misure destinate al controllo dell'attività mafiosa. I risultati di questa risalente attività di 'prevenzione' sono stati, com'è sotto gli occhi di tutti, a dir poco deludenti dal punto di vista della prevenzione patrimoniale e controproducenti dal punto di vista della prevenzione personale. Quest'ultima, infatti, ha finito per determinare una più ampia diffusione del fenomeno che s'intendeva combattere: nelle sedi di soggiorno obbligato si sono riprodotte quelle forme di criminalità di stampo mafioso che, in precedenza, caratterizzavano soltanto le zone di provenienza dei prevenuti.

È bene riflettere sul fatto che tali risultati, deludenti quando non controproducenti, fanno seguito ad una normativa sempre più disinvoltata, quanto a rispetto delle garanzie, quasi a dimostrazione dell'assunto secondo cui rigore indiscriminato non equivale affatto ad efficienza.

L'esigenza primaria che ha caratterizzato, e continua a caratterizzare, l'utilizzazione delle misure di prevenzione antimafia, a partire dalla legge 25 agosto 1963 n. 1409, "Procedura per la repressione del brigantaggio e dei camorristi nelle provincie infette", e via via attraverso la successiva legislazione, ottocentesca e dei primi decenni del Novecento, di pubblica sicurezza, fino alla legge La Torre del 1982 e all'attuale Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, è stata quella di disporre di scorciatoie probatorie in rapporto all'accertamento di fatti di reato. Altra costante, non meno significativa, e sulla quale converrà riflettere, è data dal fatto che sin dal 1865 l'intervento di prevenzione antimafia si è sovente articolato in un duplice ordine di misure, di tipo personale e di tipo patrimoniale.

E in realtà, è stata proprio la riscoperta di queste ultime quale significativo – sul piano delle aspettative – strumento di lotta alla criminalità organizzata, che ha determinato un'ulteriore valorizzazione del sistema di prevenzione. Siamo convinti che la dubbia costituzionalità delle misure di prevenzione, da tempo segnalata da autorevole dottrina, avrebbe determinato alla lunga il loro abbandono da parte dell'ordinamento.

Già con la legge n. 575/1965 era stata prevista, all'art. 1, la fattispecie di pericolosità di "indiziato di appartenere ad associazioni mafiose", che rendeva applicabile la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno. Ma fu solo con la legge La Torre, che la normativa di prevenzione antimafia subì un notevole ampliamento; ad essa è succeduta una nutrita serie di interventi legislativi, di stile emergenziale, contenenti ulteriori modifiche, non sempre provvide, che hanno dato vita ad un quadro di difficilissima lettura, rimasto tale, nella sostanza, anche a seguito dell'opera di presunta razionalizzazione sistematica, realizzata con il d.lgs. n. 159/2011, il c.d. codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, oggetto di successive integrazioni e modifiche: tutto ciò ha dato vita ad un testo insoddisfacente, in quanto incapace di ordinare la disciplina, limitandosi a riprodurre le disposizioni.

L'aspetto più rilevante di questa normativa è dato dalla previsione di misure, cautelari e definitive, di tipo patrimoniale ed interdittivo, che si affiancano a quelle personali tradizionali; esse, tuttavia, al pari di queste ultime presentano l'inconveniente della forte problematicità sotto il profilo del rispetto delle garanzie individuali e, fatto altrettanto inquietante, si sono rivelate di assai dubbia efficacia.

Le misure di tipo cautelare consistono nella sospensione, tra l'altro, di licenze, concessioni, autorizzazioni, iscrizioni ad albi ed erogazioni di contributi (art. 67, co. 3 d.lgs. n. 159/2011); nell'imposizione di una cauzione (art. 31 d.lgs. n. 159/2011); nel sequestro, che ha ad oggetto beni di cui la persona, nei confronti della quale si è aperto procedimento di prevenzione, ha la disponibilità diretta o anche indiretta, quando vi sia il sospetto che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Tra i "sufficienti indizi" su cui può essere fondato il sospetto, l'unico tipizzato è la notevole sperequazione tra il valore dei beni di cui la persona dispone e il reddito dichiarato o l'attività svolta (art. 20 d.lgs. n. 159/2011).

Le misure definitive, che si applicano a chi sia sottoposto a misure di tipo personale, riguardano la decadenza, tra l'altro, da licenze, concessioni, autorizzazioni, iscrizioni ad albi, erogazioni, che può colpire, per un periodo di cinque anni, anche i conviventi, nonché le persone giuridiche di cui il prevenuto sia l'amministratore o ne "determini in qualsiasi modo scelte ed indirizzi" (artt. 67 e 68 d.lgs. n. 159/2011); la confisca della cauzione, nel caso di violazione degli obblighi connessi alla misura di prevenzione personale (art. 32 d.lgs. n. 159/2011); la confisca dei beni sottoposti a sequestro, che consiste nella loro devoluzione allo Stato, quando non sia stata dimostrata la legittima provenienza dei beni (art. 24 d.lgs. n. 159/2011).

L'estensione degli effetti delle misure anche a persone diverse dal prevenuto rende, al di là della dimensione del sospetto – che, comunque, fa da sfondo all'applicazione della misura –, ancor più stridente il contrasto tra la normativa in esame ed i principi di difesa, di non colpevolezza e di responsabilità personale, e non ci sembra che possano qui invocarsi etichette o classificazioni formali; a venir pesantemente in questione sono diritti di libertà dell'individuo, che da quei principi traggono tutela.

Un'altra peculiarità della normativa in questione, che suscita perplessità sotto il profilo della legittimità costituzionale relativamente ai principi di ragionevolezza e di rieducazione, è data dalla previsione di inasprimenti di pena per una lunga serie di reati, quando sono commessi da soggetti sottoposti a misure di prevenzione, a norma dell'art. 71 d.lgs. 159/2011. In effetti, contrariamente ad elementari regole di ragionevolezza, assecondando desocializzanti parametri di

Lebensführungsschuld, in base alle disposizioni richiamate viene ad essere assunto a presupposto per l'aggravamento della pena un mero *status* del reo, che non ha affatto i requisiti della circostanza legata alla commissione del fatto di reato. Correttamente inteso, questo *status* può, in diritto penale del fatto, soltanto configurarsi come un dato utilizzabile ai fini della conoscenza della personalità del reo, che risulterà rilevante, eventualmente, in rapporto alla valutazione espressa secondo i criteri di cui alla norma dell'art. 133 co. 2 c.p.

In assenza di un esplicito riconoscimento delle misure di prevenzione nella Carta costituzionale, pur essendo tali sanzioni ben presenti nell'esperienza giuridica italiana precedente l'emanazione della Costituzione, è legittimo porsi l'interrogativo relativo al fondamento della limitazione dei diritti fondamentali, nei confronti di chi non abbia violato la legge penale, sulla base di un mero sospetto, consentendo in tal modo espressioni arbitrarie del potere.

Se a ciò si aggiunge il dato della scarsa efficacia sinora dimostrata dalle misure di prevenzione, che non sono riuscite a fare da supporto ad un non particolarmente efficace controllo strettamente penale, si ha la conferma di una verità, che attualmente pare fin troppo trascurata, secondo cui gli sforzi maggiori per combattere fenomeno criminali, che traggono origine da condizioni di profondo disagio socio-individuale, vanno operati nella rimozione di quelle condizioni con serietà d'intenti e competenza, abbandonando fuorvianti illusioni di tipo poliziesco. Vanno dunque tagliate le radici culturali, istituzionali e sociali con un'opera di effettiva prevenzione di tipo politico ed economico in senso ampio, che sia espressione di un ampio disegno strategico di interventi multiagenziali a più livelli.

L'OPINIONE

Violenza contro le donne: esigenze di tutela ed ‘uso simbolico’ del diritto penale

VALENTINA MASARONE

ABSTRACT

Violence against women is a very serious criminal phenomenon, because it offends fundamental rights and targets vulnerable victims. Therefore, with respect to it the protection needs are particularly relevant, but the introduction of new criminal offences and the increase of already very high penalties are not the most effective means to satisfy them, contrary to what is often communicated to public opinion. These are two typical aspects of emergency legislation, also present in the latest law. The real 'sore point' of the criminal response to gender-based violence is the tendentially 'symbolic' character of the new rules, introduced with the declared intent to counter it.

Sul fenomeno della violenza contro le donne è doveroso tenere alta l'attenzione. Lo è, a maggior ragione, in tempo di pandemia. Infatti, l'allentamento delle relazioni sociali, dovuto alle misure restrittive, più o meno stringenti, adottate per contrastare il contagio da covid-19, può determinare o accentuare le condizioni di isolamento delle vittime, soprattutto quando la violenza si consuma nell'ambiente domestico, come, purtroppo, spesso accade.

In effetti, al di là dell'attuale contingenza, verso questo tema si registra, da anni, una crescente sensibilità del mondo politico, dei *mass-media* e dell'opinione pubblica, contesti – qui citati, per così dire, ‘in ordine sparso’ – in grado di condizionarsi reciprocamente.

L'interesse per la tutela delle donne vittime di violenza si è manifestato, a livello internazionale ed europeo, nell'adozione di numerosi atti, di diversa efficacia e vincolatività, ma tutti in grado di sollecitare, politicamente e/o giuridicamente, l'attivazione di pertinenti mezzi di contrasto anche a livello nazionale.

Tra i tanti documenti internazionali, in materia, meritano, senz'altro, di essere ricordate, con riferimento all'ambito delle Nazioni Unite, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 1979; la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, del 1993; e la Risoluzione del 1999, che ha proclamato il 25 novembre Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne.

A livello regionale europeo, il primo strumento normativo a prospettare una strategia coordinata per la prevenzione di questo tipo di violenza è stato adottato dal Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione sulla protezione delle donne dalla violenza, del 2002. A quest'ultima sono seguite, la Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, aperta alla firma nel 2011 ad Istanbul ed entrata in vigore nel 2014; e, nell'ambito dell'Unione europea, la Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, poi sostituita dalla Direttiva 2012/29/UE recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

Soprattutto questi ultimi atti europei hanno fortemente condizionato il legislatore penale, a livello nazionale, che, per darvi attuazione – a vario titolo – ha adottato il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con modif. dalla l. 15 ottobre 2013 n. 119, nota come ‘legge sul femminicidio’; il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212; e, da ultimo, la l. 19 luglio 2019, n. 69, c.d. Codice rosso¹, la cui adozione è stata motivata dalla necessità di dare ulteriore e più compiuta attuazione alla citata direttiva 2012/29/UE, già recepita con il d.lgs. n. 212/2015, e di uniformare l’ordinamento interno alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, a seguito della condanna subita dall’Italia, nel 2017, nel caso *Talpis c. Italia*². Prima ancora vi era stata l’adozione del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, con l’introduzione, tra l’altro, dell’art. 612 *bis* c.p., in materia di «atti persecutori», pure d’interesse per l’ambito di tutela considerato, anche se non riferito ad esso in via esclusiva.

La ‘preoccupazione’ di proteggere le donne, vittime di violenza, che sta a fondamento di questi atti normativi – anche se con i limiti che vedremo – è, senz’altro, un ‘segno dei tempi’ in cui viviamo ed è il risultato di un radicale mutamento culturale, rispetto all’epoca di emanazione del codice penale del 1930, che, nel suo impianto originario, presentava tracce evidenti della cultura discriminatoria nei confronti delle donne, di fatto imperante, nella società italiana e nei diversi rami del diritto, quanto meno fino alle riforme degli anni ’70 del secolo scorso.

Basti pensare, in proposito, alla disciplina discriminatoria del reato di adulterio, a seconda che lo stesso fosse commesso dalla moglie o dal marito (artt. 559, 560 c.p.); alle previsioni in materia di aborto (art. 545 ss.), tra l’altro inserite nei «delitti contro l’integrità e la sanità della stirpe»; all’efficacia attenuante della causa d’onore, anche rispetto a fatti di omicidio o di lesioni (art. 587 c.p.); all’istituto del c.d. matrimonio riparatore (art. 544 c.p.), quale causa speciale di estinzione dei reati sessuali; nonché alla collocazione di questi ultimi tra i «delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», senza considerazione del danno arrecato alla persona. Inoltre, almeno fino alla metà degli anni Settanta, le norme in materia di ‘violenza carnale’ erano pressoché disapplicate, nei casi di violenza esercitata dal marito nei confronti della moglie.

Quest’impostazione della normativa codicistica e della prassi è stata lentamente superata, dopo l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana: solo nel 1969 la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità delle norme in materia di adulterio e concubinato e soltanto nel 1981 sono state abrogate le norme sulla causa d’onore e sul matrimonio riparatore.

Bisognerà, comunque, attendere il 1996, perché i reati sessuali vengano spogliati della connotazione prevalentemente eticizzante, che ne motivava l’inserimento tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, per trovare più adeguata collocazione tra i «delitti contro la persona». Ma questo è uno dei pochi aspetti positivi della l. 15 febbraio 1996, n. 66, per il resto espressione di quella logica emergenziale, che, a ben vedere, rappresenta il *trait d’union* degli

¹ L’espressione ‘Codice rosso’, mutuata dal lessico del pronto soccorso ospedaliero, si riferisce, in particolare, alle modifiche al codice di procedura penale, introdotte dalla nuova legge e finalizzate – condivisibilmente – ad assicurare alle vittime ‘vulnerabili’ della violenza domestica e di genere, un canale preferenziale nella trattazione del loro caso e nell’adozione di misure a tutela preventiva. L’originario disegno di legge riguardava unicamente tali misure di carattere processuale. Durante l’iter parlamentare in esso sono confluite altre cinque proposte di legge, riguardanti alcune norme di diritto penale sostanziale – a cui si accennerà più avanti – che non appaiono collegate all’obiettivo inizialmente perseguito.

² Corte EDU, 2 marzo 2017, n. 41237/14, *Talpis c. Italia*.

interventi normativi, in materia, anche di quelli più recenti, prima richiamati, compreso, dunque, il c.d. Codice rosso, almeno per le disposizioni di diritto penale sostanziale.

Com'è noto, la logica emergenziale è quella che, in nome di accentuate finalità di deterrenza, perseguite per contrastare un fenomeno che desta particolare allarme sociale, motiva l'introduzione di norme penali spesso sovrabbondanti, indeterminate – quindi, tali da accrescere la discrezionalità giudiziaria – e ispirate ad un rigore repressivo sempre crescente, che, però, finisce per risultare meramente simbolico.

E qui sta il vero 'punto dolente' della risposta penalistica al fenomeno della violenza di genere: il carattere tendenzialmente 'simbolico' delle nuove norme, introdotte nel dichiarato intento di contrastarlo.

Intendiamoci: le esigenze di tutela ci sono e sono particolarmente rilevanti, considerata la gravità del fenomeno criminale, che offende beni di valore preminente e si rivolge contro vittime in condizioni d'indubbia vulnerabilità, ma l'introduzione di nuove ipotesi delittuose, non sempre destinate a colmare reali lacune del sistema penale, e l'inasprimento di cornici edittali già molto severe – per citare solo due aspetti tipici della legislazione emergenziale, che si rinvergono anche nell'ultima legge – non sono i mezzi più efficaci per soddisfarle, contrariamente a quanto spesso viene comunicato all'opinione pubblica.

E, infatti, per quanto riguarda gli inasprimenti sanzionatori, guardando al più recente intervento normativo, la l. n. 69/2019 ha accentuato il rigore repressivo mediante ritocchi in rialzo delle cornici edittali previste per alcuni reati sessuali, per il delitto di atti persecutori e per quello di maltrattamenti contro familiari o conviventi; nella stessa direzione, essa ha inciso sul sistema delle circostanze, modificando quelle in materia di violenza sessuale sui minori, introducendo una nuova aggravante per il delitto di maltrattamenti nel caso di vittima minore d'età, in stato di gravidanza o con disabilità ed estendendo la portata applicativa di alcune circostanze aggravanti dell'omicidio.

Ma il legislatore aveva già fatto ricorso, in passato, agli aumenti di pena e gli episodi di violenza sulle donne non si sono mai ridotti per effetto della maggiore severità delle pene comminate: anzi, il fatto stesso che si ritenga necessario aumentarle ulteriormente non fa che confermare il fallimento della prospettiva di deterrenza. Ciò finisce per compromettere la stessa credibilità del sistema penale, intaccandone i necessari caratteri di proporzionalità e razionalità, soprattutto quando i ritocchi al trattamento sanzionatorio dei fatti incriminati risultino artatamente 'asserviti' ai meccanismi processuali. E comunque l'origine fortemente emozionale dei comportamenti violenti, qui considerati, rende poco probabile che il potenziale autore rinunci a porli in essere, perché razionalmente dissuaso dalla gravità della sanzione minacciata.

Anche la previsione di nuove fattispecie criminosi può rivelarsi uno strumento di mera 'propaganda politica', volto ad ottenere consensi e a rassicurare l'opinione pubblica, dimostrando il 'serio' impegno dello Stato a combattere il grave fenomeno criminale di turno. Di fronte all'introduzione di nuovi reati, è bene, da giuristi consapevoli, riflettere sempre sulla necessità delle nuove norme, tenendo conto delle tutele già apprestate nel diritto vigente rispetto alle condotte criminosi in questione.

La violenza di genere si rivolge contro la persona della donna, in quanto tale, aggredendone i diritti fondamentali, con riferimento ai beni della vita, dell'incolumità individuale e della libertà individuale, ampiamente intesa.

Tutti beni, senz'altro, meritevoli di protezione attraverso il diritto penale e che, infatti, trovano tutela attraverso le fattispecie di omicidio, percosse, lesioni, delitti contro la maternità, diffamazione, sequestro di persona, reati sessuali ecc. E sarebbe opportuno, oltre che doveroso, perseguire una concreta e coerente applicazione delle norme già vigenti, in grado di garantire un'efficace repressione dei fatti di reato, piuttosto che disperdere energie istituzionali alla ricerca di soluzioni normative *ad hoc*. Ma con l'introduzione di una nuova figura di reato passa il messaggio che *finalmente* quei fatti, la cui gravità è sotto gli occhi di tutti, vengono puniti, quando in realtà già lo erano!

Per certi versi, questo è accaduto con l'introduzione del delitto di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.). Ferma restando la validità e la necessità dell'apparato di misure di prevenzione, anche extra-penale, predisposte o potenziate dalla legge del 2009 – quali, ad esempio, l'ammonimento del questore, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima e l'ordine di protezione del giudice civile – l'intervento di diritto penale sostanziale – non a caso l'aspetto più 'pubblicizzato' della legge – non era necessario per colmare un reale vuoto di tutela: come dimostra la giurisprudenza pregressa in materia di 'molestie assillanti', quello spazio risultava già 'coperto' dalle fattispecie di minaccia (art. 612 c.p.), di molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.) c.p. e, in taluni casi, di violenza privata (art. 610 c.p.). Per di più la norma incriminatrice degli atti persecutori, fortemente indeterminata, ha dato luogo a gravi incertezze applicative che neppure la Corte costituzionale è riuscita definitivamente a risolvere.

La stessa legge del 2013 è, per molti versi, espressione di un uso simbolico del diritto penale. Essa è stata emblematicamente divulgata come 'legge sul femminicidio', ma non contiene una norma sul 'femminicidio' vero e proprio – inteso come uccisione di vittime di sesso femminile, prevalentemente in ragione della loro identità di genere –, di cui del resto non vi sarebbe stato bisogno, essendo l'uccisione di una donna senz'altro riconducibile alle norme vigenti in materia di omicidio (artt. 575, 584, 589 c.p.), con le relative aggravanti. Ad ogni modo, a proposito delle norme di diritto penale sostanziale introdotte nel 2013, va segnalato come la nuova circostanza aggravante, inserita all'art. 61, n. 11 *quiquies*, c.p., si riveli sovrabbondante, finendo per sovrapporsi all'aggravante della c.d. minorata difesa, di cui al previgente n. 5 dell'art. 61 c.p.

Quanto alle nuove ipotesi di reato introdotte dalla legge n. 69/2019, prendiamo, ad esempio, l'art. 558 *bis* c.p.: esso punisce la pratica dei c.d. matrimoni forzati, ma la condotta di chi «con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile» rientrava già nell'ambito operativo della violenza privata (art. 610 c.p.). Peraltro, la collocazione sistematica della nuova fattispecie tra i «delitti contro il matrimonio» non risulta coerente con le esigenze di tutela che essa persegue, riferibili, piuttosto, alla libertà di autodeterminazione della vittima.

Un'altra 'norma-manifesto' della legge n. 69/2019 è quella che ha introdotto all'art. 612 *ter* c.p. il delitto di «diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti», noto come *revenge porn* e finalizzato, di fatto, a contrastare il fenomeno della vendetta ai danni dell'ex partner, realizzata attraverso la diffusione di immagini o video che lo ritraggono in atteggiamenti intimi. Qui, pur ammettendo che fosse necessaria un'incriminazione *ad hoc*, in ragione del *surplus* di disvalore che il fatto presenta rispetto ad una 'comune' diffamazione, i profili di indeterminatezza riscontrabili nella descrizione del fatto di reato ne pregiudicano l'effettività, nella sede applicativa. Si pensi al carattere «sessualmente esplicito» delle immagini o dei video, che costituiscono l'oggetto materiale delle condotte incriminate, o alla necessità che essi fossero «destinati a rimanere privati», o, ancora, al fine

di documento, peraltro richiesto solo per l'ipotesi del secondo comma e non per quella del primo, a parità di trattamento sanzionatorio.

Ancora, il nuovo art. 583 *quinquies* c.p., che prevede il delitto di «deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso», punisce un fatto, senz'altro, connotato da un grave contenuto d'offesa, per il quale è indubbiamente necessario l'intervento del diritto penale, ma si tratta di un fatto che era già penalmente rilevante, perché corrispondente ad un'ipotesi di lesione personale gravissima, punita ai sensi dell'art. 583, comma 2, n. 4 c.p., contestualmente abrogato.

Allora perché introdurre una nuova figura di reato?

La previsione, per essa, di un trattamento sanzionatorio, complessivamente, più severo non può ritenersi una valida motivazione, tenuto conto di quanto si è già osservato sui limiti di efficienza, ravvisabili nelle politiche degli 'aumenti di pena'; senza trascurare che questo stesso rigore sanzionatorio risulta irragionevole, se si considera che la perdita di un senso, di un arto o della capacità di procreare restano lesioni personali gravissime, punite meno severamente.

Il vero intento perseguito dal legislatore con interventi del tipo descritto è quello di mostrare la risposta forte dell'ordinamento e della politica a fatti che destano allarme sociale, in modo da aggregare consensi 'a costo zero', come dimostrano le immancabili 'clausole di invarianza finanziaria', che contraddistinguono le leggi emanate in questa materia.

In realtà, ferma restando la necessità di punire fatti gravemente lesivi di beni fondamentali, per proteggere le donne dai fenomeni di violenza di cui continuano ad essere vittime, occorrono seri interventi di prevenzione anche e soprattutto extrapenale: il diritto penale interviene e non può che intervenire quando è troppo tardi, quando il fatto è già accaduto, salva l'accentuazione di finalità di deterrenza con esasperate anticipazioni della tutela penale, che non sono legittime nel nostro ordinamento, oltre a rivelarsi incapaci di operare nella prassi.

Ma serie politiche di prevenzione extrapenale richiedono un adeguato stanziamento di risorse finanziarie, com'è del resto riconosciuto dalla stessa Convenzione di Istanbul, che pure prescrive agli Stati aderenti l'adozione – e l'opportuno finanziamento – di irrinunciabili strategie di carattere politico e sociale, quali campagne di educazione ed informazione, istituzioni di centri di aiuto e sostegno alle vittime, così come di ascolto ed assistenza socio-sanitaria ai potenziali autori. Il nostro legislatore, anche quando prevede tali misure, ne vanifica le potenzialità, nel momento in cui non predispone la necessaria copertura finanziaria per la loro attuazione.

Un esempio significativo, in tal senso, si rinviene nella previsione della legge n. 69/2019, che ha modificato l'art. 165 c.p., subordinando la concessione della sospensione condizionale della pena, inflitta per i reati in questione, alla partecipazione del condannato a «specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati» (art. 6, l. n. 69/2019).

A prima vista, una riforma ispirata alla valorizzazione della finalità rieducativa della pena, conforme a Costituzione, e finalizzata al concreto recupero dei condannati, che è da sempre riconosciuto come il più efficace rimedio contro la possibilità di una recidiva e, quindi, il più utile strumento di tutela delle vittime.

Ma lo stesso art. 6, l. n. 69/2019, al secondo comma, precisa che da tale modifica della disciplina della sospensione condizionale della pena «non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Gli oneri derivanti dalla partecipazione ai corsi di recupero [...] sono a carico del

condannato». Il che, oltre ad essere coerente con la ‘solita’ clausola di invarianza finanziaria, contenuta nell’art. 21 della stessa legge, crea una criticabile disparità di trattamento, basata sulle condizioni economiche del reo, in ordine alla privazione della libertà personale e finisce, di fatto, per circoscrivere la portata applicativa della riforma, riducendone l’effettività.

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

L'art.53 c.p. e la vita del ragazzo che fugge

ANTONIO CAVALIERE

ABSTRACT

This paper concerns the issue of the use of arms by police officers according to Italian Criminal law, the ECHR and the constitutional principles. The problem is analysed from the point of view of the so-called defences. Particular attention is dedicated to cases of death caused by that use of arms where the victim is a child.

SOMMARIO: 1. La tragedia. – 2. Uccidere per arrestare? Tra l'art.51 c.p. e l'inquietante disposizione di cui all'art.2 co.2 CEDU. – 3. Legittima difesa dal fuggitivo? – 4. L'uso "legittimo" - *rectius*, legale - delle armi: una scriminante pericolosa, da abolire. – 4.1. Il problema della proporzione e il 'diritto incostituzionale vivente'. – 4.2. *Quaestio*: Se la fuga sia "resistenza". – 4.3. Le insidie del giudizio di proporzione nella giurisprudenza in tema di uso legittimo delle armi. – 5. «Era solo un ragazzo...». Il ruolo delle cd. limitazioni etico-sociali. – 6. Prevenire tragedie simili.

1. Il ragazzino in motorino fugge, noncurante dell'alt intimato dalla polizia per effettuare un controllo stradale o di altro genere; oppure, fugge inseguito dalle forze dell'ordine dopo un furto, uno scippo o una rapina. Un poliziotto, da fermo¹ oppure dal veicolo lanciato all'inseguimento, spara verso l'inseguito. «E il buio della morte l'avvolse agli occhi»²: il cadavere del ragazzo giace a terra.

Casi simili - naturalmente, anche con vittima adulta – non sono così rari, purtroppo³; dottrina e giurisprudenza se ne sono occupate con argomentazioni ed esiti non sempre univoci.

2. Se nel nostro ordinamento non esistesse l'art.53 c.p., in tema di uso legittimo delle armi, l'appartenente alle forze dell'ordine sarebbe punibile per omicidio forse non in tutte⁴, ma certamente nella stragrande maggioranza delle ipotesi prospettate. Non rileva, ai fini del presente lavoro, che si tratti di omicidio doloso, preterintenzionale o colposo; e resta inteso che l'autore potrebbe essere assolto per la mancanza di qualunque titolo di imputazione soggettiva e dunque perché «il fatto non sussiste» – ad esempio, qualora la morte del ragazzo avvenga in modo del tutto imprevedibile⁵ -

¹ V. ad es. Cass. pen., Sez. IV, 2.12.2020, n.35962, in www.dejure.it, considerato in diritto, punto 3: «...si era posto chinato in assetto da sparo e aveva esploso cinque colpi della pistola di ordinanza».

² OMERO, *Iliade*, lib. VI. «E non poté ricompensare i genitori per le cure ricevute nell'infanzia», lib. XVII.

³ Una certa risonanza ha avuto il processo penale per l'omicidio, nel 2014, del sedicenne napoletano Davide Bifulco, inseguito mentre era a bordo di un motorino, cfr. https://www.repubblica.it/protagonisti/davide_bifulco. Per un caso di condanna dell'Italia da parte della Corte EDU, cfr. COLELLA, *La Corte "condanna" l'Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell'art.2 CEDU in relazione all'uccisione di un diciannovenne albanese ad opera di un agente di polizia*, 30 marzo 2011, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>; un giovane albanese disarmato, sceso dall'auto inseguita per effettuare un controllo, fuggiva a piedi; un poliziotto lo inseguiva anch'egli a piedi, impugnando la pistola, ma, chissà come, scivolava, lasciando accidentalmente partire il colpo letale.

⁴ V. *infra*, paragrafi 3 e 4.3.

⁵ La fattispecie soggettiva costituisce una componente essenziale della tipicità; cfr. per tutti - sulla scorta dell'insegnamento di Hans WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1939, 491 ss.; ID., *Um die finale*

oppure perché si tratta di eccesso incolpevole nella realizzazione di una condotta scriminata e, dunque, «il fatto non costituisce reato»⁶. La questione su cui intendo soffermarmi è invece quella della possibile giustificazione del fatto tipico di omicidio, commesso dall'appartenente alle forze dell'ordine nelle ipotesi di cui sopra.

Le forze dell'ordine possono fermare qualcuno, ad esempio per identificarlo o qualora si tratti di indiziato di un delitto, art.384 c.p. p.; oppure, possono - e nelle ipotesi di obbligatorietà devono - arrestarlo in flagranza di reato. Tali condotte, anche se vengono attuate costringendo taluno con violenza o minaccia a fermarsi - e, dunque, realizzando il fatto tipico di cui all'art.610 c.p., violenza privata -, sono indubbiamente lecite, in quanto giustificate ex art.51 c.p.; anche a quest'ultimo rinvia la clausola iniziale di cui all'art.53 c.p.: «Fermo le disposizioni contenute nei due articoli precedenti [...]».

Ma dovrebbe essere altrettanto incontrovertibile che il potere o dovere di fermare o di arrestare non comporta la licenza di uccidere, né ex art.51 c.p. e neppure ex art.53 c.p. Ciò contrasterebbe con il primato del bene vita nel nostro ordinamento costituzionale e con la sua intangibilità anche dai pubblici poteri, sancita dal divieto della pena di morte di cui all'art.27 co.4 Cost., divieto reso assoluto dalla legge costituzionale n.1/2007. Stabilire che la forza pubblica possa uccidere per imporre un controllo, un fermo o un arresto significherebbe affermare, al contrario, un primato incondizionato dell'autorità sulla vita umana, che può corrispondere solo al più bieco diritto penale dell'obbedienza, di tragica memoria. D'altro canto, il fermo o l'arresto costituiscono nel procedimento penale misure precautelari che non autorizzano certo a cagionare – non importa se con dolo o preterintenzione o per colpa - la morte di un uomo. Al contrario, come è stato osservato⁷, l'uccisione dell'arrestato o del fermato è incompatibile con la stessa funzione legittima dell'arresto o del fermo. Essa costituirebbe in sostanza l'applicazione extragiudiziale, ultralegale, incostituzionale di una pena di morte.

A tale riguardo, risulta intollerabile il testo tuttora vigente dell'art.2 co.2 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* del 1950.

Handlungslehre, Tübingen, 1949, p.5 ss.; ID., *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 6 ss., 13; ID., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, 31 ss. - D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, 117 ss., 178 ss.; ID., *Interpretazione e dogmatica nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961, 17 ss., 41-42; C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1965, 99 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Milano, 2020, 162 ss.; ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998, 78-79; G. V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dogmatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1991, 195 ss.; A. R. LATAGLIATA, *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, in *Ind. pen.*, 1991, 281 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 124 ss.

Dunque, andrebbe superato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la formula assolutoria prescritta in tali ipotesi è «il fatto non costituisce reato».

⁶ In tal caso, secondo l'opinione pressoché unanime si tratta di un fatto tipico ed antigiuridico, ma non colpevole; cfr. per tutti G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna 2019, 278 ss., 343 ss., 391. Per ricostruzioni parzialmente diverse, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 88 ss. - nel senso, qui condiviso, della sostituzione del concetto di colpevolezza con uno deonticizzato di responsabilità -; e sia consentito pure rinviare a A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, Napoli, 2000, 505 ss., per l'esclusione, in tali ipotesi, di un illecito personale (personales Unrecht).

⁷D. PULITANÒ, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, 5, che argomenta anche in relazione al divieto della pena di morte; v. pure ID., *Diritto penale*, 9ª ed., Torino, 2021, 247; S. ZIRULIA, *Art.2. Diritto alla vita*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 49.

Com'è noto, il primo comma di tale disposizione, dopo aver sancito il diritto alla vita, prevedeva però la liceità della pena di morte; con l'art.1 del Protocollo n.6 del 1983 la pena di morte era stata abolita, ma restava consentita «in tempo di guerra o in caso di pericolo imminente di guerra»; con l'art.1 del Protocollo n.13 del 2002 è stata abolita completamente.

Il secondo comma dell'art.2 CEDU, invece, considera tuttora l'uccisione di un uomo «non illegittima» se è il risultato «di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: [...] b) per eseguire un arresto regolare [...]».

A mio avviso, si tratta di un'aberrazione che avrebbe dovuto formare oggetto di abolizione nello stesso Protocollo n.6, unitamente ad altre due previsioni gravemente inadeguate all'evoluzione della civiltà giuridica europea dopo il 1950: innanzitutto, quella di cui alla seconda parte della citata lett. b, che, dopo la parola “regolare”, prosegue con «o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta», il che equivale a sancire che la pena per l'evasione può essere la morte. Ciò è assolutamente intollerabile e, dunque, sarebbe addirittura fuorviante rilevare che una tale disposizione è incredibilmente riferita anche a detenuti per reati lievi ed a chi, essendo detenuto in custodia cautelare, resta un presunto innocente. Certamente, di tale previsione la Corte EDU ha dato un'interpretazione condivisibile, ma proprio perché palesemente ‘adeguatrice’ e contraria al tenore della disposizione⁸.

Ma non meno inquietante, autoritaria e culturalmente anacronistica risulta la disposizione di cui alla lett. c, secondo cui non viola il diritto alla vita l'uccisione derivante dall'uso della forza necessario «per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o una insurrezione».

Va osservato come tutte e tre le ipotesi di liceità dell'uccisione di un uomo, previste dall'art.2 co.2 CEDU – dunque, anche quella più spesso ricordata, relativa alla legittima difesa: «a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale» –, richiedano “l'assoluta necessità” del ricorso alla forza, ma prescindano dalla proporzione. Solo la giurisprudenza della Corte EDU - analogamente a quanto è avvenuto in Italia nella giurisprudenza relativa all'art.53 c.p. - tende ad ‘aggiungere’ il requisito della proporzione, ritenendolo “sinonimo” della necessità o compreso in quest'ultima⁹.

Ma “assolutamente necessario” è ciò che non si può realizzare altrimenti, né con mezzi più blandi. E tuttavia, com'è noto, non tutto ciò che è assolutamente necessario è proporzionato: se non c'è altro modo per fermare la fuga dall'arresto o quella dell'evaso, secondo il testo dell'art.2 co.2

⁸ Cfr. in part. S. ZIRULIA, *Art.2. Diritto alla vita*, cit., 48-49: «Le finalità di effettuare un arresto o di impedire un'evasione non giustificano, da sole, l'utilizzo della forza letale. Secondo la C.edu, infatti, “la forza potenzialmente letale non può essere considerata assolutamente necessaria quando è noto che la persona da arrestare non costituisce un pericolo per la vita o l'incolumità e non è sospettata di aver commesso reati violenti”». La Corte, nella sent. della seconda Sezione sull'*affaire Alikaj et autres c. Italie* del 29 marzo 2011 (disponibile in allegato a A. COLELLA, op.cit.) usa effettivamente la congiunzione “e” («e non è sospettata») e non la disgiunzione “oppure”, come invece riportato da V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 195; la differenza non è di poco conto. Con tale pronuncia, l'uso delle armi viene ricondotto in sostanza ad una legittima difesa dell'incolumità propria o altrui; cfr. in proposito *infra*, nota 13 e testo corrispondente.

⁹ Cfr. S. ZIRULIA, *Art.2. Diritto alla vita*, cit., 44 ss., che osserva come nella giurisprudenza della Corte EDU la necessità tenda a ricomprendere, in via di principio, la proporzione e ne venga considerata talora “sinonimo”; quest'ultima posizione rischia, tuttavia, di offuscare l'autonomia della proporzione non tra i mezzi a disposizione e quelli usati, ma tra gli interessi in conflitto, che, infatti, in quella giurisprudenza svolge un ruolo non sempre ben definito. D'altro canto, la lodevole interpretazione restrittiva dell'art.2 co.2 da parte della Corte EDU, ed in particolare l'introduzione per via ermeneutica del requisito della proporzione, non corrispondendo al tenore letterale della disposizione, non soddisfano le esigenze di garanzia legate al principio di legalità nell'ordinamento italiano: basti pensare alla definizione ‘caso per caso’ dei concetti di sommossa e insurrezione. V. le due note successive e, più ampiamente, quanto si dirà nelle pagine seguenti.

CEDU lo si può uccidere. E pure se è assolutamente necessario per «reprimere [...] una sommossa»! D'altronde, l'espressione «in modo conforme alla legge» non è proprio rassicurante, se si tiene conto di quali siano le leggi degli Stati aderenti alla CEDU - tra cui figurano, ad esempio, Russia e Turchia - e se si pensa al problema, di scottante attualità, della repressione del dissenso politico ed alla preoccupante vaghezza dei termini "sommossa" e "insurrezione", esposti all'arbitrio interpretativo di forze dell'ordine e magistratura¹⁰.

Disposizioni siffatte, nel loro tenore testuale, appaiono incompatibili con il primato che la Costituzione italiana assegna alla vita umana. Le norme CEDU, quali norme interposte, non possono risultare in contrasto con la Costituzione. Certo, secondo l'art.53 CEDU «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente [...]»; ciò conferma che vi è un obbligo del giudice interno di interpretazione conforme a Costituzione della CEDU. E d'altra parte, com'è noto, il giudice nazionale deve interpretare la stessa CEDU alla luce della giurisprudenza 'consolidata' della Corte EDU. Tuttavia, sul piano di una tutela dei diritti umani conforme al principio costituzionale di stretta legalità in materia penale, l'art.2 co.2 CEDU e l'ondivago diritto giurisprudenziale della Corte di Strasburgo non offrono assolutamente uno *standard* di garanzia soddisfacente¹¹.

3. Se non vi fosse l'art.53 c.p., al poliziotto potrebbe comunque applicarsi talora la scriminante della legittima difesa propria o di altri, il cd. soccorso difensivo. Lo stesso art.53 c.p., come ho ricordato, rinvia all'art.52 c.p.. La difesa di un diritto proprio verrebbe in considerazione qualora il 'fuggitivo' si lanciasse a bordo del motorino verso il poliziotto, mettendo a rischio l'incolumità di quest'ultimo per scappare; ma in tal caso non si tratta di semplice fuga, bensì di una vera e propria aggressione, strumentale alla successiva fuga. Oppure, una legittima difesa potrebbe ravvisarsi qualora, durante la fuga, uno degli inseguiti si accingesse a sparare verso il poliziotto: anche in tal caso si tratterebbe di un'aggressione, stavolta contestuale alla fuga.

Qualora invece il ragazzo si limitasse a fuggire, per sottrarsi ad un semplice controllo, verrebbe in considerazione la difesa, da parte dell'agente, dell'interesse statale sotteso a tale controllo; ma è dubbio che in tal caso possa parlarsi di difesa di un "diritto altrui" e, dunque, che si possa applicare

¹⁰ La Corte EDU, nella sua recente giurisprudenza, riguardante sovente la Turchia, non ha fornito un'interpretazione del significato dei termini sommossa ed insurrezione, ma «si limita ad affermarne o negarne la sussistenza caso per caso», cfr. ancora S. ZIRULIA, *op.cit.*, 49-50.

¹¹ Lo dimostra in modo evidente una pronuncia sconcertante, Cass.pen., Sez.IV, 6.2.2003, n.20031, in www.dejure.it: la Corte, nella parte in "diritto" della sentenza, esordisce con una premessa che riguarda il diritto "comunitario" e le norme "C.E.E." e, richiamato il primato di tale diritto e la disapplicabilità delle leggi ordinarie nazionali in contrasto con esso, la applica alla Convenzione EDU (!) come se si trattasse di diritto comunitario (circostanza prontamente censurata in dottrina, cfr. A. MARI, *Uso delle armi, come la Corte "inciampò" sulle fonti comunitarie. Equiparati i regolamenti CE e la Convenzione Cedu*, in *Diritto e giustizia*, n.18/2003, 18 ss.; A. TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass. pen.*, 2003, 3835 ss.) e ne evince: «Non v'ha dubbio quindi che nel caso in specie la norma di cui all'art.2, n.2 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo adottata in data 4 novembre 1950, secondo la quale è legittimo l'uso delle armi anche quando si tratti di effettuare un regolare arresto non poteva non trovare applicazione, con la conseguenza che legittimamente F. aveva esploso i colpi con la pistola di ordinanza, al fine di bloccare la fuga spericolata dei rapinatori e assicurarli alla giustizia e recuperare il bottino». La Cassazione, dunque - con buona pace della giurisprudenza 'adeguatrice' della Corte EDU - ha applicato l'art.2 co.2 CEDU nel suo tenore testuale, giustificando così l'omicidio del rapinatore in fuga, commesso al solo scopo di arrestarlo e "recuperare il bottino".

l'art.52 c.p.. E lo stesso vale se il poliziotto agisce per procedere ad un fermo ex art.384 c.p. p.. Tali ipotesi appaiono piuttosto riconducibili all'art.51 c.p.¹² e, dunque, varrebbe quanto affermato in precedenza. Tuttavia, anche qualora si ritenesse applicabile la legittima difesa, dovrebbe riproporsi la considerazione secondo cui l'interesse statale sotteso al controllo non può mai prevalere sulla vita umana. Si trattasse pure di fermare un indiziato di reati gravissimi, secondo la Costituzione non è ammessa la pena di morte, tantomeno per mano delle forze di polizia¹³.

Il poliziotto potrebbe invocare la legittima difesa altrui anche quando la fuga avviene subito dopo un furto, uno scippo o una rapina. Qui si dovrebbe distinguere¹⁴. Se il fuggitivo ha abbandonato la refurtiva, non vi è più alcuna aggressione, ossia, alcun pericolo attuale di un'offesa ingiusta; l'unica condotta giustificabile del poliziotto sarebbe quella di arresto in flagranza, che rientra nell'art.51 c.p. e non nella legittima difesa.

Se invece il ragazzo ha con sé la refurtiva, l'aggressione al patrimonio perdura; quindi è pacificamente ammesso un soccorso difensivo, ma pur sempre nei limiti della necessità e della proporzione tra l'unica offesa ancora attuale anche in caso di rapina o scippo, cioè quella al patrimonio, e la difesa. Ed è da escludersi che, anche quando sparare rischiando di uccidere sia l'unico modo per fermare colui che fugge - e, dunque, vi sia l'assoluta necessità di sparare -, una tale condotta possa ritenersi proporzionata. In tal caso, bisogna rinunciare all'uso delle armi¹⁵. Ciò va tenuto fermo indipendentemente dal valore della refurtiva: tutto l'oro del mondo non vale una sola vita umana. Si può discutere ed è notoriamente controverso in che misura dalla Costituzione italiana possano ricavarsi gerarchie di beni giuridici: ma il primato del bene vita sul bene patrimonio secondo la nostra Legge fondamentale non può essere seriamente messo in dubbio.

Stavolta, sembra soccorrere pure l'art.2 co.2 lett. a CEDU, laddove consente l'uccisione di un uomo «per garantire la difesa di ogni persona dalla violenza illegale», ipotesi riconducibile alla legittima difesa, che è però limitata alla difesa «dalla violenza»: e nelle ipotesi succitate non vi è, o non vi è più, violenza. Tuttavia, richiamare l'art.2 CEDU per vincolare legislazione ed interpretazione è doveroso, ma sempre che un tale vincolo sia conforme a Costituzione e, in particolare, al principio di legalità di cui all'art.25 co.2 Cost. Dalla CEDU non possono, invece, farsi discendere obblighi di tutela penale, neppure in forma di restrizione ermeneutica *in malam partem* di cause di giustificazione

¹² Nel senso dell'esclusione dell'applicazione dell'art.53 c.p., in ipotesi di mero controllo stradale, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Torino, 2021, 393; cfr. pure Cass.pen., sez. IV, 5.2.2013, n.20118, in www.dejure.it.

¹³ Ecco perché è importante che nella citata sent. Corte EDU sul caso Alikaj ed altri c. Italia - v. *supra*, nota 7 - si sia affermato che non è sufficiente a giustificare l'uso delle armi il fatto che la persona sia «sospettata di aver commesso reati violenti», ma occorre in più - e non in alternativa - che ricorra un pericolo per l'incolumità e per la vita di qualcuno; peraltro, nel menzionato punto 63 si usa un'espressione ambigua, richiedendo che «la persona [...] sia pericolosa per la vita o l'incolumità di qualcuno», laddove si tratterebbe di esigere, invece, che una concreta condotta - non «la persona» - ponga in essere un pericolo che, inoltre, sia attuale (!) di offesa alla vita o all'incolumità di taluno. L'assenza del requisito dell'attualità del pericolo contribuisce pericolosamente ad aumentare il rischio di autorizzare le forze dell'ordine a richiamarsi ad una generica pericolosità «della persona» per giustificare fatti di omicidio. E nelle motivazioni delle sentenze della Cassazione si dà atto talora del tentativo di giustificare l'uso letale delle armi con la pericolosità del fuggitivo, evinta dai suoi precedenti penali.

¹⁴ Nel senso del testo, per tutti, con estrema chiarezza G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 300-301.

¹⁵ In tal senso, con riguardo all'uso delle armi allo scopo di arrestare una persona, è orientata la giurisprudenza della Corte EDU, cfr. S. ZIRULIA, *Art.2. Diritto alla vita*, cit., 48-49. *Contra*, Cass.pen., Sez.IV, 7.6.2000, n.9961, in www.dejure.it, *Fatto e diritto*, punti 6 ss., secondo cui l'art.53 c.p. non ammetterebbe una rinuncia del pubblico ufficiale all'intervento.

previste dalla legge: ciò, infatti, contrasterebbe con il principio costituzionale della riserva di legge¹⁶. Il dettato dell'art.2 CEDU sul punto vale, dunque, non come 'fonte', ma come 'argomento'¹⁷ *de lege ferenda*, che ha però un indubbio valore di civiltà.

4.

4.1. Nel nostro ordinamento, bisogna fare i conti con l'art.53 c.p., che, com'è noto, "ferme le disposizioni", ossia al di là delle ipotesi di cui all'art.51 e 52 c.p., giustifica l'uso delle armi senza richiedere la proporzione.

Una questione preliminare, che non sarà approfondita ulteriormente in questa sede, riguarda la qualifica soggettiva del pubblico ufficiale che ha sparato. Infatti, se, per un verso, è opinione ampiamente prevalente – ma non del tutto incontrovertita - che per "pubblico ufficiale" ai sensi dell'art.53 c.p. debba intendersi solo l'appartenente alla forza pubblica abilitato all'uso delle armi¹⁸, rimane l'interrogativo «se il subalterno... possa assumere la qualifica di pubblico ufficiale», ovvero se oltre all'ufficiale anche l'agente di polizia – figure distinte ai sensi degli artt.57 c.p. p.e 39 l. n.121/1981, possa richiamarsi all'art.53 c.p. riferito al solo "pubblico ufficiale" che «fa uso ovvero ordina di far uso delle armi¹⁹». Ad ogni modo, già sotto tale aspetto appare evidente che l'ambito di applicazione dell'art.53 è indeterminato e rimette, quindi, a dottrina e giurisprudenza una problematica discrezionalità.

L'art.53 c.p. fa riferimento all'uso «di armi o di un altro mezzo di coazione fisica», quindi si incentra sul mezzo; e il mezzo può essere usato in qualsiasi modo, dunque per offendere qualunque bene, anche la vita, purché sussistano il fine e i requisiti di necessità previsti.

Com'è noto, dottrina e giurisprudenza sono ormai orientate stabilmente nel senso di un'interpretazione adeguatrice, che esige la proporzione ai fini della legittimità dell'uso delle armi²⁰. Tuttavia, con ciò il problema della legittimità costituzionale dell'art.53 c.p. non può dirsi affatto risolto, sotto diversi profili.

In primo luogo, come ho appena accennato, vi è un problema di conformità dell'art.53 c.p. al principio costituzionale di legalità *sub specie* determinatezza²¹. È notoriamente un orientamento

¹⁶ In tal senso, cfr. V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 298 ss.; per un diverso ordine di idee, v. spec. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 243 ss.

¹⁷ Su tale distinzione cfr. le acute osservazioni di SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 134 ss.

¹⁸ In tal senso, per tutti, L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 1979, 55-57, che condivisibilmente critica l'indeterminatezza della nozione di pubblico ufficiale di cui all'art.357 c.p., ritenuta da autorevole parte della dottrina richiamabile *tout court* nell'interpretazione dell'art.53 c.p., e perviene alla tesi opposta, per cui la norma si applica solo agli «ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria e [a]i militari in servizio di pubblica sicurezza», con esclusione, quindi, delle guardie giurate; cfr. pure E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, 131, con ulteriori riferimenti bibliografici. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 9ª ed., Milano, 2020, 336, escludono in via ermeneutica, opportunamente, pure gli agenti della polizia municipale.

¹⁹ E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, *op.loc. cit.*; la questione non è affatto irrilevante, in quanto l'inapplicabilità dell'art.53 c.p. circoscriverebbe le facoltà dell'agente entro i più ristretti confini di cui agli artt. 51 e 52 c.p.

²⁰ In giur. v., tra le tante, Cass.pen., Sez.IV, 7.6.2000, n.9961, cit., punti 8 e 9; Cass. pen., Sez.IV, 15.11.2007, n.854, in www.dejure.it, diritto, punto 4.

²¹ Una precisazione terminologica: con la dottrina prevalente - che ne pone in evidenza lo stretto nesso con la tassatività - intendo per determinatezza la chiarezza e precisione della formulazione di una disposizione, comprensiva del suo riferirsi

minoritario, ma a mio avviso da condividere, quello secondo cui il principio di legalità e, quindi, in particolare i corollari della determinatezza legale e del divieto di analogia si applicano anche alle scriminanti²². Queste ultime, infatti, concorrono a definire il limite tra ciò che è punibile e ciò che non lo è. Tale limite dev'essere stabilito dalla legge quanto più precisamente possibile e non rimesso all'arbitrio di un giudice e neppure all'ondivago 'diritto vivente' di matrice giurisprudenziale, magari 'consolidato', ma, per definizione, pur sempre *in action*.

Colui che realizza un fatto tipico, in un sistema penale da stato costituzionale di diritto, deve poter conoscere, al momento della condotta, le leggi da cui dipendono le relative conseguenze penali e, quindi, deve poter sapere se la sua condotta, in astratto punibile, è giustificata dalla legge: lo impone la *ratio* del principio di legalità, sia sotto il profilo del suo fondamento contrattualistico/democratico – separazione dei poteri e soggezione del giudice alle leggi –, sia dall'angolo visuale della garanzia della libertà individuale e della certezza del diritto, sia dal punto di vista della funzione generalpreventiva di orientamento dei consociati, sia, ancora, sotto l'aspetto dell'eguaglianza²³. Va qui rimarcato che il principio costituzionale di legalità ha un contenuto di garanzia ben più ampio di quello dell'art.7 CEDU, in quanto abbraccia pure i corollari della riserva di legge, della determinatezza della legge penale e del divieto di analogia²⁴: dunque, una norma che soddisfi i canoni di "prevedibilità" ed "accessibilità" – che la Corte EDU, com'è noto, riconosce anche al diritto di fonte giurisprudenziale – non è, per ciò solo, conforme all'art.25 co.2 Cost.

Ma anche dal punto di vista, non meno significativo, della tutela di beni giuridici, i consociati hanno diritto a veder stabilito chiaramente e previamente dalla legge a quali condizioni un ipotetico fatto penalmente rilevante, commesso nei loro confronti, possa essere giustificato. La storia insegna che l'indeterminatezza delle scriminanti può costituire un lasciapassare per gravi aggressioni alla

a fenomeni verificabili, cfr. in proposito spec. F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 355; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 307-308, 322-323; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 13-14; nella manualistica, v. ad es. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 91. Altra autorevole dottrina riconduce al "principio di precisione" l'esigenza della chiarezza linguistica ed al "principio di determinatezza" quella della sola verificabilità empirica, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Le fonti. Il reato: nozione struttura e sistematica*, 3ª ed., Milano, 2001, 17-18, 119 ss.

²² M. GALLO, *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino, 1965, 35; F. BRICOLA, *Art.25, co.2° e 3°*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna – Roma, 1981, 256 ss., 275 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 191 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 286 ss. Per un diverso ordine di idee v., per tutti, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 212 ss.

²³ Su tale quadruplica radice del principio di legalità, per tutti, magistralmente C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, *Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., München, 2006, 145 ss.

²⁴ Lo riconoscevano, in rapporto alla riserva di legge, già M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1966, 56 ss. (che poneva in evidenza l'inevitabilità di un tale carattere 'minimo' dell'art.7 CEDU, a fronte della necessità di conciliare sistemi di *common* e *civil law*); F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 31-32; v. inoltre fra gli altri BERNARDI, *Art.7. Nessuna pena senza legge*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 251-252; MANES, *Art.7*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova 2012, p.274; ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 77, 88 ss. Per quel che concerne la determinatezza, cfr. per tutti E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, p.80: «Anche una fattispecie estremamente vaga risulta generalmente compatibile con l'art.7 CEDU». In argomento, sia consentito rinviare a A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, in *Ind. pen.* 3/2017, 680 ss.

persona, specialmente da parte dei pubblici poteri²⁵. Nel caso dell'uso legittimo delle armi, in particolare, quel diritto fondamentale dei consociati assume importanza letteralmente vitale, perché si tratta di stabilire precisamente a quali condizioni un appartenente alle forze dell'ordine possa colpirli o addirittura sparar loro addosso! Ad esempio, coloro che partecipano ad una manifestazione di protesta hanno diritto ad una legge che non rimetta a termini vaghi come sarebbero quelli di "sommossa" o "insurrezione" - contenuti nell'art.2 CEDU! - la determinazione delle condizioni alle quali sarebbe addirittura lecito ucciderli.

Per altro verso, all'interpretazione costituzionalmente conforme – così come a quella conforme alla giurisprudenza della Corte EDU²⁶ - che richiede la proporzione certamente sono sottese motivazioni del tutto condivisibili, nella misura in cui mirano a restringere l'eccessivo ambito applicativo dell'art.53 c.p. Tuttavia tale interpretazione, oltre a sortire l'effetto indesiderabile della conservazione di tale norma e a non costituire, in un ordinamento improntato a stretta legalità, una garanzia sufficiente da prassi poliziali e giurisprudenziali difformi, presenta un ulteriore grave inconveniente, ancora dal punto di vista della legalità. Infatti, richiedere l'elemento della proporzione significa restringere in via interpretativa la portata della scriminante, con effetti *in malam partem*: qualora la condotta del pubblico ufficiale presenti tutti gli elementi previsti dall'art.53 c.p., ma sia sproporzionata, lo si punisce sulla base di un requisito – la proporzione - non espressamente previsto dalla legge, in chiaro contrasto con la *ratio* di garanzia del principio di legalità. Si tratta di un'interpretazione 'additiva' *in malam partem*. E considerazioni analoghe valgono pure in relazione alla giurisprudenza della Corte EDU, che restringe in via ermeneutica la portata, in particolare, dell'art.2 CEDU²⁷.

Oltretutto, dottrina e giurisprudenza si arrogano, in tal modo, la funzione legislativa di determinare in che cosa debba consistere la proporzione: se, cioè, la proporzione debba sussistere tra

²⁵ Cfr. per tutti F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p.286: «L'indeterminatezza delle scriminanti toglie agli individui la sicurezza di esser tutelati nei limiti delle norme incriminatrici, toglie la sicurezza di non essere costantemente potenziali vittime...»; e p.287: «L'indeterminatezza delle scriminanti si presta a legittimare l'uso della forza e della stessa delinquenza di Stato, consentendo l'impunità delle violazioni anche degli inviolabili diritti umani».

²⁶ Prospettata in particolare da F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 251 ss.

²⁷ F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 293, riconosce il problema, che riguarda in generale gli obblighi di tutela penale ricavati dalla giurisprudenza della Corte EDU da un testo «del tutto muto in proposito». E riconosce la presenza di un "controlimite" al diritto giurisprudenziale della Corte, costituito dall'art.25 co.2 Cost. Tuttavia, si chiede «se il gioco valga la candela» (*ivi*, p.295), visto che si tratta di proteggere, attraverso obblighi di tutela penale, diritti fondamentali; e che, secondo l'illustre Autore, non possano «sensatamente considerarsi sufficienti» strumenti di tutela extrapenali a tutela di diritti come quello alla vita o a non essere sottoposti a tortura. Pur comprendendo le nobili motivazioni sottese a tale discorso, a mio sommo avviso, per le ragioni indicate nel testo, il principio di stretta legalità "vale la candela". E stabilire ciò che sia punibile non può spettare a «una manciata di giudici nominati dai governi dei cinquanta Stati del Consiglio d'Europa, non rappresentativi in alcun modo della volontà popolare di quei Paesi», come li definisce F. VIGANÒ (*ivi*, p.293), che però poi traslascia la spinosa questione. Il cruciale tema del "torto legale" è troppo complesso per venire semplicisticamente superato con qualche battuta. Nella CEDU, com'è noto, esso trova una soluzione dell'art.7 co.2. A fronte di un'ulteriore espansione della deroga al principio di legalità a tutela dei diritti fondamentali, come quella proposta da Viganò, valga il celebre monito di Gustav RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, n.5/1946, 108, che pur teorizzando, a fronte dei gravissimi crimini nazisti, un torto ultralegale, affermava: «Noi siamo dell'opinione che dopo dodici anni di negazione della certezza del diritto sia più che mai necessario attrezzarsi mediante valutazioni "giuridico-formali" contro le tentazioni che comprensibilmente possono nascere in chiunque abbia vissuto dodici anni di pericolo e minaccia. Noi abbiamo da ricercare la giustizia e contemporaneamente da osservare la certezza del diritto, perché essa stessa è una parte della giustizia, e da ricostruire uno stato di diritto che soddisfi, per quanto possibile, entrambe le idee».

i mezzi usati dal pubblico ufficiale e la condotta altrui – come si è a lungo ritenuto²⁸ –, tesi fuorviante, com'è noto in relazione alla legittima difesa, perché l'arma o l'altro mezzo di coazione possono essere impiegati in modo diversamente offensivo; oppure, se essa debba tra i (soli) beni giuridici in conflitto; oppure tra la difesa e l'offesa, come nell'art.52 c.p., il che renderebbe almeno in parte superflua la disposizione. L'interpretazione additiva di cui si discute non è, quindi, 'a rime obbligate', ma manipolativa e, anche sotto tale profilo, incompatibile con il principio di legalità.

Qualora, dunque, venisse sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art.53 c.p., non potrebbe obiettarsi che il giudice *a quo* non abbia esperito il doveroso tentativo - ben possibile ed anzi da ritenersi 'consolidato' alla luce del cd. diritto vivente di matrice giurisprudenziale - di un'interpretazione costituzionalmente conforme; e ciò perché una tale interpretazione contrasta sotto più profili con il principio costituzionale di legalità e ridonda *in malam partem*. O bisogna ritenere che la Corte costituzionale non possa intervenire a fronte di un'interpretazione *contra legem* e *contra reum* della Cassazione, solo perché è consolidata e dunque, per così dire, 'diritto incostituzionale vivente'²⁹?

Tuttavia, vi è una diversa ragione per cui una tale questione di legittimità rischierebbe di essere dichiarata inammissibile: essa, infatti, ridonderebbe *in malam partem*, ancora una volta in contrasto con la riserva di legge. Certo, l'art.53 c.p. concede al pubblico ufficiale un privilegio odioso, incompatibile con l'art.3 Cost., parametro notoriamente richiamato dalla Corte costituzionale per dichiarare l'incostituzionalità di norme 'di favore'. Ma dichiarare costituzionalmente illegittima tale scriminante significherebbe ampliare l'ambito della punibilità, con effetti non applicabili nel giudizio *a quo*, ma che si produrrebbero *erga omnes*. Sul complesso e controverso tema del sindacato costituzionale su norme penale di favore sia consentito non prendere posizione in questa sede, se non rilevando come, anche sotto tale profilo, la via maestra sia costituita dall'abrogazione legislativa dell'art.53 c.p.

4.2. Un diffuso orientamento dottrinale ritiene che l'espressione «vincere una resistenza», impiegata dal legislatore nell'art.53 c.p., vada interpretata come comprensiva della resistenza attiva e di quella passiva, e che quest'ultima comprenda essenzialmente due ipotesi: quella dell'inerzia - come nel caso di chi si rifiuta di muoversi, ad esempio in un cd. sit-in di protesta - e quella della fuga. Anche rispetto a quest'ultima, quindi, potrebbe essere legittimo l'uso delle armi, anche letale, sempre che, però, sia proporzionato³⁰.

Ora, dal punto di vista linguistico, appare senz'altro condivisibile che si possa resistere anche passivamente, per 'forza d'inerzia'; ma, al contrario, non si può dire che la fuga rientri nel significato

²⁸ Cfr. sul punto G. RIPAMONTI, *Art.53 c.p.*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, 2ª ed., Milano, 2006, 630.

²⁹ In argomento, si vedano spec. le considerazioni di G. INSOLERA, *Luci ed ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2351-2355, 2368 ss.

³⁰ V. fra gli altri, con qualche diversità d'accenti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 317-318; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 377; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 394; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 246; F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 399 ss.. *Contra*, per tutti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 338, che prendono atto dell'incertezza giurisprudenziale al riguardo ed escludono l'applicabilità dell'art.53 c.p. in ogni ipotesi di resistenza passiva, argomentando in base ad un'interpretazione sistematica e secondo il brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*.

letterale del termine resistenza. Resistere implica opporre una forza e non scappare. Leggiamo la definizione di “resistere” nel vocabolario Treccani: «1. Opporsi a un’azione, contrastandone l’attuazione e impedendone o limitandone gli effetti. a. Riferito a persone, o anche ad animali, che si oppongono all’azione di altre persone o di animali: *r. al nemico* (anche *contro il nemico*), e *r. all’urto delle forze corazzate nemiche, ai reiterati attacchi dell’avversario*, nel linguaggio milit. e sport. (anche assol.: *l’ordine è di r. fino all’ultimo uomo*); *r. agli aggressori, ai rapitori, r. alla forza pubblica; cercava di far spostare il mulo, ma questo resisteva* (e in usi fig., come opposizione ad azioni non materiali: *Mi guardi con occhi penetranti E dici che nessuno ti ha mai resistito E non capisci perché io ti resisto* (Alda Merini); *i genitori non volevano che si sposassero così giovani e hanno resistito per un po’, ma poi hanno dovuto acconsentire*); o che contrastano azioni e forze materiali e fisiche, o psichiche o morali: *cercava di r. all’impeto del vento, alla corrente del fiume in piena; r. alle avversità, alle sofferenze, alla tortura; cercare di r. a un impulso, all’istinto, alla rabbia; non r. alla tentazione*; con diversa costruzione: *non resisto più, con quella chiacchierona, o con questo fumo; sempre gli stessi discorsi: non ci resisto più! [...]*»³¹. Ebbene, chi fugge non «resiste al nemico» o «ai reiterati attacchi dell’avversario»; il mulo che fugge non “resiste”! Chi scappa via non “resiste al fumo” o agli “stessi discorsi”. Se la Resistenza fosse consistita nella “Fuga” non sarebbe stata Resistenza, ma una “ritirata”, e non avrebbe avuto alcunché di eroico...

Includere la fuga nella resistenza è dunque un’operazione ermeneutica che supera il possibile significato letterale del termine usato dal legislatore. In effetti, l’interprete, partendo dal tenore letterale e rispettandolo, può ravvisare la *ratio* della scriminante nell’autorizzazione all’uso della forza da parte del pubblico ufficiale contro chi gli si oppone, resistendo attivamente o anche solo passivamente, se ciò è necessario per vincere tale opposizione.

Ma un altro interprete, meno rispettoso del tenore letterale della disposizione, potrebbe sostenere che anche chi fugge non si fa fermare o arrestare; egli si sottrae all’arresto. E dunque, sebbene fuggire non sia lo stesso che resistere, il caso è simile; la *ratio* sottesa alla scriminante, secondo tale interprete, è in sostanza la tutela dell’obbedienza al pubblico ufficiale – che si tratti di resistere o di scappare - e dunque l’uso delle armi dev’essere consentito in entrambi i casi: quello espressamente regolato e quello non regolato dalla legge. Ebbene, l’interprete che, sulla base di tali premesse, includa la fuga nella resistenza sulla base della presunta *eadem ratio*, superando il tenore letterale dell’art.53 c.p., pone chiaramente in essere un’analogia *in malam partem*, vietata in diritto penale.

Non del tutto superfluo, in tale contesto, risulta l’ulteriore argomento sistematico che fa leva sull’art.337 c.p., secondo cui vi è “resistenza” a un pubblico ufficiale soltanto se si «usa violenza o minaccia per opporsi»... Alla stregua di tale disposizione, neppure una resistenza passiva dovrebbe risultare punibile; e secondo parte della dottrina, in base al collegamento sistematico con l’art.337 c.p., anche nell’art.53 c.p. il concetto di resistenza va inteso come comprensivo solo di quella attiva e non anche di quella passiva³², che, però, secondo tale opinione comprenderebbe la fuga.

Sulla base delle considerazioni svolte, quando un pubblico ufficiale spara a chi fugge, non si tratta di applicare l’art.53 c.p. interpretandolo in modo ‘mite’ e costituzionalmente conforme alla luce

³¹ www.treccani.it/vocabolario.

³²E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, cit., 135-136.

di un giudizio, irrimediabilmente ‘elastico’, di proporzione; al contrario, a mio avviso non si potrà affatto invocare l’art.53 c.p. contro chi fugge. L’uso delle armi potrà essere giustificato solo alla stregua degli artt. 51 e 52 c.p., nei ristretti limiti su cui ci siamo soffermati in precedenza. Non si può uccidere il fuggitivo per arrestarlo e non si può ucciderlo per difendere il solo patrimonio, perché la Costituzione non tollera che un appartenente alla forza pubblica ponga l’alternativa tra la borsa e la vita.

L’opinione che include la fuga nella resistenza, nell’operare un’analogia *in malam partem*, stride fortemente con l’intento restrittivo dell’interpretazione ‘additiva’ che introduce il requisito non previsto della proporzione. Essa si fonda su una precomprensione della disposizione orientata tuttora al primato del prestigio del pubblico ufficiale - corrispondente all’intenzione del codice Rocco, ma non certo a Costituzione -, alla cui autorità non ci si potrebbe sottrarre neppure con la fuga, pena l’uso delle armi, anche letale, purché proporzionato. La persistenza di un tale orientamento ermeneutico testimonia la pericolosità della conservazione dell’art.53 c.p.; ma anche l’ambiguità dello stesso diritto dottrinale e giurisprudenziale ‘vivente’ - oggi così in voga -, che si dimostra talora tutt’altro che mite con il ragazzo che fugge, abbracciandolo nelle spire potenzialmente mortali dell’uso legittimo delle armi.

In effetti, è già pericoloso ammettere l’uso delle armi contro una resistenza meramente passiva, cioè pacifica – e sorprende non poco che parte ampia ed autorevole della dottrina non sembri rendersene conto -; ma il suo carattere statico, inerziale, consentirà agevolmente al pubblico ufficiale di ricorrere a strumenti più blandi, a partire, auspicabilmente, dal dialogo, ragion per cui non sarà difficile escludere che l’uso delle armi possa essere “necessario”, prima ancora che proporzionato. Invece, ammettere l’uso delle armi contro la fuga è più pericoloso, perché per fermarla difficilmente si potrà ricorrere ad altri mezzi³³: dunque sussisterà spesso la “necessità” dell’uso delle armi, e l’unico limite invocabile sarà quello - aggiunto in via ermeneutica ed anche per questo problematicamente elastico, come si è ricordato - della proporzione.

4.3. Come ho accennato in precedenza, la giurisprudenza recente in tema di uso legittimo delle armi tende ormai a richiedere condivisibilmente la proporzione non tra i mezzi, ma tra i beni in gioco; e prevalentemente esclude un uso legittimo delle armi nelle ipotesi di fuga, basandosi però non su un’interpretazione restrittiva del concetto di resistenza che escluda la fuga, bensì proprio sul requisito della proporzione³⁴. Inoltre, correttamente si distingue, come ho accennato, dalle ipotesi di fuga quella di aggressione del pubblico ufficiale - ad esempio rischiando di investirlo – strumentale alla successiva fuga.

Tuttavia, permangono inconvenienti legati all’elasticità del giudizio di proporzione, per di più costruito interamente dalla giurisprudenza e, quindi, non vincolato a termini legislativi di riferimento,

³³ In tal senso, E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, cit., 136: l’Autore puntualmente rileva, in relazione alla fuga, che «dalla casistica accertata risulta che si ricorre in tali frangenti quasi sempre all’uso ‘mirato’ di armi da fuoco, ritenuto spesso l’unico idoneo tra quelli a disposizione della forza pubblica per contrastare validamente un tale comportamento, con esiti letali che appaiono assolutamente sproporzionati [...]».

³⁴ Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. IV, 2.12.2020, n.35962, cit., *considerato in diritto*, punto 4, che richiama Cass. pen., Sez. IV, 15.2.1995 n.2148.

come accade invece nell'art.52 – proporzione tra “difesa” ed “offesa” – e nell'art.54 c.p. - proporzione tra fatto e pericolo -.

Una casistica problematica riguarda le ipotesi in cui l'agente ha sparato alle gomme del veicolo, causando però la morte del fuggitivo, perché il veicolo ha sbandato o perché il proiettile ha invece ferito a morte. Purtroppo, esistono – ma per fortuna sono rari - proiettili di pistole d'ordinanza che rimbalzano per un fato crudele dal selciato, o talvolta addirittura dal cielo, alla nuca del fuggitivo³⁵; altri proiettili, anch'essi rari, si sparano da soli appena si impugnò la pistola³⁶. Naturalmente, in casi del genere, vige la presunzione di non colpevolezza di cui all'art.27 co.2 Cost. e quindi, se nel processo penale non vi è la prova che sussista quantomeno una colpa, l'imputato dev'essere assolto.

Va però precisato un aspetto, a mio avviso, significativo del giudizio di proporzione. Tutti gli elementi delle scriminanti, compresa la proporzione, devono sussistere al momento della condotta. Si può parlare, in tal senso, di un giudizio *ex ante* a base totale – che tenga cioè conto di tutti gli elementi realmente sussistenti al momento della condotta, anche se non conosciuti né conoscibili dall'agente³⁷ – o, secondo altra opzione terminologica, di un giudizio *ex post*, purché riferito, ripeto, al momento della condotta e quindi senza tener conto di fattori successivi³⁸.

La proporzione, nella legittima difesa come nell'art.53 c.p. ad esempio, va valutata con riguardo al momento della condotta. Ciò può avere conseguenze per un verso favorevoli, per altro sfavorevoli in rapporto alla punibilità dell'agente. Se l'agente, al momento della fuga, spara in aria per intimare l'alt, il rapporto di proporzione di cui all'art.52 c.p. – fermo quanto si è detto sull'inapplicabilità dell'art.53 c.p. per mancanza di una “resistenza” - sussiste, anche se, per un fato avverso, il proiettile colpisce un lampione a cinque metri d'altezza e ricade proprio sul ragazzo che fugge. La condotta di

³⁵ Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. IV, 2.12.2020, n.35962, cit., *ritenuto in fatto*, punto 2: «Dalla perizia balistica era emerso che un colpo esplosivo dal B., indirizzato a forare il pneumatico del veicolo in fuga, aveva rimbalzato sull'asfalto e aveva attinto uno degli occupanti del veicolo alla nuca». Ma esistono anche fucili che si puntano da soli ad altezza d'uomo... V. Cass. pen., Sez. V, 16.6.2014, n.41038, *ritenuto in fatto*, punto 1: durante l'inseguimento in auto, «N. estraeva un fucile [...], puntava verso l'alto ed esplodeva un colpo; a causa della velocità dell'auto e della pavimentazione irregolare, al momento dell'esplosione del colpo, la canna del fucile si voltò verso il basso, modificando l'originaria traiettoria del proiettile, che attingeva i tre individui».

³⁶ V. ad es. Cass. pen., Sez. IV, 14.7.2015, n.36883, in www.dejure.it, *ritenuto in fatto*: l'«ufficiale di PG, [...] nel corso dell'inseguimento di G.G., che fuggiva a bordo di uno scooter condotto da D.G.A., scendendo dall'auto di servizio per bloccare il primo, dopo che lo stesso era caduto dal mezzo per la brusca ed involontaria frenata del conducente, impugnando la pistola d'ordinanza con il colpo in canna, per imprudenza e negligenza, [...] omettendo di azionare il dispositivo di sicurezza e deporla nella fondina, faceva esplodere accidentalmente un colpo che attingeva il G. G. nella parte bassa della regione occipitale, cagionandone la morte» mentre fuggiva a piedi: «La fuga della vittima dall'inizio dell'inseguimento sino all'esplosione del colpo di pistola non si [era] mai interrotta». La Procura ricorre in Cassazione lamentando, tra l'altro, la violazione di legge per la mancata applicazione dell'art.45 c.p., in tema di «scriminante (sic) del caso fortuito»; rilievo respinto dalla Corte nel *considerato in diritto*.

³⁷ Il giudizio *ex ante* a base parziale riguarda il (dis)valore della condotta e comprende solo le circostanze conosciute o conoscibili dall'autore; quello a base totale concerne il (dis)valore d'evento e comprende tutte le circostanze presenti al momento della condotta, anche se inconoscibili. Ad esempio, per sapere se vi è un reale evento di pericolo non basta porsi dal punto di vista dell'osservatore e guardare a ciò che egli poteva rappresentarsi, ma occorre considerare tutti gli elementi di fatto realmente sussistenti al momento della condotta. Sulla distinzione tra giudizio *ex ante* a base totale e parziale, cfr. per tutti F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, 2ª ed., Milano, 1994, 172 ss., 224 ss.; nella manualistica, v. ad es. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 10ª ed., Padova, 2017, 203-204.

³⁸ Sulla prospettiva *ex ante* nelle scriminanti, cfr. fra gli altri spec. C. ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1996, 71 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1979, 187 ss.; G. MARINUCCI, *Agire lecito in base a un giudizio “ex ante”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 393 ss.; sia consentito inoltre rinviare nuovamente a A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., 485-505, con ulteriori riferimenti bibliografici.

sparare in aria in modo tale da escludere ragionevolmente qualunque pericolo per la persona è, infatti, oggettivamente proporzionata, al momento in cui viene posta in essere.

Se, invece, l'agente spara verso chi fugge mirando alle gomme o ad organi non vitali, la condotta – contrariamente a quanto talora si ritiene - non è proporzionata e quindi non può risultare giustificata: perché essa, riguardata *ex ante*, al momento in cui è realizzata, pone oggettivamente in pericolo la vita di un uomo che fugge. Può morire cadendo dal motorino a causa dello scoppio dello pneumatico, può morire perché l'auto sbanda, può morire perché sparare mirando agli organi non vitali di una persona in rapido movimento implica necessariamente il rischio di ucciderlo. E dunque non è lecito sparare.

Un'ulteriore problematica costellazione di casi riguarda le ipotesi in cui la fuga, per le sue modalità, pone in pericolo l'incolumità di terzi: si pensi all'alta velocità del veicolo o ad una guida contromano. In tali ipotesi, la giurisprudenza ha fondato l'applicabilità dell'art.53 c.p. sulla proporzione tra la condotta letale dell'agente e il pericolo per l'incolumità altrui posto in essere dal fuggitivo³⁹.

Naturalmente, un tale pericolo non sussiste *in re ipsa* - come rischia di ritenersi nella prassi⁴⁰ - e deve costituire oggetto di accertamento. Esso manca nel caso, ad esempio, di inseguimento in luogo isolato o in determinate circostanze temporali e/o spaziali: si pensi ad un inseguimento di notte in una strada di periferia deserta⁴¹.

Ma, anche quando la fuga determina quel pericolo, va operata qualche precisazione. In primo luogo, ciò che vale per l'inseguito vale per l'inseguitore: anche le forze dell'ordine non devono, in caso di fuga, porre in pericolo l'incolumità di terzi. Talora può essere proprio l'inseguimento a determinare il pericolo: in tal caso bisogna desistere, perché la condotta della polizia non sarebbe proporzionata rispetto al rischio per la vita di terzi innocenti.

In secondo luogo, l'eccesso di velocità o la guida pericolosa o addirittura contromano sono condotte pericolose, sanzionate talora pesantemente in via amministrativa; ma – ovviamente e per fortuna – non è previsto che la polizia stradale possa sparare verso chi guida a velocità eccessiva o in modo pericoloso, per esempio sorpassando in curva, rischiando di ucciderlo!

In ogni caso, sparare al fuggitivo nel corso di un inseguimento, per impedirgli di mettere in pericolo terzi, non rientra tra le condotte necessarie a vincere una resistenza all'autorità, anche se si intendesse tale termine come comprensivo della fuga: e quindi non è applicabile l'art.53 c.p. Per le ragioni già esposte, non si può neppure sparare a rischio di uccidere per fermare taluno allo scopo di elevare una contravvenzione stradale e, quindi, non si può applicare neppure l'art.51 c.p. Invece, la condotta di cui si discute potrebbe rientrare nel soccorso difensivo di terzi, ossia nella legittima difesa di un diritto altrui, qualora ne sussistano i presupposti.

Ciò, naturalmente, non accadrà in ogni ipotesi di guida a velocità eccessiva o di guida pericolosa, neppure contromano; ma soltanto qualora la condotta dia luogo, in concreto, ad un

³⁹ Cfr. ad es. Cass.pen., Sez.IV, 7.6.2000, n.9961, cit., "*Fatto e diritto*", punto 8.

⁴⁰ Cfr. Cass.pen., Sez.IV, 6.2.2003, n.20031, cit.: «...Ed invero, attese le spericolate manovre compiute dai rapinatori e l'alta velocità tenuta nel centro abitato, tale giudizio doveva essere espresso "ex ante" e non "ex post", dal momento che il pericolo di travolgere veicoli e persone era proprio "in re ipsa"».

⁴¹ Per un'ipotesi di esclusione di tale concreto pericolo ad opera della Corte d'Appello di Ancona, confermata in Cassazione, v. Cass. pen., Sez. IV, 2.12.2020, n.35962, cit., *ritenuto in fatto*, punto 2.1, e *considerato in diritto*, punti 2 e 3.

pericolo per l'incolumità di una o più persone che sia "attuale". L'attualità del pericolo è un requisito fondamentale, che non a caso manca del tutto nell'art.53 c.p.; viene richiesto da qualche attento interprete⁴², ma ciò, come ho accennato, non può costituire una garanzia sufficiente in un diritto penale conforme al principio di legalità. Vi è infatti il rischio che il 'pericolo per l'incolumità di terzi' divenga una clausola di stile, superficialmente apposta a giustificazione dell'uso delle armi durante un inseguimento da parte delle forze dell'ordine⁴³.

Certamente, possono esservi ipotesi di pericolo attuale e concreto, come nel caso di un motorino lanciato ad alta velocità in una zona pedonale affollata in pieno centro, che rischi concretamente di investire qualcuno a momenti, oppure della guida contromano in tangenziale, che minacci imminenti collisioni con altri veicoli. In tali ipotesi, se è necessario, il soccorso difensivo può essere giustificato anche se pericoloso per la vita altrui, perché proporzionato al pericolo attuale per l'incolumità di terzi⁴⁴. Ma ciò non rientra nell'uso legittimo delle armi "per vincere una resistenza" all'autorità, bensì nella legittima difesa.

Resta un ulteriore problema delicatissimo, che coinvolge nel giudizio di proporzione profili attinenti al titolo di imputazione soggettiva, presi in considerazione solo da attenta dottrina⁴⁵. Il problema, cioè, se nel giudizio di proporzione debba tenersi conto dell'atteggiamento psicologico dell'aggressore e, per altro verso, se quel giudizio debba mutare secondo che l'agente realizzi la condotta difensiva con dolo o con colpa. Ciò richiederebbe un approfondimento impossibile in questa sede. A mio avviso, anche di fronte ad un'aggressione pericolosa per la vita, necessaria è solo quella condotta che sia sufficiente a fermare l'aggressore, e dunque, nelle situazioni di cui si discute, non l'uccisione intenzionale, ma solo quella che può derivare, sia pure in modo prevedibile ed evitabile e dunque colposo, da una condotta difensiva pericolosa per la vita, ma realizzata senza volontà di uccidere⁴⁶: ad esempio, sparando alle gomme di un autoveicolo.

5. Secondo le considerazioni svolte, l'appartenente alle forze dell'ordine può, non diversamente da chiunque, uccidere il fuggitivo soltanto qualora non si limiti a fuggire, ma realizzi un'aggressione attuale, a lui o a terzi, nei cui confronti sia necessario e proporzionato cagionare la morte dell'aggressore. L'art.53 c.p. non si applica alle ipotesi di mera fuga – cioè, in assenza di qualunque condotta aggressiva posta in essere dal fuggitivo – e può condurre ad esiti problematici nelle altre ipotesi; andrebbe quindi abolito, in modo tale da ricondurre il vaglio circa la giustificazione della condotta del pubblico ufficiale ai presupposti richiesti per l'esercizio di un diritto, l'adempimento di un dovere e la legittima difesa propria o altrui.

L'ambito problematico al quale abbiamo circoscritto l'oggetto dell'indagine è limitato sotto diversi punti di vista: si riferisce ai soli casi di fuga e riguarda soltanto la questione se si possano

⁴² Cfr. E. MEZZETTI, *Usa legittimo delle armi*, cit., 127.

⁴³ Ad es., in Cass. pen., Sez. V, 16.6.2014, n.41038, *ritenuto in fatto*, punto 1, si riporta che la Corte di Appello di Palermo aveva ravvisato l'uso legittimo delle armi in virtù di tale pericolo per i terzi, sebbene la stessa Corte avesse affermato che l'agente aveva imbracciato l'arma «approfittando di un momento di quiete del traffico e della circolazione».

⁴⁴ Cfr. la giurisprudenza della Corte EDU citata da S. ZIRULIA, *Art.2. Diritto alla vita*, cit., 49.

⁴⁵ Alludiamo al magistrale lavoro monografico di G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, cit., *passim*, che coglie ed approfondisce l'intersecarsi, nel bilanciamento d'interessi, di profili oggettivi e soggettivi.

⁴⁶ In tal senso appare orientata la giurisprudenza della Corte EDU, v. S. ZIRULIA, *Art.2. Diritto alla vita*, cit., 43.

giustificare condotte di omicidio e non anche, ad esempio, se sia lecito cagionare lesioni, eventualmente gravi o gravissime, al fuggitivo.

Le tesi che, senza poterle motivare qui ampiamente, mi sento di formulare a tale ultimo riguardo, sono le seguenti:

1) come non è consentito uccidere, così non può essere neppure consentito cagionare lesioni gravi o gravissime per arrestare o fermare colui che fugge. Le ragioni precedentemente addotte in relazione al rapporto tra i beni giuridici in gioco ed alla necessaria strumentalità della condotta all'arresto coprono anche tali ipotesi. Ciò dovrebbe valere pure nei confronti di chi resiste, divincolandosi, ad un arresto: sono inequivocabilmente condotte criminose quelle – purtroppo ricorrenti e denunciate in Italia e all'estero - degli appartenenti alle forze dell'ordine che in tali casi cagionano la morte o lesioni gravi dell'arrestato. E quindi, a maggior ragione ciò vale in caso di fuga;

2) non potendosi applicare l'art.53 c.p. nelle ipotesi di fuga, l'appartenente alle forze dell'ordine che cagioni lesioni al fuggitivo potrebbe essere giustificato nei limiti della legittima difesa qualora perdurasse l'offesa al patrimonio, cioè nelle citate ipotesi di fuga con la refurtiva. Anche in tali ipotesi, a mio avviso, in considerazione della ben diversa rilevanza costituzionale dei beni giuridici in conflitto, non dovrebbero ritenersi proporzionate lesioni gravi o gravissime;

3) nelle restanti ipotesi di morte o lesioni a fronte di una fuga che esponga concretamente ad un pericolo attuale l'incolumità dell'inseguitore o di terzi, oppure nelle ipotesi in cui le lesioni di cui ai precedenti nn.1 e 2 siano lievi, occorre valutare attentamente necessità e proporzione della condotta del pubblico ufficiale.

A questo punto, possiamo prendere in considerazione la questione suggerita dai titoli del paragrafo e del lavoro: quella se incida sulla liceità della condotta dell'appartenente alle forze dell'ordine la giovane età della vittima che fuggiva.

Ebbene, a me pare che una risposta a tale interrogativo sia suggerita dall'elaborazione di Claus Roxin intorno alle cosiddette limitazioni etico-sociali della legittima difesa⁴⁷, che possono valere anche in relazione all'art.51 c.p. e dunque, ad esempio, in rapporto alla facoltà o al dovere di arresto, nella misura in cui anche in relazione a tale scriminante vengono in considerazione valutazioni di necessità e proporzione⁴⁸.

⁴⁷C. ROXIN, *Le 'limitazioni etico-sociali' del diritto di legittima difesa. Tentativo di bilancio*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 243 ss.

⁴⁸ Sul ruolo di giudizi di necessità e proporzione anche nell'art.51 c.p., cfr. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 343, 350-352, che riprendono l'elaborazione di SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 143 ss.; v. pure S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 197-198.

Le norme permissive richiamate dall'art.51 c.p. non prevalgono incondizionatamente sulla norma incriminatrice, ma solo a seguito di un bilanciamento d'interessi: lo mostra, in maniera eloquente, la giurisprudenza in materia di diritto di cronaca, così come quella in materia di cd. picchettaggio e diritto di sciopero. Non si tratta di introdurre, in tali ipotesi, requisiti non previsti dalla scriminante, con effetti *in malam partem*, bensì di riconoscere che la *ratio* dell'art.51 c.p. non può essere intesa nel senso della prevalenza incondizionata della norma permissiva, alla stregua di principi meramente logici di unità dell'ordinamento e specialità – così, per tutti, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., 1228, 1233; ID., *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 182; ID., *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 132 -, bensì nel senso del rinvio al bilanciamento d'interessi. Sul tema, per un'argomentazione più articolata, sia consentito un ultimo rinvio a A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., 451 ss.

Certamente, proprio nel noto carattere di scriminante "in bianco" dell'art.51 c.p. risiede un grave problema di legalità, comprendere il quale presuppone, peraltro, il necessario riconoscimento – tuttora minoritario in dottrina - del ruolo di tale principio nelle scriminanti, di cui si è detto in precedenza.

Com'è noto, secondo Roxin, la legittima difesa si fonda sul principio di autotutela – di un diritto proprio o altrui – e sul principio di difesa del diritto, unitamente a quello di proporzione. Per “difesa del diritto” s'intende il principio secondo cui l'autore del fatto, proteggendo sé o altri, difende pure l'ordinamento giuridico dall'illecito; il che colora la legittima difesa di una funzione di orientamento, individuale e generale. Tuttavia, proprio tale aspetto della legittima difesa viene meno, allorché ci si difende nei confronti di soggetti verso i quali, a causa del loro stato di mente o della loro immaturità, né l'ordinamento, né tantomeno il singolo possono pretendere di svolgere appieno la propria funzione di orientamento, sul piano generale, ma anche individuale, mediante la reazione difensiva. Ciò non vuole dire che in rapporto alle loro aggressioni venga meno l'applicabilità della legittima difesa. Piuttosto, a causa della, quantomeno, ridotta possibilità di orientamento nei loro confronti, la legittima difesa va temperata, moderata; limitando in tal modo la reazione difensiva, l'ordinamento appresta una speciale tutela verso soggetti immaturi a causa della giovane età, o con più o meno carente «capacità di intendere e volere». Per quel che qui interessa, in rapporto ai minorenni ed ai giovani adulti è agevole rinvenire un fondamento costituzionale del temperamento della legittima difesa nella speciale protezione dell'infanzia e della gioventù, sancita dall'art.31 co.2 Cost.

Contenendo la facoltà di legittima difesa per una speciale tutela di soggetti immaturi e/o con capacità ridotta, l'ordinamento assume nei loro confronti finalità di non ulteriore desocializzazione e tende altresì ad orientare i consociati, comunicando un tale messaggio di speciale tutela, di alto valore etico-sociale, che mostra a tutti l'ordinamento come rispettoso dei diritti umani, specialmente dei più deboli.

Tutto ciò si traduce, secondo Roxin, non in limitazioni ultralegali della legittima difesa, che contrasterebbero con il principio di legalità in materia di cause di giustificazione e ridonderebbero oltretutto *in malam partem*; bensì in un particolare atteggiarsi del giudizio di proporzione, che deve tener conto, per quanto qui interessa, della giovane età di chi fugge; anche se, nel fuggire, reagisce aggressivamente all'inseguimento.

Le tre limitazioni proposte⁴⁹, che ritengo di condividere, sono: a) un più ampio obbligo di fuga, che possiamo definire, nella nostra costellazione di casi, obbligo di sottrarsi al conflitto; nelle ipotesi di cui ci siamo fin qui occupati, ciò comporta, ad esempio, desistere da un inseguimento pericoloso per l'incolumità altrui e, nell'ipotesi di un'aggressione durante la fuga, fermarsi piuttosto che rispondere all'aggressione; b) ove necessario, adottare una difesa contenitiva e non aggressiva; cioè cercando ove possibile di trattenere, anziché offendere; c) accettare senza reagire offese minime.

Tali limiti, come ho accennato, possono ragionevolmente applicarsi anche all'art.51 c.p., nelle menzionate ipotesi di arresto e fermo. Essi acquistano rilevanza nei casi in cui è ancora possibile, alla stregua delle conclusioni cui siamo giunti in precedenza, una legittima difesa da parte dell'appartenente alla forza pubblica nelle ipotesi di fuga, nonché nelle ipotesi, che ho richiamato all'inizio del presente paragrafo, di lesione personale.

Certamente, tutto ciò non semplifica il giudizio di proporzione; ma aggiunge un criterio di orientamento alla “mappa”⁵⁰ per il giudice, imposto dalla speciale tutela della gioventù sancita dalla Costituzione. Il poliziotto deve tener conto, prima di sparare, che quello che fugge è ‘solo un ragazzo’.

⁴⁹C. ROXIN, *Le 'limitazioni etico-sociali' del diritto di legittima difesa*, cit., 258.

⁵⁰C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 66.

6. Per evitare ulteriori morti di ragazzi che fuggono, occorre anzitutto abolire l'art.53 c.p. Si tratterebbe di un messaggio chiaro a tutti consociati ed in particolare alle forze dell'ordine, che supererebbe le attuali incertezze applicative, sancendo che si può sparare nei soli limiti, strettamente contenuti, della legittima difesa propria o altrui⁵¹.

Un ulteriore rimedio preventivo, di portata più generale e quindi da riferire ad ogni scontro che coinvolga le forze dell'ordine, è un'adeguata formazione di queste ultime; che deve concernere le 'manovre' volte ad immobilizzare chi cerca di sottrarsi alla forza pubblica – manovre che, com'è tristemente noto, possono essere gravemente pericolose per la vita o l'incolumità altrui - ma anche le situazioni di inseguimento di cui ci siamo occupati, che possono essere altrettanto pericolose.

Ancora, si potrebbe prevedere, in determinate situazioni, l'esclusivo uso di armi o proiettili non pericolosi per la vita.

Un ordinamento che fa tutto il possibile per tutelare la vita e l'incolumità della persona, in particolare dei soggetti più bisognosi di tutela, riponendo la massima attenzione nel limitare la facoltà delle forze dell'ordine di usare legittimamente le armi – non solo nelle ipotesi di fuga, ma più in generale, come ho accennato - dimostra a tutti i consociati di rispettare i diritti fondamentali della persona ed afferma in tal modo la superiorità dei propri valori. Un tale messaggio di umanità risulta di vitale importanza allorché si tratta di aggregare consensi intorno all'ordinamento, in contesti caratterizzati da grave disagio socioeconomico e culturale e da una forte presenza di criminalità, specie organizzata; essa tende a sua volta ad aggregare consensi verso modelli di comportamento lesivi della vita e dell'incolumità altrui, screditando l'ordinamento giuridico come non rispettoso dei diritti fondamentali.

Quel messaggio di umanità dell'ordinamento è, quindi, in un certo senso, il miglior 'murale' contro la criminalità.

⁵¹ Una disposizione quale l'art.53 c.p. è assente in altri ordinamenti europei, ove l'uso legittimo delle armi è ricondotto all'adempimento di un dovere o alla legittima difesa, cfr. E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, cit., 126.

Pornografia minorile e repressione penale al tempo dei *social media* e messaggistica istantanea. Quando il minore è “autore” del reato

MARIO D'AMATO

ABSTRACT

The scope and application effectiveness of a rule, art. 600-ter of the Criminal Code, analyzed in the light of recent jurisprudence and the finest doctrine, to highlight a concrete risk: a legal framework coined to defend and protect the minor risks being a terrible punctual instrument of the same.

SOMMARIO: 1. La pornografia minorile come forma di pedofilia, tra giudizio morale e reazione penale, al tempo dei social network e delle cd. “*social app*”. - 2. Breve *excursus* normativo e perimetrazione della *ratio legis* anti-pedofilia: dalla legge del 3 agosto 1998, n. 269, al recepimento della Convenzione di Lanzarote. - 3. Alla ricerca del bene giuridico tra 10 possibili figure di pedo-pornografia. - 4. Dalla nozione di sfruttamento alla “utilizzo” del minore da parte del minore. Il modello comunicativo e fenomeno socio-culturale al tempo della cd. *network society*. - 5. Il minore che presta il consenso può definirsi “utilizzato”? Il caso di costume cd. *sexting*. - 6. Osservazioni conclusive.

1. Non vi è dubbio che il tema della pedofilia negli anni recenti, sia per le implicazioni e attenzioni di carattere sociale, e sia per gli “scandali ecclesiali” sbandierati in prima pagina sui quotidiani di mezzo mondo, è tra i più dibattuti e attenzionati non soltanto dalla dottrina penalistica, ma dai *mass-media* e dalla stessa pubblica opinione. La ragione di ciò è anche da ravvisarsi non solo nella confusione definitoria, ma anche nella inevitabile sovrapposizione di valutazioni di carattere etico, di giudizi troppo spesso moraleggianti, e scelte normative penalizzanti la cui tenuta costituzionale è da tenere pur sempre sotto la copertura dei principi generali¹.

Per quanto attiene alla questione definitoria, ad esempio, e senza considerare le innumerevoli problematiche che da essa si avvicinano sotto il profilo dell’approccio criminologico, piuttosto che meramente penalistico, la pedofilia è letteralmente definita come una «perversione sessuale, caratterizzata da attrazione erotica verso i bambini, indipendentemente dal loro sesso», ove per “perversione” deve intendersi «deviazione, allontanamento dalle norme morali e sociali riconosciute e condivise; *est.*., qualsiasi modificazione in senso ritenuto deteriore, patologico, di un processo psichico, di un sentimento o comportamento, di una tendenza istintiva»².

¹ Si veda, ad esempio, la proposta di legge A.C. 272/18, presentata il 23 marzo 2018, assegnata alla II Commissione Giustizia in sede Referente, ed intitolata “*Introduzione del trattamento farmacologico di blocco androgenico totale a carico dei condannati per delitti di violenza sessuale*”, con cui si prevede la cd. “castrazione chimica” per i soggetti connotati per i fatti di cui al codice penale agli artt. 609-bis (Violenza sessuale), 609-quater (Atti sessuali con minorenne), 609-quinquies (Corruzione di minorenne).

² In *Vocabolario della lingua italiana*, Treccani, <http://www.treccani.it/vocabolario/>

Dunque, il pedofilo è colui che prova una forte attrazione erotica nei confronti dei bambini e degli adolescenti, a prescindere dal sesso maschile o femminile di questi. Da qui il nodo gordiano da sciogliere: è bastevole una la spinta erotica attrattiva verso bambini per definire illecita una perversione, o in maniera più neutra, una propensione, e dunque predisporre una tutela penale, *rectius* reazione penale? Quali sono i soggetti da tutelare in ragione dell'età, tenuto conto anche del riconoscimento della libertà di autodeterminazione sessuale; e pertanto il consenso eventualmente prestato dal minore, rileva nella sua portata giustificatrice?

La questione della tutela penale, letta anche alla luce delle premesse fatte, si complica notevolmente ove si consideri la possibilità di accavallamento delle ipotesi in cui sia il minore autore di attenzioni perverse, nei termini suddetti, su soggetti infra-quattordicenni compiacenti; così come la risposta penale, ad oggi predisposta dalle norme del codice per i fatti contro la persona\lità del minore - vedasi il fenomeno socialmente diffuso delle cd. baby prostitute "consenzienti" - risulterebbe inopportuna se non, a tratti, criminogena.

Il dato si complica *a fortiori*, vulnerando non poco il principio di determinatezza, ove si consideri che non vi è una definizione normativa di "atto sessuale", e soltanto nel 2012 si è giunti alla tipizzazione della nozione di "pornografia minorile", con tutti i limiti in termini di necessaria lesività più volte sottolineati in dottrina³.

Traducendo il termine "pedofilia", dunque, alla stregua di "atto sessuale su minore", si commetterebbe quindi un errore metodologico in chiave interpretativa, che potrebbe determinare una importante distorsione della tutela penale cui sono predisposte le norme a tutela della libertà individuale; e ancor di più, ove si accettasse l'idea che essere pedofili in sé rappresenterebbe un reato, aprendo le porte alla perseguibilità per "tipo di autore", quale sbiadito ricordo di tempi passati e tristi già vissuti e mai troppo lontani⁴.

Ecco perché nella materia *de qua* occorre avere la consapevolezza che i traccianti di criminalizzazione delle condotte non sono fissi nel tempo e sono sempre più ancorati alla sensibilità e coscienza sociale, e all'etica di un determinato popolo, e quindi di riflesso del legislatore. Non deve infatti stupire che le stesse carte internazionali, ad esempio la stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, oppure il Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali del 1966, se da un lato riconoscono come intangibili ed inalienabili i diritti al rispetto della vita privata e familiare, della libertà di pensiero e di coscienza e di religione, della libertà di espressione, e il diritto a non essere molestato per le proprie opinioni, dall'altro rimettono ai singoli Stati il potere di imporre restrizioni

³ Per effetto dell'art. 4, l. n. 172/2012, si è aggiunto l'ultimo comma all'art. 600-ter c.p., per cui: «Ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali.»

⁴⁴ Vedasi art. 609-quarter. I codice penale, che in barba al principio di offensività, non ha mai trovato apprezzamento da parte della dottrina, e men che meno applicazione da parte dei giudici, secondo cui è punibile il commercio, la produzione e la detenzione di material pedo-pornografico anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse. Per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali.

e limitazioni agli stessi diritti e libertà proclamati come *magna*, qualora necessario per la salvaguardia o la protezione della morale pubblica⁵.

È proprio su tale assunto che non deve sorprendere se il codice penale tedesco, fino ai tempi recenti, puniva i comportamenti e le pratiche omosessuali, mentre quello italiano, contrariamente, “tollerava” come penalmente lecite le condotte pederastiche.

Dunque, pur volendo ragionare nei termini per cui la pedofilia debba essere ricondotta unicamente alle azioni di “abuso sessuale” sul minore, nei termini di sfruttamento o comunque utilizzazione dello stesso quale oggetto pedopornografico, ci si interroga se è sempre opportuno partire dalla coloritura normativa per cui essi, i minori, debbono essere considerati come soggetti deboli, e non in grado di autodeterminarsi liberamente dal punto di vista sessuale.

Se è così, però, e se è anche vero che «La Repubblica ... protegge l’infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tali scopi» (art. 31, comma 2, Cost.), e che propria dello stato sociale di diritto è la funzione risocializzante o non de-socializzante della pena, allora bisogna tenere in ferma considerazione “la debolezza e immaturità minorile” anche qualora ad essere autore di un atto lascivo e violatore della sfera pudende di un fanciullo sia un soggetto minore. Viceversa si correrebbe il rischio di creare delle contraddizioni di principio e normative intrinseche alla stessa disciplina posta a tutela del minore, e nei limiti in cui non vi sono delle chiare differenziazioni di posizione tra autore e vittima di un reato, nelle situazioni “*in limine*”, si rischierebbe di violare il principio di uguaglianza e solidarietà.

A ben vedere, proprio la lettura delle fonti internazionali e costituzionali palesa un *vulnus* normativo relativamente alla endiadi “minore e pedofilia”, nel senso che, per strutturazione dell’ordinamento penalistico, la legge penale non può poggiare sulle locuzioni quali “adolescente”, “fanciullo” o “bambino”, utilizzate in norme altre da essa, ma a cui la legge penale si ispira, sia per la presenza degli artt. 97 e 98 c.p., sia per la palese inosservanza del principio di determinatezza cui dette espressioni generiche e soggettivizzanti inevitabilmente rimandano.

Per di più, mentre la legge contro la violenza sessuale costruisce diverse fasce di “minore età”, gradando i relativi limiti edittali verso il basso in ragione dell’aumento dell’età del minore “persona offesa”, nulla di ciò si scorge nella normativa introdotta con la legge 3 agosto 1998, n. 269, ove agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*.1, 600-*quinques*, c.p., indistintamente si indicano “minori degli anni diciotto”⁶.

Sinceramente, ben poca tenuta giustificativa sembra ricevere la generica asserzione per cui, nel caso di minore-autore di fatti pedopornografici, soccorrono le norme generali di cui all’art. 97 e art. 98 c.p., oltre che, sotto il profilo processuale, è predisposto un apposito ed autonomo processo penale, innanzi ad organi giurisdizionali *ad hoc*, soprattutto lì dove si compari la disciplina approntata

⁵⁵ In particolare, vedasi il comma secondo degli articoli 8, 9, 10, 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ed anche l’art. 19, comma 3, *lett. b)*, del Patto internazionale dei diritti economici e sociali del 1966, ratificato in Italia con l. n. 881\1977.

⁶ Tale soluzione legislativa, che fissa l’illiceità penale delle condotte sulla base di un medesimo livello anagrafico della persona offesa, addirittura ignorando apertamente il caso in cui “autore fosse un minore”, è stata da subito criticata in dottrina; sul punto, M. MELLINI, *Pedofilia: la nuova emergenza*, su www.agora.it; A. CADOPPI, *Commento all’art. 1 L. pedofilia*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 2002, 489 ss.

per i fatti di pedo-pornografia “tra minorenni” con quella degli atti sessuali “tra minori”, e per cui è appositamente prevista la causa di non punibilità *ex* comma 4 dell’art. 609-*quater*, c.p.⁷

2. Gli anni Novanta sono stati pingui di interventi legislativi e novelle contro la violenza e lo sfruttamento sessuale in particolare dei minorenni. Infatti, trascorsi solo due anni dalla legge del 15.02.1996 (norme contro la violenza sessuale), che ha dedicato al minore vittima di violenza un rinnovato e complesso sistema di tutela, con l’inserimento nel codice penale degli articoli dal 609-*bis* al 609-*dieces*, sospinto dagli inaccettabili fatti di cronaca e dalla sempre più crescente indignazione pubblica, il legislatore è intervenuto seccamente a contrasto del fenomeno dell’abuso minorile e, con la legge del 3.08.1998 n. 269, ha introdotto il pacchetto di «norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù». Con essa infatti, a mezzo di una esemplare annunciazione programmatica e dai toni solenni, si è affermato che «la tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e di violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, costituisce obiettivo primario perseguito dall’Italia»⁸. È chiaro l’alto valore simbolico di tale obiettivo, che diventava la concretizzazione della proclamazione internazionale dei principi di cui alla Convenzione sui diritti del fanciullo⁹ e alla dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma sull’abuso sessuale dei bambini a fini commerciali, adottata il 31.08.1996¹⁰. Insomma, come fatto notare da attenta dottrina, con la legge n. 269/98, nota come “Legge anti-pedofilia”, il legislatore italiano si inseriva in un canale di lotta internazionale allo sfruttamento sessuale dei minorenni, annunciando una aperta “guerra al pedofilo”, che bene sintetizzava il malumore ed il disgusto sociale verso tali pratiche sessuali, e che fortemente influenzarono la politica criminale di quegli anni: intervenire urgentemente per contrastare, attraverso sanzioni severissime, tutti i comportamenti di sfruttamento sessuale di fanciulli; la prostituzione minorile; la commercializzazione del materiale pedo-pornografico e, generalmente, ogni forma di mercificazione di abusi sessuali di soggetti minorenni¹¹.

⁷ Art. 609-*quater*, comma 4, c.p. «... Non è punibile il minorenni che, al di fuori delle ipotesi previste nell’articolo 609-*bis*, compie atti sessuali con un minorenni che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni».

⁸ Così art. 1, l. n. 286/98.

⁹ Si rammenta la partecipazione dell’Italia al Consesso internazionale, tenutosi a New York, 20.11.1989, e provvedimento di ratifica dei rispettivi accordi con legge del 27.05.1991 n. 176.

¹⁰ Il tema dell’abuso e dello sfruttamento dei minori è stato uno dei primi cui la Commissione parlamentare per l’Infanzia ha dedicato i suoi lavori. Infatti, poco dopo la sua costituzione, nel dicembre 2001, la Commissione ha deliberato l’avvio di una specifica indagine conoscitiva. Inoltre, una delegazione della Commissione ha partecipato attivamente ai lavori del Secondo Congresso mondiale contro lo sfruttamento sessuale dei minori a scopo commerciale, svoltosi a Yokohama dal 17 al 20 dicembre 2001. Una indagine criminologica condotta da UNICEF e Federazione Internazionale di Terre des Hommes, i cui dati sono stati poi resi pubblici al III Congresso Mondiale contro lo Sfruttamento Sessuale di Bambini e Adolescenti, tenuti a Rio de Janeiro il 2008, ha messo in evidenza che circa 1,8 milioni di bambini nel Mondo sono intrappolati nelle reti del commercio sessuale, nelle sue diverse declinazioni di turismo a scopo sessuale e pedo-pornografia. In Italia, dai dati del Ministero dell’interno, Direzione Centrale della polizia criminale, risalenti al 2008, è emerso che i minori vittime di abuso sessuale sono 389 per violenza sessuali, 373 per atti sessuali con minore, 168 per corruzione di minorenni, 127 per prostituzione minorile, 329 per pornografia minorile.

¹¹ A. CADOPPI, *Commento pre-art. 600-bis ss c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 2006, p. 64 ss.

Proprio per rintuzzare con fermezza il complesso fenomeno della pedofilia, nel 1998 non si è approntato un monotematico sistema normativo teso alla sola intimidazione e repressione, ma a largo spettro si è intervenuti sul procedimento penale e le modalità di investigazione¹²; rafforzamento delle attività di contrasto; disposizioni pubblicitarie; istituzione di appositi fondi; specializzazione delle forze di polizia giudiziaria; e per segnalarne forse la improrogabile necessità, la previsione della entrata in vigore il giorno successivo a quello della pubblicazione in Gazzetta¹³, senza l'ordinario periodo di *vacatio*, ex art. 73 comma 3 Cost., come sarebbe sembrato opportuno trattandosi per di più di norme punitive¹⁴.

Che la portata del fenomeno normativo avesse qualcosa di “specialmente sentito”, si è colta subito nell’atteggiamento della maggioranza della dottrina del tempo, che, contrariamente ad altri casi passati, pur prendendo le distanze sulla novella segnalando da subito qualche *vulnus*¹⁵, non si è approcciata al tema con distacco critico volto ad ottenere quanto prima i cambiamenti e le modifiche che le manchevolezze normative avrebbero preteso, ma da subito ha cercato di suggerire spunti interpretativi che, senza attendere le pur necessarie correzioni legislative, avessero condotto *ad horas* a soluzioni ermeneutiche auspicabili ed accettabili, proprio in considerazione della particolare tutela e delicatezza sociale che i beni in questione rivestivano alla luce dello spirito personalistico e della solidarietà costituzionale, con la prospettiva e la speranza che lo stesso legislatore avesse poi colto da quegli spunti dottrinali l'essenza per eventuali altri interventi normativi in tema di pedofilia, ponendoli anche a fondamento dei settori ad essa affini, seppur non protagonisti immediati della novella del 1998¹⁶.

Considerata la portata crescente del fenomeno criminale e l'inadeguatezza dimostrata dal sistema penale a fronteggiarlo, il legislatore alcuni anni dopo, quasi rimettendosi in scia con gli errori del passato, ha deciso di riaffrontare l'argomento pedofilia; in special modo, come se la storia non avesse insegnato nulla, lo affrontò principalmente dal punto di vista processual-penalistico, approvando la legge 6.02.2006, n. 38.

Dopo circa dieci anni dall'entrata in vigore delle norme anti-pedofilia, il Parlamento ha avuto l'occasione di ritoccare le disposizioni normative *de quibus*, specie accogliendo i più autorevoli indirizzi giurisprudenziali¹⁷, e contributi dottrinali, e per quella via ridurre l'eccessiva ampiezza della portata normativa e garantire maggiormente il rispetto del principio di legalità, *sub specie*

¹² V. artt. 11, 12, 13 l. n. 269/98.

¹³ Avvenuta in G.U. n. 185 del 10.08.1998.

¹⁴ Intervento normativo complesso e che necessita di essere analizzato in maniera unitaria per coglierne interamente la *ratio* sottostante; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, 2016, 12 ss.

¹⁵ Vi è stato anche chi, pur apprezzando lo sforzo del Legislatore, non ha potuto fare a meno di criticare negativamente i risultati conseguiti in ragione degli obiettivi prefissati. Così, A. CADOPPI, Art. 1, Modifiche al codice penale, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 2002, 499 ss., che rileva l'incongruenza tra le premesse alla lotta agli “abusi” e “sfruttamento” a fronte di norme prodotte che andavano indubbiamente oltre tali obiettivi, ma ancor più l'A. rileva senza mezzi termini un “altro errore” del legislatore, il quale «ha dato per scontato che per i fatti da punire - così terribili - fossero quelli che aveva in mente, ma non ha ritagliato le fattispecie secondo tale modello criminologico ... non ha fatto quello che un buon legislatore deve fare ... partire dal fenomeno da contrastare, e costruire fattispecie ben modellate su tale fenomeno, in ossequio ai principi di offensività, determinatezza frammentarietà ed *extrema ratio*».

¹⁶ Il riferimento è alla materia della immigrazione e del diritto di asilo, specie se ad oggetto minori, così come alla delicata materia in tema di tratta di persone; B. ROMANO *cit.*, 33, spec. note da 75 a 78.

¹⁷ Il riferimento dell'epoca è la sentenza Cass. pen. sez. Unite, del 5/07/2000, n. 13, Bove, che si è posta come sentenza pilota per oltre un decennio (vedi *infra*).

determinatezza, e offensività. Al contrario, purtroppo, ha deciso, nel 2006, di estendere ulteriormente la portata punitiva ed i confini normativi delle fattispecie allora esistenti, anche su impulso da parte delle istituzioni U.E.¹⁸; ma non è il caso in questa sede di approfondire la questione, considerato il superamento della disciplina dell'epoca. Sinteticamente, fra le principali novità, da tenere in considerazione ai fini del mutamento della tipicità della fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p., la sostituzione, al primo comma, del termine più restrittivo di "sfruttamento" con quello più ampio – e indeterminato – di "utilizzazione", e contestualmente l'introduzione dell'incriminazione della "pedo-pornografia virtuale" all'art. 600-quater.1 c.p. La *ratio* incriminatrice portante della novella era sempre la medesima: «combattere, con assoluto rigore, fenomeni criminosi che integrano gravissime violazioni del diritto fondamentale di ogni minore ad una crescita, un'educazione ed uno sviluppo sereni ed armoniosi»¹⁹, prevedendo norme ancora più efficaci(?), nonché adeguate alle nuove modalità informatiche di commissione di tali reati.

Il 23.10.2012, è entrata in vigore la legge 1.10.2012, n. 172, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei bambini contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale, meglio nota come "Convenzione di Lanzarote", dopo una intensa attività di negoziato sin dal 2006 tra i diversi Stati, che l'Italia ha sottoscritto il 7.11.2007.

La Convenzione è uno strumento giuridico internazionale con cui gli stati firmatari si sono solennemente impegnati a prevenire e criminalizzare ogni forma di sfruttamento sui bambini, pretendendo l'obbligo in capo ai sottoscrittori di garantire una soglia minima di tutela penale molto elevata, innalzando notevolmente lo *standard* di protezione dei minori.

La legge con cui si è ratificata in Italia la Convenzione ha importato una serie di significative modifiche al codice penale, e non solo, che hanno influito direttamente e indirettamente sulla portata della norma di cui all'art. 600-ter c.p., introducendo la punibilità di nuove condotte, e finalmente risolvendo per via normativa ciò che era stato da oltre un decennio cruccio e prerogativa dell'interprete: la definizione di "pornografia minorile" ai fini della legge penale²⁰.

Le principali novità introdotte con la novella del 2012, e di cui debba darsi atto per meglio inquadrare la tipicità, o forse è meglio dire "le tipicità", cui l'art. 600-ter c.p. richiama astrattamente, possono essere sintetizzate nel modo seguente: 1) per effetto dell'art. 602 quater c.p., si estende il principio di inescusabilità dell'ignoranza inevitabile dell'età della persona offesa alla pornografia minorile e tutti i delitti compresi nella sezione I, capo III, titolo XII, della parte speciale del codice

¹⁸ A livello UE si ricorda la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio che costituisce un primo tentativo di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, affinché siano qualificate come reato le forme più gravi di abuso e sfruttamento sessuale di minori; sia più esteso possibile l'ambito di giurisdizione nazionale al contrasto della pedofilia; e assicurato un livello minimo di assistenza alle vittime. Anche se in generale le sue prescrizioni sono state attuate, la decisione quadro presenta diversi limiti: ravvicina le normative soltanto per quanto riguarda un numero limitato di reati; non si occupa delle nuove forme di abuso e sfruttamento che si avvalgono delle tecnologie informatiche; non elimina gli ostacoli all'azione penale al di fuori del territorio nazionale; non va incontro alle esigenze specifiche delle vittime; non prevede misure adeguate per prevenire i reati.

¹⁹ Relazione al Disegno di legge n. 4599 del 13.1.2004, 2.

²⁰ La soluzione adottata dal Legislatore nazionale sul punto richiama molto la definizione contenuta nel Protocollo opzionale alla Convenzione ONU per i diritti del bambino, e comunque si stabilisce all'art. 600-ter comma 7 c.p. «... per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali». Sulle novità introdotte nel 2012, A. MARI, *Le principali novità introdotte dalla legge attuativa della convenzione di Lanzarote*, in *Cass. pen.*, 2012.

penale; 2) viene introdotto il reato di adescamento di minorenni con l'inserimento dell'art. 609-*undecies* c.p., ritendo punibili, dunque, le condotte lusinghiere o artificiose volte a carpire la fiducia di un minore, anche attraverso il *web* (cd. *grooming*)²¹; 3) il raddoppio dei termini prescrizionali; 4) l'inserimento all'art. 414-*bis* c.p., del delitto di istigazione a pratiche di pedofilia e di pedo-pornografia (ribattezzato pedofilia e pedo-pornografia cd. "culturale"); 5) la speciale ipotesi di aggravamento nel fatto associativo, ex art. 416 co. 7 c.p., se finalizzato all'abuso e sfruttamento sessuale del minore; 6) inasprimento delle pene per il reato di corruzione di minorenne, all'art. 609-*quinquies* c.p.; 7) l'inserimento del comma 6, art. 600-*ter* c.p., che punisce il solo fatto di assistere a spettacoli pornografici in cui sono coinvolti minori degli anni 18; 8) la previsione del cd. "trattamento psicologico" del condannato per reati sessuali²², specie se in danno di minori²³; 9) l'opportunità per le vittime dei reati in parola di essere assistite, in ogni fase del procedimento giudiziario, dal supporto psicologico di operatori specializzati²⁴.

²¹ Sostantivo che letteralmente significa: adescamento sessuale di minori attraverso *internet*, Devoto Oli, 2014. L'influenza anglo-americana sulla definizione semantica di tristi fenomeni sociali, che vedono spesso i minori quali vittime di reati sessuali, ha fortemente e pericolosamente influenzato lo stesso legislatore nazionale ed il lessico usato nelle aule giudiziarie, mutuando parole quali: *stalking* (persecuzione), *cyberbullying* (da *cyber*- primo elemento di parole composte della terminologia informatica, e *bullying*: bullismo virtuale, compiuto mediante la rete telematica dove bullismo è un atteggiamento di sopraffazione sui più deboli, con riferimento a violenze fisiche e psicologiche attuate spec. in ambienti scolastici o giovanili), *sexting* (dalla fusione di *sex* e *texting*: scrivere messaggi, invio di messaggi, immagini o video a sfondo sessuale o sessualmente espliciti tramite dispositivi informatici portatili o fissi); *snapchatting* (usare quella applicazione che permette di chattare con altre persone inviando loro delle immagini che rimarranno visibili per un lasso di tempo da 1 a 10 secondi).

²² Si tratta della "categoria di autori" definiti cd. *sex offender*, purtroppo etichetta generalista dei reati sessuali, che possono assumerne le forme più differenti e disparate di manifestazione. Come è stato fatto giustamente notare, tale stigma oltre a porre seriamente in pericolo i condannati per tali reati durante il regime inframurario, segnando la persona e non la condotta posta in essere, ha un valore fortemente denigratorio e ai fini del reinserimento sociale, una volta scontata la pena, risulta essere detto "marchio" fortemente ostativo al pieno godimento dei diritti civili, svilendo, per tale strada, la funzione assegnata alla pena dalla nostra Costituzione (A. SERGI, in *Giur. pen.*, 2019, 12).

²³ Nella fattispecie dei reati sessuali anche per i *sex offender* condannati, deve essere predisposta l'osservazione scientifica della personalità del detenuto, con il fine di predisporre un trattamento rieducativo "individualizzato" e formulato alla luce di una attenta e scrupolosa osservazione della personalità. Si rammenta che l'art. 13, Ord. Penit., prevede «Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e prosegue nel corso di essa. Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni di merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione. Le indicazioni generali e particolari del trattamento sono inserite, unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, nella cartella personale, nella quale sono successivamente annotati gli sviluppi del trattamento praticato e i suoi risultati. Deve essere favorita la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento». Si tenga presente per effetto delle modifiche intervenute recentemente con legge 19.07.2019, n. 69, è stato modificato l'art. 13-*bis* Ord. Penit., per cui «Le persone condannate per i delitti di cui agli articoli [600-bis](#), [600-ter](#), anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo [600-quater.1](#), [600-quinquies](#), [609-quater](#), [609-quinquies](#) e [609-undecies](#) del codice penale, nonché agli articoli [572](#), [583-quinquies](#), [609-bis](#), [609-octies](#) e [612-bis](#) del medesimo codice, possono sottoporsi a un trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno. La partecipazione a tale trattamento è valutata ai sensi dell'articolo [4-bis](#), comma 1-*quinquies*, della presente legge ai fini della concessione dei benefici previsti dalla medesima disposizione: 1-*bis*. Le persone condannate per i delitti di cui al comma 1 possono essere ammesse a seguire percorsi di reinserimento nella società e di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati, organizzati previo accordo tra i suddetti enti o associazioni e gli istituti penitenziari».

²⁴ Si ricorda che, per effetto della L. n. 38/2009 (e delle successive modificazioni), ex art. 76, comma 4-*ter*, T.U.S.G., «La persona offesa dai reati di cui agli articoli 572, 583-*bis*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis*, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli articoli 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*quinquies* e 609-*undecies* del codice penale, può essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato anche in deroga ai limiti di reddito

3. Le tanto richieste ed avvenute modifiche al codice penale per il contrasto alle forme evidenti e latenti di pedofilia, dal punto di vista della tecnica legislativa, sono state effettuate secondo quello che è il fenomeno della cd. aggiunta normativa, che consiste nell'impiantare in istituti già presenti nuove norme incriminatrici. In casi siffatti, il rischio interpretativo a cui si va incontro, specie alla luce dell'art. 2 c.p., è quello di stabilire se la novella impiantata nel tessuto normativo del codice sia di portata innovativa, o piuttosto si sia al cospetto di figure solo "apparentemente" sconosciute²⁵. Valutazione circa la correttezza della specifica collocazione sistematica che si poggia, chiaramente, sulla verifica della corrispondenza dell'effettivo bene giuridico che intende tutelarsi. È su questo terreno che si staglia uno dei grossi punti di contrasto tra dottrina e giurisprudenza, che se già nel 1998 sembravano prospettare una difficile la riduzione ad *unum* delle opinioni sulla *quaestio*, con gli anni a venire, specie in dottrina, il dibattito non si è certamente assopito, anche perché sostenere, genericamente, che tutte le nuove norme fossero unificate dalla identità del bene tutelato «rappresentato dalla integrità fisica e psicologica del minore»²⁶ non portava soddisfazioni il più delle volte accolte, vista la sua portata troppo generalizzata e indeterminata²⁷.

Il tema, però, per la densità e vastità di osservazioni di cui necessita, non può essere oltremodo oggetto di analisi in questa sede. Invero, i problemi già sono tanti e non facilmente risolvibili ove si miri a trovare la medesimezza di bene giuridico nelle diverse "micro" fattispecie di cui si compone la macro norma ex art. 600-ter c.p., attraverso una necessaria operazione di sintesi²⁸.

previsti dal presente decreto», proprio con la dichiarata finalità di rimuovere ogni possibile ostacolo (anche economico) che possa disincentivare un soggetto, già in condizioni di disagio, ad agire in giudizio (sul punto, Cass. Pen., n. 13497/17).

²⁵ Da subito perplesso circa la correttezza e corrispondenza sistematica del nuovo archetipo normativo anti pedofilia, segnalando anche il rischio che le «... nuove incriminazione appaiono per di più frammentate dal ricorso al metodo casistico» è V. PATALANO, *Il Ddl anti-pedofilia cerca il consenso ma "chiede troppo" al diritto penale*, Guida al diritto, 1998, n. 27, 9.

²⁶ Su tali base interpretative è stata favorevolmente apprezzata la collocazione sistematica delle nuove norme, G. FLORA, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Studium Juris*, 1999, 730; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 l. 3.08.1998, n. 269*, in *Leg. pen.*, 1999, 55.

²⁷ Contra, c'è invece chi in dottrina, pur ravvisando un raccordo tra le norme in parola giacché il collante è la difesa della "sessualità" del fanciullo, ha fatto notare come «la salvaguardia della integrità fisica e psicologica del minore rappresentano un costante richiamo in tutte le norme volte alla sua tutela e sparse qual e là nel codice penale», pertanto inadeguato a porsi come "bene" giuridico assolutizzante; B. ROMANO, *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *Dir fam. e pers.*, 1998, 1135.

²⁸ Per facilità di seguito si riporta la norma, ex art. 600-ter c.p., come aggiornata dalla l. n. 172/12, per cui: «E' punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque: 1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico; 2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto). Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire cinque milioni a lire cento milioni. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164. Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità. (Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000. Ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali.

Infatti, per individuare il bene giuridico tutelato dalle fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p., collocato tra i delitti contro la persona, in particolare contro la personalità, può prendersi le mosse dall'art. 1, l. n. 269/98, ove testualmente si mira alla «... tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e di violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, che costituisce obiettivo primario perseguito dall'Italia».

Verso la ricerca dell'interesse tutelato, *ad excludendum*, può con certezza desumersi che sicuramente non sono oggetto della tutela la moralità pubblica ed il buon costume²⁹. Infatti, la norma non è finalizzata a proteggere beni cd. vaghi, o di scarsa afferrabilità, o per evitare che la proiezione\diffusione\osservazione delle immagini di parti pudendi, o pedo-pornografiche turbi il pudore sessuale dell'osservatore causandone nausea e disgusto, o comunque per non aizzare istinti e appetiti sessuali malsani, ma invero tendere a proteggere la formazione della personalità e l'integrità fisica del minore da gravi fatti di sfruttamento sessuale. Approfittamento sessuale che, in considerazione della particolare vulnerabilità e fragilità del minore, è tendenzialmente equiparabile ad una riduzione in schiavitù o ad una sua sottoposizione in condizioni di soggezione³⁰.

Su queste osservazioni c'è chi sostiene, pertanto, che il bene tutelato dall'art. 600-ter c.p. possa essere generalmente individuato «nella personalità del minore intesa nella sua interezza», che tenderebbe a pervadere l'intero spettro della fattispecie³¹; e chi invece ritiene che la complessa articolazione della norma *de qua* comporti l'individuazione di diversi oggetti di tutela, non sempre addizionabili o sovrapponibili tra loro. È pertanto necessario procedere alla individuazione differenziata della tutela degli interessi volta per volta in gioco, con riferimento ai diversi commi, *alias* sotto-fattispecie, di cui si compone l'art. 600-ter c.p.³²

Secondo la maggioranza della dottrina, infatti, il legislatore avrebbe introdotto almeno dieci ipotesi di reato differenti, tra loro assai eterogenee sia sul piano della tipicità che su quello dell'intrinseco disvalore della condotta, tanto da risultare, per qualche caso ed in ragione di tale differenziazione, irragionevole e costituzionalmente illegittima l'equiparazione delle stesse fattispecie in ragione del medesimo regime edittale previsto per alcune di esse.

Le fattispecie sono elencate secondo una vera e propria costruzione gerarchica, in ragione dei limiti di pena previsti; nella medesima norma si ritrova dalla più grave ipotesi, rivolta alla mercificazione del corpo del fanciullo – mediante utilizzo diretto del minore e volto alla produzione di materiale porno –, sino alla semplice cessione a titolo gratuito di immagini pedo-pornografiche³³.

²⁹ Così S. DELSIGNORE, *Mercificazione della persona e delitti di pedo-pornografia minorile- Una tutela per la dimensione interiore ed esteriore per la personalità in divenire del minore*, in AA.VV., 2008, 28 e 35; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, 2008, 411 ss.

³⁰ Più accuratamente, specifica S. DELSIGNORE, *op. cit.*, p. 38, «il bene salvaguardato, la protezione della personalità del minore, ... può ulteriormente essere suddiviso in due distinti interessi: la protezione della personalità in divenire nella sua dimensione interiore (psicologica o morale) e nella sua dimensione esteriore (relazionale o sociale)».

³¹ G. FLORA, *op. cit.*, p. 729. Per F. MANTOVANI, *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedo-pornografia minorile*, 2006, 156, l'oggetto privilegiato della tutela è il senso di pudore dei minori quale facilmente compromettibile.

³² Sul punto, da sempre critico verso le tesi che tendono a individuare una oggettività giuridica unitaria e complessiva del 600-ter c.p., A. NATALINI, *Pornografia minorile e chat line: rilevanza penale e spunti problematici della pedofilia telematica*, in *Giur. it.*, 2003, 548; A. CADOPPI I, *op. cit.*, 2006, 51 ss., ove l'A. affronta ampiamente il tema.

³³ A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale - Parte Speciale Vol. II: I reati contro la persona*, 2017, 177-182.

Schematizzando la composizione dell'art. 600-ter c.p., è possibile individuare cinque macro fattispecie, ognuna delle quali presenta delle peculiarità oggettive a sua volta.

Il comma 1, art. 600-ter c.p., in effetti, potrebbe dirsi composto di ben quattro distinte ipotesi delittuose autonome, considerata la loro portata: la realizzazione o esibizione di spettacoli pornografici utilizzando minori; la produzione di materiale pornografico, utilizzando minori; il reclutamento o l'induzione di minori a prendere parte a *show* dal contenuto erotico; la percezione di ogni tipo di profitto derivante dagli spettacoli che coinvolgono minori in atteggiamento corporeo pudende.

Il secondo comma prevede una sola fattispecie: la commercializzazione di tutto il materiale pedopornografico prodotto in uno dei modi indicati nel primo comma.

Il terzo comma si compone di due fattispecie (che, a ben vedere, a loro volta potrebbero suddividersi in diverse altre sotto-fattispecie): la distribuzione, divulgazione, diffusione e pubblicizzazione del materiale pedopornografico realizzato nei modi di cui al comma 1; la distribuzione e divulgazione di notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale dei minori.

Al quarto comma, *post* novella del 2012, si ritrovano due fattispecie: l'offerta di materiale pedopornografico realizzato in uno dei modi di cui al comma 1; la cessione, a titolo oneroso o gratuito, del materiale prodotto in uno dei modi di cui al comma 1.

Il sesto comma, invece, introdotto per effetto della ratifica della Convenzione di Lanzarote, punisce chi assiste a spettacoli di minori che effettuino esibizioni di contenuto sessuale.

Questa brevissima ricostruzione della norma, letta nelle sue componenti costitutive essenziali, *ictu oculi* sembra dare la percezione dell'impossibilità di individuare un bene giuridico *omnibus*, ossia unico nella sua totalità assorbente ogni elemento differenziale di cui ai singoli commi come suindicati.

Non è certo questa la sede per discutere delle frizioni estrinseche ed intrinseche delle singole sotto-fattispecie individuate nell'art. 600-ter c.p., ma è doveroso individuare per ognuna di esse lo scopo di tutela cui sono destinate, e dunque l'interesse giuridico sottostante.

Le fattispecie incriminate dal comma 1, art. 600-ter c.p., per dottrina maggioritaria, tutelano senza dubbio la "personalità del minore", non solo da un punto di vista di sviluppo psicologico e morale, della sua maturazione interiore, ma certamente anche interessandosi della integrità fisica di un soggetto in divenire³⁴.

³⁴ In dottrina, c'è chi sostiene come la tutela per i fatti di pornografia minorile, in effetti, pur rappresentando un momento di sfruttamento sessuale del minore, è apprestata principalmente a difesa della «libertà di autodeterminazione del minore in ambito sessuale», B. ROMANO, *op. cit.*, 2016, 223-230. Tale tesi appare non condivisibile, specie se si muove dall'osservazione di fondo che l'intero impianto normativo a tutela dei minori si staglia sulla presunzione quasi invincibile che la libertà di compiere consapevoli scelte sessuali non è contemplata ma, anzi, limitata. Altri, si sono spinti a intravedere nella norma di cui all'art. 600-ter c.p. una tutela complessa a fronte di una pluralità di valori, pertanto hanno ricostruito il reato in chiave plurioffensiva dei beni: 1) intangibilità sessuale dei minori, 2) libertà sessuale dei minori ultraquattordicenni, 3) personalità individuale, 4) dignità umana (F. MANTOVANI I, *op. cit.*, 417 ss). Anche tale costruzione, pur apprezzando il mirabile sforzo, muovendo dalla delicatezza dei valori difesi, sembra mirare a "troppo", giacché "dignità umana" appare eccessivamente rarefatto come concetto per assurgere a bene giuridico, e "intangibilità e libertà sessuale" sembrano porsi un po' in conflitto tra loro se non in antitesi. Diverso sarebbe considerare, invece, la "dignità", quale bene da tutelare, non con riferimento alla «dignità umana del minore nella sfera sessuale, ritenendo i minori stessi meritevoli "nel loro insieme" di difesa e rispetto di fronte alla circolazione di immagini e stimoli che li espongono a rapporti di mercificazione e sfruttamento» A. CADOPPI, *op. cit.*, 193, in particolare nota n. 30.

Quanto alle condotte di commercio, divulgazione e offerta di materiale pedo-pornografico, l'individuazione dell'interesse tutelato non è cosa di poco momento, in considerazione della evanescenza e della "non afferrabilità" dei beni sottesi, tanto da far dubitare della legittimità costituzionale della norma in quella parte proprio per violazione del principio di necessaria offensività³⁵.

Altri autori invece, forse nell'intento di evitare vuoti di tutela a difesa del minore, nell'ottica delle raccomandazioni internazionali, ponendo l'interesse difensivo della persona-minore in primo piano, giustificano il tenore penalistico della norma ai commi 2, 3, 4, art. 600-ter c.p., in considerazione della portata o effetto criminogeno che potrebbero avere le condotte volte alla diffusione di materiale pornografico avente ad oggetto i minori coinvolti³⁶. Opinione non pienamente condivisibile, per verità, considerato che con tale approccio si tenderebbe a confondere il momento della individuazione del bene giuridico difeso con quello della *ratio legis*.

Secondo altri invece la punizione delle suddette condotte è posta a presidio di un particolare aspetto della personalità del fanciullo, ossia la sua dimensione esteriore, nel suo momento di sviluppo relazionale e sociale. La condotta che si sostanzia nelle diverse forme di diffusione del prodotto pedo-pornografico comporterebbe un duplice repentaglio: da un lato la lesione della reputazione personale del minore in seno alla comunità di cui è parte; dall'altro il regresso del sentimento di autostima e considerazione che il minore ha di sé e della propria sfera sessuale, con relativo declassamento della percezione di importanza e di valore sociale che egli riveste³⁷.

Ecco, pertanto, che potrebbe assurgere in posizione di primazia sugli altri, quel connotato del bene giuridico protetto che potrebbe ricoprire, pur con diverse intensità, l'intera portata della plurifattispecie ex art. 600-ter co. 2 e ss. c.p.: la dignità umana dei minori nella loro sfera sessuale, meritevoli, nel loro insieme, di rispetto e tutela.

Posta in questi termini la ricostruzione e individuazione del bene che sottende la tutela penale apprestata dal legislatore in tema di pornografia minorile, sembrerebbe anche reggere all'urto di incostituzionalità la messa in commercio di "immagini pedopornografiche virtuali", in ragione dell'impatto che esse comunque avrebbero, nei termini lesivi sopradescritti, una volta immesse sul mercato. Discorso di certo non estensibile e non condivisibile per ciò che attiene la sola realizzazione e produzione del materiale "virtuale", di cui all'art. 600-quater.1 c.p., riguardo al quale sembrano permanere forti dubbi di tenuta costituzionale.

³⁵ Vedasi l'ampia disamina di A. CADOPPI, sub art. 600-ter., comma 4 c.p., in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, AA.VV., 2006, 223, proprio con specifico riferimento alla fattispecie di cessione di materiale pedo-pornografico; generalmente più critico circa la tenuta costituzionale della norma per tutte le ipotesi di cessione e divulgazione e offerta del materiale pedopornografico, anche in punto di pena comminabile, è O. DI GIOVINE, sub art. 600-ter c.p., AA.VV., Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, a cura di G. LATTANZI - E. LUPO, X ed., 525.

³⁶ Così F. MANTOVANI, *op. cit.*, 417 ss.

³⁷ S. DELSIGNORE, *op. cit.*, 37, che sottolinea l'aspetto ambivalente della lesione della dimensione esteriore della personalità per effetto della condotta di commercio e diffusione del materiale pedopornografico, sia verso l'esterno (ossia come il minore si percepisce nel mondo esterno) sia dall'esterno (ovvero come la considerazione della comunità può ripercuotersi sul minore).

4. Al tempo del suo inserimento nell'impianto codicistico nel 1998, l'art. 600-ter c.p. si componeva di sole due distinte fattispecie: 1) sfruttamento dei minori al fine di realizzare esibizioni pornografiche; 2) sfruttamento dei minori al fine di produrre materiale pornografico³⁸.

La nozione di "sfruttamento" era generalmente intesa in dottrina e giurisprudenza come inclusiva e significativa di una generale posizione di disparità e supremazia che un soggetto (sfruttatore) assumeva nei confronti di altro (sfruttato). Ciò che invece creava qualche discordanza in punto di interpretazione era la assegnazione o meno di un intrinseco "valore lucrativo e speculativo" da riconoscere al termine "sfruttare".

L'orientamento dottrinale maggioritario propose per il filone cd. economicista³⁹, dando quindi soluzione affermativa⁴⁰. La giurisprudenza della Corte di cassazione, nella sua veste più autorevole, sciolse questi nodi interpretativi stabilendo che la norma di cui all'art. 600-ter c.p. escludesse chiaramente la necessità di un fine di lucro in capo allo sfruttatore, così come non contemplasse affatto il bisogno di una organizzazione di tipo imprenditoriale per lo sfruttamento del minore, «... però richiede fermamente l'esistenza di un pericolo concreto di diffusione del materiale pedopornografico per legittimare la sua applicazione»⁴¹.

L'art. 2, comma 1, let. a), l. 38/2006, ha modificato di netto la norma di cui all'art. 600-ter c.p., introducendo una serie di apprezzate novità: sostituzione della nozione di "sfruttamento" dei minori con quella di "utilizzazione"; anticipazione della soglia di tutela penale, prevedendo la punibilità anche della semplice "induzione" a partecipare a spettacoli pornografici soggetti minori degli anni diciotto; sostituzione del dolo specifico (al fine di realizzare ... o produrre) col dolo generico, per quanto attiene al profilo soggettivo della tipicità.

La legge n. 172/2012 ha apportato altre modifiche significative, tutte tese, in ossequio anche degli impegni internazionali siglati dall'Italia, alla estensione della punibilità delle condotte di pornografia minorile: ha introdotto la nozione di "spettacoli" pedopornografici; determinato la punibilità del mero "reclutamento" alla partecipazione; insinuato, come autonoma fattispecie, il percepimento di "altro profitto" dalla realizzazione degli spettacoli pornografici cui partecipano minori di anni diciotto.

Lungi dal volere ricostruire le diverse modalità di aggressione al bene tutelato ai fini della punibilità ex art. 600-ter c.p., in questa sede si approfondirà unicamente il concetto di "utilizzazione"

³⁸ In dottrina ci fu da subito chi sostenne la necessità di una modifica del dato normativo, che non era in grado, così come formulato, di dare soddisfazioni alla *voluntas legis* e alle alte dichiarazioni di principio adottate in sede interazionale sottese all'inserimento della nuova normativa, ingenerando il rischio di possibili interpretazioni estensive in violazione della legalità formale; V. PATALANO, *op. cit.*, 11.

³⁹ In tal senso, V. PATALANO *op. cit.*, 13; A. CADOPPI, *op. cit.*, 141; S. DELSIGNORE, *op. cit.* Di senso contrario, invece, chi riteneva che la condotta vietata prescindesse dalla soddisfazione economica, ma che traesse la sua legittimazione ad essere punita nella strumentalizzazione profittevole del soggetto immaturo *ex lege* che era il minore; DI GIOVINE, *op. cit.*, 528.

⁴⁰ In effetti, tra i sostenitori del filone economicista, vi fu anche chi sostenne la necessità che il profitto fosse determinato per effetto di una costruzione o connotazione imprenditoriale a monte della attività di sfruttamento; B. ROMANO, *op. cit.*, ma tale tesi non ebbe molto consenso, considerato che voleva andare troppo oltre il dato normativo, che non badava se la compromissione degli interessi tutelati fosse realizzata da un pedofilo imprenditore o semplice privato, ma semplicemente che lo sfruttatore ne traesse un vantaggio economico.

⁴¹ In questo senso, SS.UU. 31.05.2000, n. 13, V. BOVE, che per quasi venti anni saranno lo spartiacque interpretativo in materia di pedo-pornografia. Autorevole decisione, da qualche parte criticata, giacché ritenuta manipolativa del testo normativo, ma al tempo stesso apprezzata in quanto capace di garantire la perseguibilità di condotte impregnate di profondo disvalore sociale e al tempo stesso di garantire l'esclusione della punibilità di quei comportamenti connotati dal mero appagamento personale; A. CADOPPI, *op. cit.*, 138.

del minore alla luce di quelle specifiche condotte tipiche punibili, che purtroppo in maniera sempre più allarmante, rappresentano, invece, classiche modalità espressive comportamentali e comunicative del “mondo giovanile”, che di tali condotte non ne percepisce il disvalore penale, dando la stura a possibili risvolti processual-penalistici, con le difficoltà del caso, in ragione della cogenza del principio *ignorantia legis poenalis non excusat*. Cioè, per meglio comprendersi: la miriade di contegni disinvolti e lascivi di minori, immortalati in foto o video da altri minori o con altri minori, e destinati alla diffusione *in social community*, di una pagina web condivisa, o attraverso un canale di messaggistica istantanea, ha una intrinseca rilevanza penale?

Di certo l'introduzione del concetto di “utilizzazione”, in luogo di “sfruttamento”, ha certamente esteso l'area della punibilità, considerato che, contrariamente al passato, oggi è sufficiente anche un “singolo atto” di utilizzazione del minore nella produzione di materiale o realizzazione di esibizioni, perché possa dirsi consumata la fattispecie di pornografia minorile. Da tenere anche conto del fatto che il verbo “utilizzare”, a livello semantico, è privo di connotazioni finalistiche e pertanto non è richiesto uno scopo lucrativo o una finalità commerciale in capo al soggetto attivo⁴². Proprio su queste premesse, si è posto il problema di perimetrare l'ampiezza della norma *post* riforma, e la questione è stata infatti sottoposta alla attenzione delle Sezioni Unite per vagliare l'opportunità di *revirement* rispetto all'arresto del 2000 (SS.UU. Bove)⁴³.

Le Sezioni Unite⁴⁴, dopo avere operato una preliminare ricostruzione storico-sistematica dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, hanno ritenuto che l'interpretazione proposta dall'orientamento largamente dominante, nel senso della necessità del requisito del “pericolo concreto di diffusione” del materiale pedopornografico, deve ritenersi superata dall'evoluzione normativa, e dallo stato del progresso elettronico e tecnologico dei tempi recenti. Infatti, nota la Suprema corte che a causa della influenza delle moderne tecnologie di comunicazione, con la diffusione di cellulari *smartphone*, *tablet* e computer dotati di fotocamera incorporata, con ordinario collegamento a *Internet*, e con l'utilizzazione di programmi di condivisione e reti sociali, l'attuale situazione è caratterizzata dalla accessibilità generalizzata alle tecnologie della comunicazione.

Una presa d'atto per il cui effetto si assume che «il riferimento al presupposto del pericolo concreto di diffusione del materiale realizzato, elaborato nel 2000 e contenuto nella giurisprudenza successiva, abbia oggi scarso significato ... essendo ormai potenzialmente diffusiva qualsiasi produzione di immagini o video». Insomma, in maniera netta si assiste ad una rottura con il passato orientamento, e si arriva a formulare un nuovo principio di diritto: «ai fini dell'integrazione del reato

⁴²G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, 2013, 173. Sul punto in giurisprudenza si è precisato che «ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 600-ter c.p. il concetto di utilizzazione deve essere inteso come vera e propria degradazione del minore ad oggetto di manipolazioni...».

⁴³ La Sezione III della Cassazione, nell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, emessa espressamente in ragione del neo articolo 618, co. 1-bis, c.p.p., scrive «... condividendo le osservazioni della dottrina, si sollecitano importanti interrogativi sulla correttezza dell'interpretazione delle Sezioni Unite su un sistema normativo in tema di pedopornografia mirante ad anticipare la repressione delle condotte già alla produzione del materiale, indipendentemente dall'uso personale o meno ... mettendosi così in discussione l'accettazione dell'assioma delle SS.UU. del 2000 della necessità del pericolo concreto di diffusione».

⁴⁴ Il riferimento è alla sentenza depositata il 15 novembre 2018, n. 51815. In un passaggio decisivo, per altro, la Corte mette in evidenza come «... il termine "produzione", interpretato dalle Sezioni Unite nel 2000 come "produzione di materiale destinato ad essere diffuso nel mercato della pedofilia", va ora inteso come "realizzazione di materiale pornografico", con la conseguenza che il produttore di tale materiale risponderà della più grave fattispecie dell'art. 600-ter c.p., mentre la meno grave fattispecie dell'art. 600-quater c.p. troverà spazio solo per i soggetti diversi dal produttore.

di cui all'art. 600-ter comma 1 n. 1 c.p., con riferimento alla condotta di produzione del materiale pedopornografico, non è più necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla legge 6 febbraio 2006 n. 38, l'accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale»⁴⁵.

Se allora l'obiettivo politico-criminale perseguito dal legislatore con gli interventi riformistici sopra evidenziati è stato quello di rendere quanto più efficace e rigorosa la reazione penale a tali fatti, la nuova posizione della Corte, che sconsiglia l'accertamento processuale della situazione di "concretezza del pericolo", sembra allinearsi alla *voluntas legis*. Una osservazione però si muove di conseguenza, ed è legata alla natura giuridica che assume il reato dal punto di vista dell'offensività, posto che, come suddetto, il bene giuridico è individuato, in linea di massima, nella "dignità umana del minore nella sfera sessuale", ovvero «nell'equilibrato sviluppo psico-sessuale del fanciullo»⁴⁶.

Ove infatti si ritenesse che il legislatore avesse considerato implicito nella produzione di materiale pedopornografico e nelle esibizioni o nella circolazione di immagini pornografiche di minore, quale che ne sia la modalità diffusiva, il rischio di compromettere la personalità\sviluppo del minore (*alias*, oggetto giuridico del reato), anche alla luce della recente interpretazione delle Sezioni Unite 2018 (secondo cui non è necessario l'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedo-pornografico)⁴⁷, è conclusione scontata che ex art. 600-ter c.p. saremmo al cospetto di un reato di "pericolo astratto", piuttosto che un "reato di danno", come poi è stato indicato dalle stesse Sezioni unite⁴⁸. Sul punto, infatti, sembra che non vi sia stata una presa d'atto dell'*impasse* interpretativa delle Sezioni Unite Bove, che introdussero "il pericolo di diffusione" tra gli elementi costitutivi del reato

⁴⁵ Secondo alcuna dottrina, (M. BIANCHI, *Delitti contro la libertà individuale*, in *Arch. pen.* 2019, n. 1), la nuova interpretazione della norma ha determinato un importante *vulnus* al principio di legalità rivisitato in chiave europea, ex art. 7 Convenzione Europea Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, proprio dalla Corte EDU, rappresentando indubbiamente (in particolare per l'imputato sottoposto nel giudizio *a quo*) un *overruling* interpretativo *in malam partem*. In effetti la questione è stata affrontata dalla stessa Suprema corte nella sentenza in esame, che ha deciso di percorrere un'altra strada. Ha escluso *in nuce* che il nuovo postulato interpretativo determini un *overruling* interpretativo *in malam partem*, sostenendo, come già illustrato in motivazione, che lo sviluppo tecnologico avrebbe comportato una generalizzazione del pericolo di diffusione del materiale prodotto, «con la conseguenza che l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo concretamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale»

⁴⁶ Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, 170.

⁴⁷ Per le S.U. del 15.11.2018, la nuova forma di offesa al bene giuridico apportata dal reato di produzione di pedopornografia rappresenterebbe un "reato di danno", sulla base della considerazione che l'utilizzazione stessa del minore nella realizzazione del materiale pornografico sarebbe sufficiente a compromettere, di per sé, il bene giuridico tutelato. L'utilizzazione del minore, però, rappresenta la specificazione della modalità esecutiva, che qualifica la condotta di "produzione", e pertanto si pone come uno degli elementi del reato, teso a salvaguardare il bene "integrità psicofisica-autodeterminazione sessuale". Se l'offesa è di danno, ciò che dovrà essere provato in sede giudiziaria, è l'utilizzazione del minore può essere considerata un viatico ma non un punto di arrivo dimostrativo, è che la vittima non sia una persona moralmente corrotta o depravata, e che la sua personalità in ambito sessuale non sia stata lesa con condotte di impiego in contesti pornografici, perché già eventualmente compromesso. L'esposizione a trattamenti afflittivi e umilianti per il minore in ambito processuale potrebbe dimostrarsi, per questa via, anche più degradante e mortificante del fatto reato stesso in cui è incorso.

⁴⁸ Secondo parte della dottrina, per le fattispecie previste ai commi successivi al primo dell'art. 600-ter c.p., è più opportuno parlare di reati di pericolo cd. indiretto, anticipando quindi ancora l'area della tutela penale, giacché volti a contrastare fenomeni diffusivi che hanno in sé la forza di indurre a comportamenti criminali o comunque dotati di potere criminogeno, e quindi prodromici alla tutela del bene finale «personalità del minore in corso di sviluppo nella dimensione sociale», F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, 417.

li dove la norma non lo prevedeva affatto, piuttosto sospinta alla ricerca di una soluzione diplomatica degli interessi confliggenti, che dalla corretta applicazione dei principi generali⁴⁹.

Costruita la fattispecie in questi termini, non occorre per la sussistenza del delitto che l'interprete accerti nel caso concreto che le condotte di utilizzo del minore abbiano determinato un'effettiva distorsione della sua personalità, né arrecato un pericolo concreto in tal senso. L'adozione di questa chiave interpretativa, quindi, evita accertamenti in sede giudiziaria, ingiustamente afflittivi ed umilianti per il minore, volti a dimostrare o escludere che il soggetto passivo del reato sia una "persona moralmente già corrotta", e che dunque il naturale sviluppo della sua personalità – già compromesso – non possa essere stato lesa e nemmeno esposto ad alcun pericolo concreto da condotte che l'hanno visto coinvolto in contesti pedo-pornografici.

Certamente considerata la portata e la delicatezza del bene da difendere, il ricorso alla fattispecie di "pericolo astratto" sul piano della opportunità politico-criminale è da valutare positivamente, *prima facie*, ma se consentito, detta opzione rischia di stringere notevolmente le maglie della rete penale, con l'inesorabile azzardo di "irretire" una serie di comportamenti che, per quanto socialmente e umanamente deprecabili, penalisticamente dovrebbero rimanere indifferenti.

L'osservazione che precede, infatti, è legata da un lato all'analisi casistica dei comportamenti sociali "telematicamente influenzati ed eterodiretti" della società odierna⁵⁰, dall'altro allo studio sulla casistica possibilista sul "chi" potrebbe rivestire il ruolo di soggetto attivo del reato di pornografia minorile.

Infatti, tutte le ipotesi contemplate dall' art. 600-ter c.p. configurano reati comuni, come tali realizzabili da chiunque, senza una specifica o necessaria qualifica soggettiva. E pertanto, venendo anche al nodo della questione, autori di tali reati, *de iure condito*, possono essere anche gli stessi soggetti minori di anni diciotto a monte della *ratio legis* che sospinse gli interventi normativi sul finire degli anni Novanta, e che rappresentavano lo scopo originario della tutela penale che voleva offrirsi.

La giurisprudenza ha infatti stabilito a chiare lettere che « ... data l'attuale formulazione letterale della norma ... il delitto deve ritenersi integrato anche nell'ipotesi in cui soggetto attivo della condotta criminosa sia a sua volta un minore di età»⁵¹.

Deve notarsi che, proprio per evitare gli inconvenienti di cui si discute, nella versione primigenia della norma era stato messo in conto un impotente filtro selettivo della punibilità – di minori - rappresentato dalla necessità di uno "sfruttamento sessuale del minore" rappresentato in

⁴⁹A. CADOPPI, *sub art. 600-ter c.p., cit.*, p. 135, nota 35, secondo cui, sebbene il Supremo collegio bene aveva fatto a non ritenere necessario un fine lucrativo da parte dello sfruttatore ai fini della consumazione del reato, non era condivisibile l'opzione ermeneutica del «concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto», giacché non è dato traccia trovare nel dettato normativo, e ingenerando il rischio che in esso si sostanziasse la natura di reato di pericolo concreto. Su tali premesse, vi è stato chi ha notato come «... così argomentando, si sarebbe giunti all'assurda conclusione, che la condotta di diffusione - effettiva, potenziale ed il pericolo della stessa – potesse essere la sola ritenuta offensiva per la personalità in formazione dei minori sfruttati; S. DELSIGNORE, *op. cit.*, 60.

⁵⁰Sul tema è interessante lo studio che prende le mosse da ricerche condotte anni a dietro dal sociologo statunitense D. RIESMAN, (*The lonely crowd*, 1950 - *La folla solitaria*, 1998, trad. G. Sarti) che analizzando le tendenze sociali è giunto alla conclusione che la società moderna si caratterizza per l'identificazione di una serie di individui o gruppi che soggiacciono agli stimoli e ai condizionamenti imposti soprattutto dai mezzi di comunicazione di massa, e per evitare fenomeni di cd. esclusione sociale, sono sempre più spinti ad farvene parte. È insomma il fenomeno di massa che ha portato alla creazione delle cd. *web community*, *i social network*, messaggistica istantanea (anche di gruppo), e *chat line*.

⁵¹Cass. Pen. III sez., n. 27252/2007, caso riferito alla trasmissione di una videoripresa di contenuto pornografico ritraente un minore a più persone – la maggior parte minorenni - da parte di un minore.

immagini o spettacoli, e che indubbiamente avrebbe avuto la forza di limitare l'applicabilità della norma a tali casi, già in punto di sussistenza oggettiva della fattispecie, e per questa via escludere la punizione nelle ipotesi lievi o comunque riconducibili a situazioni cd. bagatellari (proprio per la presenza dei minori in ogni segmento del circuito delittuoso: soggetto attivo-oggetto della condotta-soggetto passivo)⁵².

Il legislatore⁵³, a dire il vero, durante tutto l'iter parlamentare che ha portato poi alla formulazione nel 2006 dell'impianto essenziale dell'attuale norma di cui all'art. 600-ter c.p., ove la nozione di utilizzazione ha sostituito quella di sfruttamento, aveva opportunamente, accogliendo il suggerimento della dottrina *de iure condendo*, previsto la possibilità di inserire una causa di non punibilità per il minore che producesse materiale pornografico "utilizzando minori", quando questo materiale era poi dallo stesso detenuto, a condizione che il minore ritratto avesse raggiunto l'età del cd. consenso sessuale, e fosse rimasto nella esclusiva disponibilità dei soggetti rappresentati. Era certamente un apprezzabile modo per evitare di compiere una scelta di criminalizzazione della cd. "pedo-pornografia privata" in cui i minori ritratti fossero consenzienti, e sottrarli alle ganasce del processo penale minorile⁵⁴.

A suddetta scelta legislativa mancata, dunque, l'analisi compiuta e da compiersi ad opera dell'interprete diventa uno snodo cruciale per segnare il limite, se un limite è riscontrabile, delle condotte penalmente perseguibili a carico di minori.

Il presupposto della "utilizzazione" del minore, che rappresenta certamente un elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p., è stato in dottrina diversamente inteso, creando non pochi problemi ai fini della applicabilità della norma al caso concreto⁵⁵. La giurisprudenza, sul punto, si è recentemente espressa, richiamandosi al *dictum* già pronunciato nel suo consesso più autorevole, stabilendo che «l'utilizzazione è da intendersi come l'impiego dei minori come mezzo; è offendere la loro personalità nell'aspetto sessuale, attività che costituisce una modalità esecutiva della condotta di produzione di pornografia minorile e, pertanto, rappresenta un elemento costitutivo del reato, e pertanto, le condotte che non implicano l'utilizzazione nel senso di "strumentalizzazione" del

⁵²A. CADOPPI, *L'assenza di cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Giur. Dir.*, 2006, vol. 9, 37 ss., e ROSSI, *Osservazioni a Cass. Pen. 18.02.2016, n. 11675*, in *Cass. pen.*, 2016., 2875.

⁵³ La causa di non punibilità della cd. "pornografia intima" era contenuta nel disegno di legge n. 4599, presentato alla Camera dei Deputati il 13.01.2004, e che prevedeva l'inserimento dell'art. 600-quater.3 nel codice penale.

⁵⁴ Anche se non è la sede opportuna per analizzare i risvolti e profili processual-penalistici, vale la pena ricordare che l'elevato limite edittale previsto per i fatti di cui all'art. 600-ter c.p., che è procedibile d'ufficio e non a querela di parte (remissibile) priva i minori autori del reato, della possibilità di accedere ad importanti istituti premiali (es. patteggiamento o procedimento per decreto, esclusi *ex lege* dal rito minorile) o comunque benefici di sorta (si pensi ad es. al perdono giudiziale, sentenza n.l.p. per irrilevanza del fatto, sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi).

⁵⁵ Per parte della dottrina deve intendersi come "strumentalizzazione" del minore, sia con scopo di lucro che senza fine lucrativo (F. MANTOVANI, *op. cit.*, 496); per altra parte, invece, la strumentalizzazione può essere tale anche se il materiale è "per uso privato" (L. GIZZI, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600-ter e 600-quater.1 c.p.)*, 2007, 401, ed anche G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, 173); altra letteratura invece, muovendo dalla necessità di non ampliare eccessivamente la portata della norma, suggerisce una lettura di "utilizzazione" in modo da coglierne solo la "portata dispregiativa del termine", pur consapevole che tale operazione tende a complicare troppo il ruolo dell'interprete, col rischio di interpretazioni estensive che rischierebbero di compromettere il canone della determinatezza; dottrina minoritaria invece, considerando la potenziale "diffusività" dell'utilizzo del minore, con lo scopo di difendere "i fanciulli nella loro totalità, apre le porte alla costruzione di un bene giuridico "collettivo o diffuso" e non individualizzante, allo scopo di superare a monte la necessità di vagliare lo "sfruttamento" del singolo minore (L. PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedo-pornografia in internet*, in *Studium iuris*, 2007, vol. 10, 1069

minore non possono considerarsi tipiche»⁵⁶. Tale tipo di impostazione interpretativa, dunque, ha già l'effetto primario di restringere il campo della tipicità oggettiva della norma, tenendo fuori dalla sua portata applicativa i casi in cui l'immagine pedo-pornografica sia cd. auto-prodotta dallo stesso minore, ossia le ipotesi in cui vi è una identificazione tra l'autore dello scatto lascivo (oggetto materiale del reato) ed il soggetto in esso rappresentato (portatore del bene giuridico difeso). In tali casi, infatti, difetterebbe di certo la cd. "strumentalizzazione" di «altro» minore, giacché verrebbe a mancare quell'effetto "transitivo", cui si richiama la norma, del fanciullo da parte di un diverso soggetto, e la lettura della condotta si assumerebbe in chiave "riflessiva", e quindi non tipica⁵⁷.

In sintesi, operando questo tipo di approccio interpretativo, resterebbe estranea dall'area della condotta punibile di pornografia minorile, quale ne sia la modalità di esecuzione (esibizione, spettacolo, o produzione) e diffusiva, la videoripresa o la foto autoprodotta (cd. *selfie*) dal minore, che in tal caso non potrebbe dirsi "utilizzato", giacché non si paleserebbero elementi tali da far supporre ad una sua strumentalizzazione da parte di un terzo.

La questione dell'autoscatto o della auto-ripresa, posta in questi termini, però, sembra aprire le porte ad un tema che supera la chiave interpretativa del verbo "utilizzare" quale "non strumentalizzare", e finisce per ricadere nella tematica del "consenso manifestato dal minore"; più con esattezza quale deve essere il valore da attribuirgli nell'ambito dei delitti di pedo-pornografia. Questione che se approcciata correttamente, e condotta ad esiti compiacenti la *ratio legis* a tutela del minore, potrebbe essere il portato di un bilanciato compromesso tra il rispetto dei principi generali, la necessità di perseguire fatti lesivi della personalità del minore, e l'impossibilità di punire fatti che non rappresentano "pericolo di un interesse attuale", alla luce del comune sentire giovanile, in ragione dello stato della tecnologia, e dei costumi sociali.

5. L'analisi del consenso prestato dall'avente diritto-persona offesa, in materia penale, ha da sempre destato particolarità perplessità, e difficilmente ricondotto ad una soluzione unitaria. La ragione di fondo risiede nel fatto che se, da un lato, è necessario far conciliare la libertà del consenziente con l'esigenza di tutela del – suo - bene giuridico; dall'altro, il riconoscimento di una "rilevanza" alla volontà della vittima mal si concilia con quel ramo del diritto pubblico, e di cui l'ordinamento penale è parte, che si caratterizza per il rapporto di subordinazione del singolo allo Stato, generalmente indifferente al consenso dei sottoposti alla propria autorità.

Consentire ad altri, infatti, la possibilità di compiere una certa azione, altrimenti punita, significa garantire l'esercizio di un diritto di libertà, ed è quindi ovvia la necessità di trovare il giusto punto di incontro tra l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico, e l'esigenza di riconoscere l'autonomia del titolare del diritto difeso; ossia la facoltà dell'avente diritto di disporre dei propri beni

⁵⁶ Cass. Pen., III sez., n. 11675/2016, in cui la Corte, in ragione del caso concreto sottoposto al suo esame, si è concentrata alla soluzione in punto di tipicità oggettiva, anche se con *obiter dictum*, pur non ritenendolo necessario nel caso de quo, ha glissato sul valore del consenso del minore.

⁵⁷ A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, in *Dir. pen. cont.*, 22.04.2015, 14.

giuridici, se non altro quelli rientranti nella categoria dei diritti cd. “disponibili”⁵⁸. È poi fuor di dubbio che il tema interessato non può che essere calato nell’ottica di accoglimento di un diritto penale “laico”, personalistico e solidale, che ha quindi accettato l’inserimento a livello dommatico del valore dell’offesa nella logica di tutela costituzionalmente orientata⁵⁹. Vale a dire, mettere al centro del sistema dei valori da tutelare la persona, così, nel caso in questione del consenso, tendere ad una maggiore valorizzazione della autonomia\libertà di autodeterminazione del soggetto in relazione ai propri beni o diritti⁶⁰.

Assodato che il consenso può essere inteso come la volontà persistente del titolare del diritto di non opporsi alla condotta posta in essere dall’agente, e di rappresentarsi interamente quest’ultima, e che per l’effetto può considerarsi accettata, occorre stabilire quali sono i diritti di cui può disporsi ed i requisiti della capacità del consenziente.

Come già segnalato in sede di Relazione al codice penale, quello che maggiormente si predispondeva per essere il “criterio più sicuro”, in termini di efficacia e validità del consenso, era fondato sulla “disponibilità” del diritto da parte della potenziale persona offesa⁶¹.

Quanto ai requisiti che deve possedere il soggetto che intende concedere licenza di sacrificio di un diritto disponibile, non esiste una norma a carattere generale nel nostro ordinamento che possa considerarsi imperativa. La tesi che sembra meritare accoglimento è quella secondo cui per verificare la capacità del consenziente bisogna volta per volta verificare l’esclusiva rilevanza penalistica (se la tutela è apprestata dal solo legislatore penale, es: imputabilità) o la rilevanza extra penale (es: capacità d’agire), dell’interesse tutelato cui il consenso si riferisce, salvo che non sia lo stesso legislatore

⁵⁸ Si premette che sono escluse *a priori* dalle osservazioni che si faranno, quindi, i casi di diritti “indisponibili, ed i casi in cui il consenso è considerato dal legislatore elemento costitutivo del reato (es. usura), ovvero i casi in cui il dissenso del soggetto passivo è il presupposto del reato.

⁵⁹ In altre parole deve emergere il carattere “liberale” del nostro diritto penale, in spregio alla concezione cd. paternalistica che ne ha caratterizzato per decenni la natura, per ovvie ragioni esistenti all’epoca dell’entrata in vigore del Codice. Per i fautori del paternalismo giuridico, nella sua veste “forte”, è auspicabile l’incriminazione anche di scelte auto-lesive e consapevoli, siano esse auto-prodotte oppure il risultato di una condotta d’altri causalmente connessa all’evento lesivo della sfera giuridica della persona offesa che ha prestato il consenso; in chiave di paternalismo “temperato”, si considerano punibili le condotte dannose auto-prodotte unicamente se involontarie o qualora manchi il consenso come atto espresso e consapevole. L’alternativa tra l’una e l’altra opzione ideologica sottesa alla funzione e valore del diritto penale è dirimente. Secondo l’una ideologia – quella *paternalistica* – la ragione di un divieto penale si può fondare anche sulla sola necessità di prevenire un’offesa fisica, psicologica o economica a sé stesso da parte dell’autore. La “posizione liberale”, circa i limiti morali del diritto penale, vuole invece delimitata la ragione dei precetti penali alla sola necessità ed efficacia rispetto alla prevenzione di un’offesa a persone diverse dall’autore; più ampiamente, A. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, Fascicolo 20, 2013, 421 ss.

⁶⁰ Quanto all’istituto del consenso, non vi è dubbio, che il perimetro delineato dalla norma è particolarmente influenzato dall’evoluzione sociale e dal livello culturale in un determinato momento storico, ove si determina «il tipo di rapporto che in un dato momento si instaura tra l’esigenza di dare ampio spazio alla libertà individuale e l’esigenza contrapposta di limitare questa libertà per il soddisfacimento di interessi collettivistico-solidaristici», G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2014, 268, che insiste pure per considerare il consenso dell’avente diritto come un mero «atto giuridico vero e proprio, come tale revocabile secondo le singole circostanze».

⁶¹ Un dibattito si accese per stabilire quali dovessero essere residuati tra i cd. diritti disponibili. Se nessun problema destavano i cd. diritti patrimoniali, certamente diversa era la questione relativamente ai diritti cd. personali. Il parametro di riferimento fu tutto incentrato sul cd. “interesse preminente” di tutela da parte dello Stato. Tutti i diritti per cui sussisteva tale interesse erano qualificati come cd. indisponibili e pertanto non potevano essere oggetto del consenso ex art. 50 c.p. Si superò così anche la distinzione tra diritti collettivi e individuali, non dando per scontato che i secondi non potessero essere assorbiti ad un livello superindividuale di interesse pubblico (es: bene vita). La dottrina moderna, invece, è dell’opinione per cui i beni individuali sono disponibili nella misura in cui la rinuncia alla loro tutela non contrasti con un interesse collettivo costituzionalmente rilevante; G. FIANDACA, in *Commentario breve al codice penale, art. 50-58 bis*, 224.

penale a fissare dei limiti invalicabili (es: età della persona). In altri termini, bisogna focalizzare l'attenzione sulla natura giuridica attribuita all'atto del consentire, secondo i rami dell'ordinamento cui essa sottende, e la cui tutela è apprestata anche dall'ordinamento penale⁶².

Quanto alla manifestazione della volontà assenziente non è richiesta una forma particolare, tanto è vero che si considera come efficace e valido, ad esempio, anche il consenso cd. tacito, ossia desumibile da *facta concludentia* - o comportamento univoco – dell'avente diritto, purché presente al momento del fatto. Diversamente intesa è la portata del consenso cd. presunto, ovvero il consenso non prestato nella circostanza del fatto dall'avente diritto – assenza di cui ne è pienamente consapevole l'agente – ma si ritiene, ragionevolmente, che se il titolare del diritto ne avesse avuto la possibilità lo avrebbe certamente espresso. Ebbene, mentre secondo la maggioranza della dottrina un consenso così concepito deve avere efficacia scriminante, tanto non vale secondo la giurisprudenza prevalente. Infine, vi è l'ipotesi del consenso cd. putativo, ossia l'erronea rappresentazione nella mente dell'agente della esistenza del consenso prestato dal titolare, in effetti non dato, e per il cui effetto esimente è necessario interessare la disposizione ex art. 59, ult. comma c.p. (ovvero, salvo che l'errore non sia determinato da colpa ed il relativo fatto commesso punito a titolo di delitto colposo, la circostanza sarà comunque idonea a produrre l'effetto della non punibilità).

Le premesse diventano così un momento di sintesi essenziale a fronte dell'interrogativo iniziale, oltre che per per la ricostruzione di quello che potrebbe essere un parametro valutativo, all'occorrenza, del fenomeno del cd. *sexting (tra minori)*, e la potenziale riconducibilità di codesto dilagante fenomeno social-comunicativo giovanile, facilmente sussumibile alla fattispecie ex art. 600-ter c.p. (produzione di materiale pedo-pornografico e diffusione dello stesso). In particolare sorge l'interrogativo: se il minore è espressamente, tacitamente o presuntivamente consenziente affinché venga tratto in foto/video-ripresa di parti erogene del proprio corpo (dicasi idem per il minore co-autore dell'autoscatto), può considerarsi punibile la condotta dell'agente se anch'egli è minorenne, anche allorquando diffonda o divulghi materiale pornografico altrui di cui sia venuto in possesso col di lui consenso? Infatti, se la "funzione" del consenso prestato dal minore può ritenersi irrilevante, ai fini della punibilità di condotte di utilizzazione, quando non vi sia "l'alterità" tra utilizzatore e utilizzato⁶³, diverso ruolo e funzione può assumere nel caso in cui non vi sia una demarcazione così netta (come nel caso dell'autoscatto singolo, di coppia, o di gruppo, cui possono decidere di partecipare più minori, in un contesto, ad. es. di chat line di gruppo).

Il fenomeno di costume oggi in voga, e che in qualche modo fa da apripista a tutte le condotte sintomatiche di connotati pedo-pornografici possibili di essere commesse alla luce della

⁶² In altre parole negozio giuridico di diritto privato o nella categoria più propria degli atti giuridici, cui ne seguirà la relativa disciplina, tenuto conto delle debite note di contorno dettate dalla disciplina penalistica F. VIGANÒ, *Art. 50, in Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci- E. Dolcini, 2006, 516.

⁶³ In questo senso Cass. Pen., sez. IV Penale, sentenza n. 22768/15, per cui: «... Questa Corte ha poco sopra espresso la convinzione che il termine "utilizzare" comporti la degradazione del minore ad oggetto in sostanza manipolato, il cui eventuale consenso non assume valore esimente proprio perché la persona minore di età, tanto più se lontana dal limite dei diciotto anni, necessita, rispetto a fatti di questa natura, di una tutela anticipata e rafforzata. Analoga la logica sottesa al verbo "indurre"».

generalizzata disponibilità di cd. *mobile device*, è dai sociologi individuato nella pratica del cd. *sexting*⁶⁴.

In dottrina si usa distinguere tra *sexting* cd. primario (sono le ipotesi in cui il protagonista, femminile o maschile, si auto-riprende ed invia al destinatario, nell'ambito di un rapporto privato, il materiale prodotto) e *sexting* cd. secondario (che racchiude il caso in cui il primo destinatario dell'immagine la metta in circolazione portandola all'attenzione di terzi)⁶⁵.

È proprio in questi casi che bisogna chiedersi che ruolo assume il consenso del minore che abbia raggiunto l'età del cd. discernimento sessuale⁶⁶.

Come noto, tali situazioni sono già prese in considerazione dalle fonti internazionali in materia di pornografia minorile, che attribuiscono agli Stati membri la facoltà di decidere se attribuire o meno penale rilevanza alle condotte di produzione, acquisto e possesso del materiale pornografico realizzato con il consenso del minore e destinato ad uso personale. Il legislatore italiano, tuttavia, non si è avvalso di tale possibilità, sancendo – almeno in apparenza – la punibilità di tutte le condotte che hanno per oggetto il materiale pornografico, senza distinguere in relazione all'età del minore e senza considerare una sua eventuale espressione di consenso⁶⁷.

Secondo la maggior parte della dottrina, il consenso del minore non riveste mai alcuna funzione esimente rispetto ai delitti di pornografia minorile, anche se, con apprezzabile coraggio, vi è chi sostiene che «è necessario attribuire al consenso dei minori una rilevanza, seppur limitata, benché nella consapevolezza delle difficoltà di un accoglimento in via giurisprudenziale, al fine di evitare una violazione del principio di ragionevolezza»⁶⁸. La giurisprudenza, infatti, per anni è stata monolitica sul punto dell'insuperabilità dell'irrilevanza del consenso del minore nei fatti di pedopornografia o prostituzione che lo coinvolgevano⁶⁹. Il tema però potrebbe assumerne un diverso orizzonte proprio con le recenti pronunce, tenendo anche conto del fatto che sul punto le Sezioni Unite 2018 si sono soffermate con *obiter dictum*, ed hanno evitato di entrare nel merito della vicenda in ragione del superamento della questione posta a loro vaglio in punto di “utilizzo” del minore.

⁶⁴ Termine di derivazione inglese, dalla combinazione di *sex* (sesso) e *texting* (inviare messaggi). Ai fini che qui interessano, chiaramente, alla ricerca delle conseguenze penali che possono derivare da tale pratica, si terrà in conto la stessa nei limiti in cui saranno i soggetti infra-diciottenni interessati al circolo comunicativo dei dati pornografici.

⁶⁵ A. VERZA, *Sexting e pedopornografia: i paradossi*, in *Ragion pratica*, vol. 2, 2013, 576.

⁶⁶ Per età del consenso si intende, nel linguaggio giuridico, l'età a partire dalla quale una persona può essere considerata capace di porre in essere un “comportamento informato” a condotte disciplinate dalla legge e, in particolare, atti e azioni rientranti nella sfera della sessualità. In Italia l'età del consenso è fissata a 14 anni, ma può salire o scendere a seconda dei casi. Infatti sale a 16 anni se uno dei due partner ha qualche forma di autorità o convivenza sul/la partner più giovane, ad esempio nel caso di insegnanti, catechisti, educatori, fratelli e/o sorelle maggiori, assistenti sociali, medici curanti e pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni. L'età sale a 18 anni (seppur con pene previste minori rispetto agli altri casi) se il fatto è compiuto dal genitore (anche adottivo), da un parente o dal tutore, o da una persona che convive con questi, nei confronti di un minore che ha comunque compiuto 16 anni ed avviene abusando dei poteri connessi alla propria posizione; scende, invece, a 13 anni se i due partner sono entrambi minorenni, a condizione che vi sia una differenza d'età non superiore a 3 anni.

⁶⁷ Sul parere contrariato della dottrina in merito a tale scelta, vedi note n. 52 e 53.

⁶⁸ A. CADOPPI, *sub. art 600-ter c.p., op. cit.*, 149 ss.

⁶⁹ Come già ricordato, il presupposto di tale interpretazione parte dall'assunto dei giudici per cui il bene giuridico tutelato nel reato in oggetto non è la libertà di autodeterminazione del minore *sic et simpliciter*, bensì la sua integrità psico-fisica nell'ottica di un corretto sviluppo della propria sessualità. Ciò implica la configurazione del reato indipendentemente dal consenso della vittima, «... non solo perché la aggressione al bene è presunta dalla legge, ma anche perché la persona offesa è considerata immatura ed incapace di disporre consapevolmente del proprio corpo a fini sessuali», Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza n. 17370 del 23/04/2019.

È infatti unanime che nel condizionare le vicende della punibilità, il consenso operi su due piani diversi: causa di esclusione del fatto tipico e causa di giustificazione.

Il consenso opererebbe quale causa di esclusione del fatto tipico ogni volta che la norma incriminatrice preveda esplicitamente o implicitamente il dissenso del soggetto passivo del reato quale elemento costitutivo del reato (es: 614, 609-bis, 610 c.p.). Per carenza dei presupposti del fatto tipico, e dunque dei connotati oggettivi della fattispecie materiale rispetto a quanto previsto in quella astratta, in tali casi l'assenza del dissenso determinerebbe l'insussistenza del fatto-reato per difetto di tipicità.

Se il consenso dell'avente diritto (da tutelare), invece, agisce su di un fatto completo dei suoi elementi strutturali dal punto di vista della tipicità, è chiaro che ne escluderà ovviamente il connotato della antigiuridicità. Sul punto, è interessante ricordare che secondo la concezione cd. pluralista del fondamento delle cause di giustificazione, per quanto attiene al consenso dell'avente diritto, la sua *ratio* si individua nella mancanza di interesse dello Stato alla risposta punitiva conseguente alla rinuncia del titolare del bene stesso alla sua tutela, che si tradurrebbe in una assenza di meritevolezza di difesa di un bene giuridico ammesso all'aggressione da parte di un terzo⁷⁰.

Fatte tali premesse, allora, la nuova interpretazione della fattispecie ex art. 600-ter c.p., potrebbe anche sotto questo profilo condurre a risultati più coerenti con il sistema. Alla luce del nuovo inquadramento sistematico delle fattispecie a tutela della persona\personalità del minore, infatti, la chiave di volta per valutare la penale rilevanza delle ipotesi di pornografia cd. domestica consisterebbe nella valorizzazione della nozione di "utilizzo" del minore. Con tale termine si vuole indicare che i reati di cui agli artt. 600-bis e 600-ter c.p. siano configurabili solo quando le immagini, i video etc... ritraenti i minori, siano realizzati attraverso una "strumentalizzazione" del minore, ossia realizzate con modalità abusive «per la posizione di supremazia rivestita dal soggetto agente nei confronti del minore o per le modalità con le quali il materiale pornografico viene prodotto (ad esempio, minaccia, violenza, inganno) o per il fine commerciale che sottende la produzione, o per l'età dei minori coinvolti, qualora questa sia inferiore a quella del consenso sessuale»⁷¹.

In questa prospettiva, l'eventuale consenso del minore alla realizzazione dei video (a condizione, naturalmente, che abbia raggiunto l'età per esprimerlo validamente) quand'anche non avesse efficacia tale da escludere di per sé la configurabilità del reato, potrebbe costituire, semmai, un valido indice di valutazione per il giudice in punto di giudizio circa l'esistenza di quel "differenziale" di potere esistente tra utilizzato e utilizzatore, che costituisce, in effetti, la cifra della condotta di utilizzazione⁷². Se però, per questa via, risulterebbe adeguatamente motivato il problema della tutela penale avverso i fenomeni di *sexting* cd. primario, dal momento che, ove le immagini fossero realizzate tramite autoscatti (*selfies*) della persona offesa, non si può ritenere integrato il

⁷⁰F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 2015, 264. Per i sostenitori, invece, della tesi monista, il fondamento sarebbe nel «criterio di bilanciamento di interessi», con la particolarità che in questo caso, essendo il portatore di entrambi gli interessi\beni il medesimo individuo, ed evitare il paradosso del "conflitto con sé stesso", si ricorre alla figura del conflitto cd. interno, anziché esterno, tra più beni di più soggetti tutti portatori di interessi F. VIGANO', Art. 50, in Codice penale commentato, 2006, 508.

⁷¹ Così, le Sezioni Unite penali, 2018, cit.

⁷² In definitiva, la esclusione della penale rilevanza delle ipotesi di cd. pornografia domestica dovrà essere accertata caso per caso dal giudice, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, il quale dovrà valutare la sussistenza o meno del presupposto della "utilizzo" dei minori ai fini di un espresso riconoscimento di responsabilità.

presupposto della "utilizzazione", il quale postula una diversità tra il soggetto utilizzato ed utilizzatore, del tutto impregiudicato sembrerebbe il fenomeno del *sexing* cd. partecipato, ossia il caso in cui autore materiale dell'autoscatto è soltanto uno dei soggetti ripresi nella foto o nel video.

Quid iuris per gli altri presenti ed immortalati in condizioni o pose piegate a lascività e che non hanno manifestato un aperto dissenso? E la questione è ancora più complicata, ma non affrontabile in questa sede, in considerazione del fatto che l'interpretazione letterale restrittiva del concetto di "utilizzazione", richiamato dalla norma di cui all'art. 600-ter c.p., in chiave di interpretazione sistematica comporta un dispiegamento di effetti su tutte le fattispecie previste dagli artt. 600-ter, 600-quater e 600-quater.1 c.p., posto che il richiamato "materiale pornografico", prodotto tramite l'utilizzazione dei minori, costituisce nucleo comune di tutte le ipotesi di reato ivi contenute.

È chiaro allora che per valutare profili e spazi lasciati alla punibilità nei casi suddetti, la tematica del "valore del consenso" del minore alla realizzazione di materiale pornografico, e diffusione che comunque lo vede coinvolto, assumerebbe un rilievo determinante. Questo approccio verso una soluzione della questione deve forgiarsi in uno con la conclusione per cui, sulla base di quanto su menzionato, nei delitti di pedo-pornografia il "non consenso" della vittima (*alias*, dissenso) deve essere considerato quale elemento costitutivo del fatto tipico oggettivo. È in tale opzione ermeneutica che deve essere letto il verbo "utilizzare" richiamato dalla norma, e che bene può aprire uno scenario utile a definire i contorni delle condotte penalmente perseguibili quando vi è partecipazione consenziente, diretta o indiretta, del minore alla produzione o diffusione di materiale pornografico.

In questa ottica, sembrerebbero aprirsi possibili strade di valutazione delle condotte descritte dall'art. 600-ter c.p., ove si propendesse per un accertamento della "presenza e rilevanza" del consenso, da valutarsi alla luce dei singoli elementi che caratterizzano il caso concreto. Ad esempio, quali indici sintomatici e indicativi della "libertà di autodeterminarsi" alla realizzazione dell'atto rientrante nel novero di quelli indicati all'art. 600-ter comma 7 c.p., potrebbero considerarsi: l'età del minore al momento del fatto; il contesto socio-familiare del fanciullo; la condizione economica familiare\personale e l'incidenza che avuto lo scopo di lucro sul fatto; le modalità e l'intensità della richiesta del consenso; le modalità di espressione e caratterizzazione della comunicazione fisica e verbale assunta dal minore durante il compimento del fatto lascivo; il coinvolgimento o meno di terzi minori e l'intensità o il grado di influenza degli stessi al compimento dell'atto pornografico; il circuito comunicativo e partecipativo in cui si inserisce e contestualizza la condotta pudenda del minore e la conoscenza\conoscibilità della destinazione successiva delle immagini autoprodotte.

Per questa via, considerando "l'utilizzazione" del minore un elemento costitutivo del reato di produzione di materiale pedopornografico ex art. 600-ter comma 1 c.p., giacché qualificante e descrittivo della condotta dell'attore, e del pari valorizzando l'importanza del requisito-valore del "consenso prestato" dal minore oggetto del materiale pedo-pornografico, si realizzerebbe un giudizio di valore sulla portata degli effetti annullanti che ciascheduno elemento avrebbe sul reciproco. In altri termini, bisogna che si considerino "utilizzazione" e "consenso" quali connotati di una coppia antinomica in cui la maggior presenza dell'uno tende ad essere invalidante la forza dell'altro, ai fini della efficacia costitutiva che entrambi possono dischiudere all'interno della fattispecie tipica. Laddove, per converso, il concetto di "utilizzazione" del minore, nella sua massima portata

spregiativa, deve assurgere fino a coincidere con la figura del “dissenso”, espresso o tacito, del soggetto passivo del fatto di pedofilia, financo quando si presenti nella forma più impercettibile o infima della sua intensità espressiva.

Non vi è dubbio alcuno che l’operazione valutativa da compiersi, ai fini di una corretta e coerente sussistenza di un “consenso tipico”, deve muovere certamente dalla presa in considerazione dell’età del minore al momento del fatto, quale parametro primario di valutazione della libertà di autodeterminazione e di consapevolezza dell’azione posta in essere⁷³. Al riguardo, potrebbero soccorrere le “fasce di età del consenso cd. sessuale”⁷⁴, che traccerebbero i punti di massimo e minimo assoluti della funzione del consenso nell’ambito della disciplina della pedo-pornografia, senza disdegnare l’incidenza relativa, assieme agli altri presupposti sopraindicati, per la valutazione del caso concreto. Tuttavia, il legislatore, a differenza della scelta intrapresa in merito alla disciplina dei reati sessuali contro i minori (v. artt. 609-*bis* ss. c.p.), per il reato di pornografia ex art. 600-*ter* c.p. non ha previsto di attribuire alcuna rilevanza al consenso del minore ultraquattordicenne. Tale opzione ermeneutica, come suddetto, è stata da subito oggetto di critica ad opera della dottrina che ha evidenziato la contraddittorietà tra la libertà di autodeterminazione riconosciuta al minore che ha compiuto il quattordicesimo anno d’età in ordine ai reati sessuali, e l’assenza di rilievo al consenso prestato dal minore stesso per i reati di cui all’art. 600-*ter* c.p.⁷⁵

In altre parole, la scelta operata dal legislatore nel 2012⁷⁶, ossia di non prevedere fasce di età di riferimento per l’apprezzabile valutazione del consenso rilasciato dal minore per i fatti di pedo-pornografia, rappresenta una manchevolezza notevole a cui occorrerebbe al più presto porre rimedio, per evitare il permanere, nell’ambito di disciplina a difesa del fanciullo, di un incongruente “eccesso di tutela”; specie ove si tenesse presente che proprio il minore può essere spessamente coinvolto quale “autore” in fatti di pedo-pornografia. Proprio alla luce di tanto, risulta, *a fortiori*, incomprensibile la scelta normativa di dare peso al consenso espresso in un atto sessuale “vero e proprio”, e non considerarlo nel caso in cui si tratti anche solo di “disvelare” parti intime del proprio corpo. In effetti, il diritto penale, proprio in chiave di funzione preventiva special-generale positiva, non può non

⁷³ In questo senso sembra anche muoversi certa giurisprudenza di merito, che nell’analisi del fatto nella sua completezza non disdegna di valutare, ai fini della punibilità, anche l’intensità del consenso prestato dal minore per avere un quadro complessivo più chiaro ai fini della declaratoria di responsabilità penale.

⁷⁴ È definita l’età in cui una persona è considerata capace di prestare un consenso informato ai rapporti sessuali. In Italia, da una lettura sistematica delle norme del Libro II, Titolo XII, che muove dall’art. 609-*quater* c.p., è possibile ritenere che l’età del consenso è fissata di norma a 14 anni, ma la determinazione dell’età minima per disporre validamente della propria libertà sessuale deve necessariamente essere accompagnata da altre valutazioni da effettuarsi nei diversi casi, cosicché, nell’ipotesi di minore di 13 anni, il consenso non viene considerato valido, indipendentemente dalla controparte nel rapporto sessuale, ma esiste una causa di non punibilità nel caso in cui gli atti sessuali vengano compiuti consenzientemente con minore di 18 anni, purché la differenza di età tra i due soggetti non sia superiore a tre anni. Se il minore ha meno di 10 anni, si applica la circostanza aggravante di cui all’articolo 609-*ter*, secondo comma c.p. Dai 14 ai 15 anni, viene considerato validamente espresso il consenso, salvo che l’autore dei fatti sia un genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, oppure conviva con il minore, o più in generale che egli eserciti un ascendente nei confronti del minore, che quindi gli sia stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza o custodia. Dai 16 ai 17 anni, il consenso è considerato validamente espresso, salvo che il fatto venga compiuto con abuso di potere relativo alla propria posizione da una delle figure citate nel periodo precedente.

⁷⁵ L. GIZZI, *Il delitto di pornografia minorile*, cit., 402.

⁷⁶ Si deve tenere a mente che con la legge di esecuzione dell’accordo di Lanzarote, il legislatore interno ha anche modificato la disciplina dell’*error aetatis* sulla persona offesa nell’ambito dei reati sessuali minorili sul minore, ex art. 609-*sexies* c.p., convertendo, in omaggio al principio di colpevolezza costituzionale ex art. 27 comma 1 Cost., la presunzione di ignoranza assoluta in ignoranza “relativa”, nei soli delitti puniti ex artt. 609-*bis* ss. c.p.

tenere conto dei fenomeni di costume e sociali del tempo storico in cui è chiamato in causa, con il rischio di non essere applicato e maggiormente percepito nella sua portata di *extrema ratio*.

Pertanto, se la scelta fatta anni addietro dal legislatore, con l'introduzione della legge n. 172 del 2012, di escludere od eventualmente diminuire la pena nell'ipotesi di valido consenso del minore operata per i reati sessuali è da ritenersi chiara ed univoca, considerando lo stesso incapace di autodeterminarsi alla luce della condizione di vittima che assumerebbe in tale circostanza, francamente non appare coerente colla scelta di segno opposto, relativa alla produzione di materiale pedo-pornografico, men che meno alla luce dell'attuale livello di evoluzione tecnica, disponibilità di tecnologia comunicativa diffusiva, e gli attuali fenomeni di costume sociale minorile. Manca di coesione logica, infatti, la scelta di ritenere valido ed efficace il consenso prestato dal minore ad una prestazione fisica a carattere sessuale, giacché libero di autodeterminarsi, e non altrettanto efficace il consenso manifestato dallo stesso minore a farsi immortalare da altri in pose impudiche e libidinose.

La carenza di ragionevolezza e proporzionalità, nell'ambito di una coerente scelta legislativa punitiva è paradossale, lì dove si pensi che un minore di anni sedici può liberamente compiere atti sessuali con un'una tredicenne, eventualmente con concessione del beneficio dell'*error aetatis*, mentre se lo stesso sedicenne immortala con foto/video le nudità del/della stessa tredicenne (ma anche minore infra-diciottenne), addirittura su richiesta di quest'ultima, risponderebbe di "produzione di materiale pedo-pornografico", in quanto, secondo le SS.UU. 2018, ci sarebbe quella "alterità" tra chi riprende e chi è ripreso, e pertanto, la "utilizzazione" del soggetto minore video-ripreso risulterebbe consumata giacché auto-assorbita o intrinseca nella commissione del fatto storico.

Per non parlare dei casi in cui più minori si prestano a foto/video degeneri e libertine di gruppo, in cui "uno solo" è materialmente l'autore dello scatto ed i restanti sarebbero soggetti passivi del reato. O ancora, si pensi al diffuso fenomeno della *chat line* di gruppo o messaggistica istantanea, dei social network, quali veicoli su cui viaggiano foto e video *hard* di minori realizzati da minori(!)

6. Il fenomeno di costume oggi in voga tra i minori di realizzare e inviare, condividere e conservare, foto/video a contenuto pornografico, meglio individuato con la locuzione di derivazione anglosassone *sexting*, ha duramente messo alla prova l'interprete alla luce della odierna costruzione normativa di cui all'art. 600-ter c.p., rubricato «Pornografia minorile».

L'attuale formulazione precettistica e l'arresto giurisprudenziale della Corte di cassazione nella sua composizione più autorevole - Sezioni Unite del 2018 -, a ben vedere, sono forieri di perplessità e criticità, per lo meno sotto due aspetti. Da un lato non può destare serenità il vuoto di tutela creantesi qualora il materiale pedopornografico sia prodotto con le suesposte modalità (*i.e.*, autoprodotta), considerato il risvolto pericoloso insito nella perdita di controllo e dominio dei suoi creatori. L'interpretazione letterale resa dalla Corte di cassazione⁷⁷ non permetterebbe di considerare punibili

⁷⁷ Com'è stato notato, la sentenza delle Sezioni Unite, depositata il 15 novembre 2018, n. 51815, assieme alla decisione della Cassazione penale, Sezione III, sentenza 21/03/2016 n. 11675, ha sicuramente il pregio di dimostrare come la normativa attuale male si attagli ai casi di "*sexting*", infatti «... per non cadere in un'inammissibile analogia in *malam partem* i giudici di legittimità hanno deciso di confermare l'esclusione del reato in capo a tutti i ricorrenti, accettando il rischio di creare un vuoto di tutela per ipotesi simili a quella sottoposta al loro esame. L'interprete, anche provando a ricorrere ai delitti di pedo-pornografia per disciplinare i casi di *sexting*, attraverso un'analisi della lettera delle norme che permetta, da un lato, di escludere l'intervento penale in ipotesi che esulano dalla *ratio* incriminatrice e, dall'altro, di

le condotte simili a quella del caso sottoposto alla sua attenzione, essendo estensibile il principio di diritto ivi formulato, ove l'immagine/video, realizzata "autonomamente" dal minore in essa raffigurato, sia oggetto di qualsivoglia cessione, commercializzazione, divulgazione ovvero offerta. Dall'altro lato, v'è il rischio concreto di criminalizzare e punire duramente un minore, assuntore di comportamenti "sociali" generalmente accettati e condivisi tra i coetanei, per un fatto il cui disvalore non è percepito come penalmente rilevante, specie a fronte di atteggiamenti consenzienti, col rischio di non trovare, in termini di "risocializzazione o non de-socializzazione", nella pena, ed *in primis* nel diritto penale, lo strumento più opportuno ed idoneo al contrasto (*alias*, regolamentazione), di tale fenomeno di costume dai caratteri indubbiamente criminogeni, ma al tempo stesso necessitanti "misure educative" solo eventualmente meta-penali⁷⁸.

Sarebbe, *a contrario*, opportuno anettere al giudizio valutativo del fatto-reato di pornografia minorile il valore d'espressione insito nell'istituto del "consenso", in modo tale da individuare una sanzione idonea a punire il disvalore del fatto, anche avuto conto della fascia d'età interessata dal minore-vittima, anche solo nel caso di minorità autoriale⁷⁹.

Non vi è dubbio alcuno che le foto-videoriprese di parti intime, che si scambiano gli adolescenti sessualmente smaliziati per gioco, per superficialità, per vendetta, effettivamente integrino la portata oggettiva tipica della pornografia minorile. Ciò che la differenzia e caratterizza, invece, sono i presupposti, le condotte, le relazioni che legano i soggetti coinvolti, gli strumenti utilizzati, i motivi dell'agire, l'intensità della offesa arrecata, ad essere diversi rispetto a quelli che il legislatore ha posto quale *ratio puniendi* i delitti di pedo-pornografia. La legge n. 269/1998, dopo due anni di dibattiti parlamentari, fu promulgata ed aveva una *ratio* intellegibile: colmare un vuoto normativo notevole per la lotta alla pedofilia, realizzando la difesa del fanciullo prima di tutto e ad ogni costo. In quest'ottica, anche considerato l'oggetto del provvedimento, e tenuto conto del pericolo che potesse derivare dalla pratica della realizzazione e circolazione di materiale pudende degli stessi minori, i più scettici, pur storcendo il naso, ritennero opportuno un intervento di carattere paternalistico a favore del minorenni. Il bene giuridico che si voleva tutelare, in linea di massima, era il sereno sviluppo

perseguire comportamenti che meritano una punizione, si accorge, ad un certo punto, che la sua faticosa costruzione ermeneutica inevitabilmente crolla», M. BIANCHI, *op. cit.*, 152.

⁷⁸ Il fenomeno del cd. *sexting* minorile è molto diffuso nel mondo anglosassone, e altrettanto diffusamente si stanno moltiplicando le risposte e le reazioni non penali (*cd. community sentence*, che sono risposte di carattere sociale) da parte delle autorità scolastiche (es: percorsi educativi ad hoc post-scuola) e di polizia, che in base ad una discrezionalità di intervento, ad oggi sconosciuta al nostro ordinamento, per evitare la criminalizzazione del fatto e l'esposizione del minore al processo penale, procedono con provvedimenti di carattere "amministrativo" a seconda della gravità minore (*reprimends*) o maggiore (*warnings*) degli episodi, in base alla unicità degli stessi (*first time offender*) oppure ad un recidività delle condotte (*persistent offenders*). Così P. PASCUCI, *Le più recenti evoluzioni in tema di prevenzione "ante" e "post delictum" della devianza minorile. Cenni di diritto comparato ed europeo* (The most recent evolutions of "ante" and "post delictum" prevention of juvenile deviance. Notes of comparative and European criminal law), 116-119, che affronta il tema della reazione statuale al fenomeno del *sexting* minorile in chiave comparatistica, specie per quanto riguarda Francia ed Inghilterra.

⁷⁹ Come già segnalato da attenta dottrina, potrebbero crearsi tre fasce di età da tenere in considerazione ai fini di una comprensibile e ragionevole valutazione dell'efficacia del consenso. La fascia degli infra-quattordicenni in cui vi è una presunzione assoluta legale di dissenso della persona offesa; la fascia di età compresa tra i quattordici e sedici anni, in cui si potrebbero riconoscere prospettive di presunzione relativa "vincibile in giudizio" di dissenso; e l'ultima fascia, che comprenderebbe i minori maggiori degli anni sedici, per cui viceversa, dovrebbe sussistere una presunzione relativa di consenso prestato, salva la prova contraria di immaturità ed incapacità a valutare gli effetti della scelta sessuale compiuta, ossia consenso non libero; tra gli altri, A. CADOPPI, *op. cit.*, 150.

psico-fisico dei minori, posto ovviamente in pericolo dalla inaccettabile mercificazione della sessualità minorile, realizzata nei modi e con gli strumenti *illo tempore* esistenti.

Dagli anni Novanta i mezzi di comunicazione si sono indubbiamente evoluti e diffusi tra il pubblico dei consumatori; la tecnologia informatica è divenuta protagonista della vita quotidiana della grande maggioranza degli individui; ed i giovanissimi ne sono divenuti gli indiscussi “signori e padroni”. Internet, cellulari e i computer, *tablet*, *smartphone* sempre più facili da utilizzare, d’intuitiva comprensione, economicamente accessibili alla grande maggioranza della popolazione⁸⁰. In venti anni si è rivoluzionato il modo di comunicare, di conoscere, di relazionarsi; siamo alla generazione che i sociologi definiscono cd. nativi digitali⁸¹: giovani che vedono nella tecnologia una parte naturale della loro vita. Un mondo certamente sconosciuto al legislatore del 1998. In vero, altrettanto “impreparato” circa lo stato dell’evoluzione socio-tecnologica è sembrato lo stesso legislatore del 2006, che ha avuto l’occasione di emendare le norme sulla pedo-pornografia, alla luce delle critiche mosse dalla dottrina e delle difficoltà applicative sollevate dalla giurisprudenza. Anche se per vero, il fenomeno di moda del cd. *sexting*, già in uso corrente nel 2005 in Inghilterra, era nel nostro Paese solo all’inizio del suo sviluppo.

Oggigiorno il fenomeno è sotto gli occhi di tutti, e l’indubbia portata criminogena e poco costumata che lo caratterizza ha certamente interessato gli operatori del diritto, politici, ed in generale gli studiosi di scienze criminologiche.

Per quanto si è cercato di evidenziare nei paragrafi precedenti, è evidente che le norme sulla pedo-pornografia, così come sono formulate, non riescono a disciplinare tali fatti, e ciò per una serie di motivi: l’assenza di cause di non punibilità espresse comporta la potenziale applicabilità di tali delitti alle condotte di adolescenti che esprimono in privato la propria libertà sessuale; il presupposto della “utilizzo” del minore - correttivo all’originaria nozione di “sfruttamento” - per quanto abbia una connotazione più ampia, implica comunque una strumentalizzazione della vittima, elemento che inevitabilmente imbriglia l’interprete; dalla struttura dei delitti di pedo-pornografia e dalla cornice sanzionatoria si evince che il massimo disvalore è attribuito alla “produzione” del materiale, perché è in questa fase che l’autore entra in contatto con il minore ed è qui che il bene giuridico viene posto maggiormente in pericolo. Il dato normativo, però, non tiene in debito conto l’opzione in cui sia lo stesso minore a produrre materiale pornografico, e soprattutto mal governa le condotte che si ineriscono nel fenomeno del cd. *sexting*: la creazione del materiale, direttamente o indirettamente, è volontaria, consapevole e consensuale, e la messa in pericolo del bene giuridico si focalizza piuttosto sulla diffusione delle immagini che sulla produzione delle stesse. Ed in ciò si coglie il limite normativo, e soprattutto interpretativo, oggi offerto. Infatti, la punibilità della

⁸⁰ Secondo il CENSIS (rapporto n. 53 del 2019) sulla situazione sociale del Paese, oltre la metà (il 50,9%) della popolazione controlla il telefono come primo gesto al mattino o l’ultima attività della sera prima di andare a dormire. Secondo l’istituto «... tali dati testimoniano come la diffusione su larga scala dei telefonini ‘intelligenti’ nell’arco di dieci anni abbia finito con il plasmare i nostri desideri e i nostri abitudini. Nel 2018 il numero dei cellulari ha superato quello delle tv: in ogni famiglia ci sono in media 4,6 dispositivi mobili. In particolare, nelle case degli italiani ci sono 43,6 milioni di *smartphone* e 42,3 milioni di televisori ... L’*horror vacui* del nuovo millennio pare esser diventato quello di restare senza carica: il 25,8% di chi possiede uno *smartphone* non esce di casa senza il caricabatteria al seguito», consultabile <https://www.censis.it/rapporto-annuale/sintesi-del-53%C2%B0-rapporto-censis>

⁸¹ Espressione introdotta dallo studioso americano M. PRENSKY e comparsa per la prima volta nel suo articolo intitolato, *Digital Natives, Digital Immigrants*, 2001, riproposta in Italia da P. FERRI, *Nativi digitali*, 2011.

circolazione delle immagini “auto-scattate o consapevolmente e consensualmente concesse allo scatto”, sia consentita questa espressione, è dai commi II, III, IV, art. 600-ter c.p., per richiamo espresso, sempre connessa al «materiale pornografico di cui al primo comma», ossia quello «prodotto “utilizzando” i minori di anni diciotto».

La ridondanza per espressa assonanza normativa del concetto di “utilizzo del minore” per tutte le diverse condotte tipizzate di pedo-pornografia, e la riconduzione dei casi di *sexting* nell’ambito dei delitti di pornografia minorile, rischia di portare a decisioni irragionevoli, ed in contrasto con il principio di uguaglianza e di proporzione. La molteplicità di contesti, relazioni, modalità con cui si realizzano questi comportamenti, infatti, fuoriesce dalla contenzione normativa.

La rigidità dell’interpretazione della Cassazione, e la notevole circonlocuzione esplicativa delle ragioni a sostegno del nuovo orientamento, rischia di determinare conseguenze inammissibilmente discriminatorie, in quanto situazioni omogenee in termini di disvalore di azione e di offensività verrebbero trattate, in punto di punibilità, in maniera differente. Ad esempio, incolpevole sarebbe il soggetto cedente materiale ricevuto da un’amica che ritrae quest’ultima in pose intime e che la stessa ha prodotto, mentre verrebbe punito il medesimo soggetto, anche se minore, ove cedesse immagini che lui stesso ha realizzato con il consenso della minore ritratta; o punibile sarebbe il minore che conserva (*alias*, detiene) ovvero cede immagini pedo-pornografiche ricevute da una minore non auto-prodotte; ovvero il caso in cui nell’immagine auto-scattata ed inviata a terzi, o anche caricata su pagina *socialweb*, siano ritratti più minori in pose sconvenienti rispetto all’autore\trice del cd. *selfie* di gruppo. La domanda da porsi è la seguente: ove la minore inviasse la sua fotografia a più persone, oppure una foto che le è stata scattata da altri, ovvero la “posta” su un *social*, alcuni a consultazione libera, quale aspettativa di riservatezza può ragionevolmente maturare la “vittima”?

Non vi è dubbio, così, che l’adozione del criterio interpretativo, seccamente inteso, della «strumentalizzazione del minore e l’alterità tra chi scatta e colui che è ripreso» potrebbe essere foriero di enormi spazi di impunità, ingiustificatamente. Ad esempio, esulerebbe dal perimetro normativo dell’art. 600-ter c.p., la condotta di auto-scatti di un rapporto intimo tra due minorenni nell’ambito di una relazione sentimentale, in cui il materiale, inevitabilmente pedo-pornografico - autoprodotta, senza alterità e privo di strumentalizzazione – venisse poi condiviso con terzi soltanto da uno dei suoi co-autori. È evidente infatti, che in tale ipotesi il soggetto (non divulgatore) rappresentato nel video-fotogramma avesse delle fondate aspettative di riservatezza, che verrebbero però tradite se l’unico e privilegiato destinatario dell’immagine la inviasse successivamente a terzi. È facile in ipotesi di tal fatta presumere “il dissenso” alla diffusione del materiale *de quo*, ma certamente non potrà ritenersi “utilizzato”, nel senso con cui è inteso come tale in giurisprudenza⁸². Applicando alla lettera le norme sulla pedo-pornografia, nei casi citati il cedente non sarebbe punibile, dunque, perché trattasi di materiale autoprodotta(!)

Certamente apprezzabile lo sforzo interpretativo degli operatori del diritto, bilanciato tra rigore semantico e applicazione del *favor rei*, ma indubbiamente i risultati raggiunti non possono considerarsi risolutivi di una scelta normativa che resta incompleta e appalesa forti vuoti di tutela

⁸² Differente è l’ipotesi della punibilità ai sensi del neo articolo 612-ter c.p. rubricato «Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti», c.d. “*Revenge porn*”, disposizione inserita dall’art. 10, comma 1, della L. 19 luglio 2019 n. 69, in vigore dal 9 agosto 2019, che prevede una clausola di sussidiarietà relativamente indeterminata, ed i potenziali ambiti di concorso con i delitti di pornografia minorile, non affrontabili in queste sede.

accanto ad eccessività punitiva, e tutto ciò a fronte di un fenomeno sociale di tipo magmatico ed in continua trasformazione.

La opzione interpretativa di cogliere in un'ottica biunivoca il concetto di "utilizzo del minore" con la valorizzazione dell'elemento insito nella norma del "dissenso\consenso", manifesto o tacito, alla realizzazione di materiale pedo-pornografico, *de iure condito*, sembra essere l'opzione che meglio si attaglia alle esigenze valutative del caso concreto, alla luce della attuale scelta legislativa. Permetterebbe, ad esempio, in linea con la scelta politica criminale sottesa, di ritenere consumato il fatto di produzione o diffusione di prodotto pedo-pornografico anche nel caso di "auto-scatto", qualora possa ritenersi, desunto o desumibile, un consenso non consapevole, pieno, libero ed incondizionato della vittima (si pensi ad autoscatti realizzati in particolari momenti di euforia o mestizia; da persone depresse in particolari circostanze; casi di autoscatto fortuito, involontario...). Così come, in altre ipotesi, riuscirebbe a non considerarsi punibile il produttore dell'immagine con la piena adesione e coscienza della\dei protagonista\i.

Non vi è dubbio che la scelta ermeneutica tesa a salvare e bilanciare la *ratio legis* con i principi generali del diritto penale è l'inevitabile soluzione cui si approda a fronte di un silenzio del legislatore oggi sordo agli appelli degli operatori del diritto e alla stessa società civile.

L'*optimum* cui deve tendersi è la riforma normativa della disciplina, che se da un lato deve tendere all'inserimento di specifiche cause di non punibilità per i minori in determinati casi, e salvare da scelte di criminalizzazione atti troppo spesso dettati da "superficialità" ed immaturità degli agenti, dall'altro deve tendere alla strutturazione di un complesso di interventi a carattere socio-assistenziale primariamente in chiave preventiva.

Fuor di dubbio che sia sacrosanto l'intervento duro e certo del diritto penale nella sua veste tradizionale, e ben venga lo spirito paternalistico che lo sorregge, quando si deve tutelare il minore "vittima" di episodi pedo-pornografici, ma non può accettarsi l'idea di colpire la particolare vulnerabilità del soggetto attivo "minore", specie a fronte di una piena e consapevole adesione al proposito lascivo del "co-protagonista minorenni" immortalato dallo auto-scatto o dall'etero foto\videoripresa.

La normativa che nasce a difesa e salvaguardia della crescita e dello sviluppo di un individuo *in fieri*, giacché indifeso e vulnerabile, rischia di questo passo di trasformarsi in un appuntito strumento atto a mettere in pericolo quello stesso bene di cui è portatore lo stesso soggetto che intendeva proteggere.

Non è facile assumere, in questo momento, delle posizioni assolute e definitive sulla disciplina del fenomeno. Occorrerebbe prima studiare e comprendere il substrato sociale, psicologico e criminologico in cui si collocano questi comportamenti.

Di certo l'individuazione di possibili soluzioni di intervento imporrà riflessioni molto ampie: sul bilanciamento fra tutela dei minori e rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali (libertà sessuale, di espressione, diritto alla *privacy*) di cui sono titolari anche i soggetti minorenni; sul riconoscimento ed eventuale accettazione di questa nuova cultura dell'immagine, anche sessuale, e sulla sua comunicazione; sull'opportunità di reagire o meno ad una crisi valoriale, e, se sì, con quali mezzi e prospettive; sui limiti e sulle funzioni del ruolo del diritto penale in questi ambiti; sul

fondamentale valore della prevenzione e dell'intervento multidisciplinare, soprattutto quando si parla di minori, specie se possibili autori del reato.

«Fattualità del diritto», «pericolosità del potere punitivo» e abolizionismo penale: la necessità della prevenzione primaria

FRANCESCO SCHIAFFO

ABSTRACT

In the most advanced definitions of the models that integrate criminal science and social science, the importance of not compromising the protection of fundamental rights - which represents the essential purpose of criminal law - is evident. In particular, in the model of integration proposed by Raul Zaffaroni, criminology must provide data on the dangers of punitive power, the use of which can lead to compensable but not remediable damage. From the perspective of situational crime prevention, this instrument then becomes a facilitator to be disciplined and controlled, but the irremediable nature of the damage caused, once again, offers no real alternatives to the abolitionist choice.

SOMMARIO: 1. Alle origini di un radicale superamento del tradizionale modello di integrazione tra «scienza sociale» e «discorso dei giuristi»: l'audace proposta di Baratta. - 2. L'aspirazione ad una «sintesi»: politica criminale e sistema del diritto penale nella proposta di Roxin. - 2.1. La ricerca di «una nuova immagine del sistema penale» nella letteratura tedesca del secondo dopoguerra. - 3. I limiti della integrazione: politica criminale e divieti costituzionali tra «macrofisica della sovranità» e «microfisica del potere». - 3.1. I «poteri disciplinari» e le «chiacchiere della criminologia» nel pensiero di Michel Foucault. - 3.2. I limiti della integrazione e la funzione dei divieti costituzionali: un paradigma. - 4. La tutela dei diritti umani oltre la politica criminale: la proposta di Zaffaroni per un «nuovo modello» di integrazione nella «terza fase» della evoluzione della criminologia. - 5. Dall'«orizzonte della criminologia» alla (irrimediabile) «fattualità» del danno: l'imperativo kantiano e la necessità della prevenzione primaria della «pericolosità del potere punitivo». - 5.1. Il percorso giudiziario e la impossibile riduzione *in pristino* dei danni cagionati in occasione dell'esercizio del potere punitivo (ovvero il ruolo marginale delle soluzioni sanzionatorie nel «secolo che riscopre la fattualità del diritto»). - 5.2. La «pericolosità del potere punitivo» e la sua legittimazione legale: gli esiti della prevenzione primaria e le tecniche della prevenzione situazionale.

1. Con argomentazioni del tutto coerenti con la «delegittimazione del sistema penale» e con il discorso «non legittimante» rappresentati già nel 1989 in *En busca de las penas perdidas*¹, Raul Zaffaroni ha dato il suo magistrale contributo anche nella specifica prospettiva di un radicale e

¹ E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), Napoli, 1994, 27 ss., 194 ss., *passim*.

definitivo superamento della tradizionale configurazione dei rapporti tra criminologia e scienza del diritto penale.

Si tratta, notoriamente, di una configurazione che attribuiva alla prima una funzione meramente ausiliare della seconda e che in Europa inizia ad essere diffusamente criticata negli anni Settanta: affiora, allora, una proposta diversa nel dibattito scientifico che, in mondo esemplare, irrompe nel pensiero di Alessandro Baratta.

Secondo Baratta *«al posto del classico modello integrato di scienza penalistica può sorgere solo un nuovo modello, in cui il rapporto tra scienza sociale e discorso dei giuristi non è più il rapporto tra due scienze, ma un rapporto tra scienza e tecnica. Per tecnica giuridica si intende l'apprestamento di strumenti legislativi (tecnica legislativa), interpretativi e dogmatici in vista di finalità e di opzioni politico-criminali coscientemente perseguite nell'ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita, in questi diversi livelli della propria attività, dal sistema giuridico-politico»*².

Proponendo una chiara definizione *«del momento tecnico-giuridico e della sua dipendenza dalla scienza sociale nell'ambito di un nuovo modello integrato di scienza penalistica»*³, Baratta attribuisce chiaramente al giurista innanzitutto il compito di perseguire finalità politico-criminali.

Altrettanto chiaramente, però, ne definisce i limiti secondo criteri rigorosamente giuridici. Di essi è implicitamente rappresentato anche un preciso fondamento giuridico che, nella prospettiva di un sistema di diritto positivo, emerge evidente nel riferimento all'«*ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico*».

La sua proposta di un «nuovo modello» di integrazione tra «scienza sociale» e discorso giuridico si caratterizza, dunque, per una definizione dei rispettivi ruoli assolutamente originale, molto più complessa e, comunque, profondamente diversa da quella che, nei modelli tradizionali, si risolveva nella funzione meramente ausiliare della criminologia: l'assunto di un «ambito» di «correttezza logico-argomentativa» e di «discrezionalità valutativa» ne è, probabilmente, solo il nodo centrale.

2. Data la particolare prospettiva del suo contributo, Baratta non dedicava ulteriori approfondimenti allo statuto epistemologico della nuova scienza penalistica integrata.

Cinque anni prima, però, da un punto di vista più propriamente giuridico anche Roxin, nell'ambito della sua proposta metodologica notoriamente rappresentata in *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*⁴, aveva escluso una dimensione solo empirica delle opzioni politico-criminali rilevanti per il giurista, proponendone una sintesi con la «vincolatività del diritto».

In particolare, Roxin aveva affermato che *«la vincolatività del diritto ed il finalismo della politica criminale non possono essere in contraddizione, ma devono ricondursi a sintesi, così come*

²A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. crim.*, 1975, 7 ss., 55 s. (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

³A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, cit., 56.

⁴C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998, 37 ss.

*stato di diritto e stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica»*⁵.

Nella stessa «unità dialettica» tra stato di diritto e stato sociale, dunque, va collocato anche il ruolo della politica criminale.

Essa, infatti, in quanto «essenza di quei principi secondo i quali lo Stato deve condurre la lotta contro il delitto, attraverso la pena e le istituzioni ad essa collegate»⁶, contribuisce chiaramente a definire l'azione politica di «uno stato pianificatore ed assistenziale» che, tuttavia, «senza le conquiste dello stato di diritto che garantiscono la libertà» non «può pretendere di essere riconosciuto come stato sociale»⁷.

Pur nell'ambito di una chiarissima - e, in prospettiva *de lege lata*, assolutamente originale - proposta di integrazione, dunque, già nel 1970 era evidente, nel pensiero di Roxin, l'assunzione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico di uno stato sociale di diritto per definire e limitare normativamente l'ambito di operatività della politica criminale.

2.1. Nello stesso contributo non è nascosto, ma appare evidente ed è esplicito anche il riferimento di Roxin alla «metodologia del neokantismo assiologicamente orientata, che negli anni Venti ebbe il predominio scientifico»⁸ e che fu notoriamente condivisa anche dai giuristi tedeschi che promossero l'involuzione autoritaria del diritto penale nazista⁹.

Roxin, tuttavia, precisa immediatamente ed inequivocabilmente termini e limiti del proprio rinvio ai postulati metodologici del neokantismo che «avrebbe potuto condurre, dal punto di vista normativo, ad una “immagine del sistema penale” del tutto nuova, se avesse scelto delle direttive di politica criminale come criterio cui informare tutte le formulazioni dommatiche. Ma da queste basi non è mai scaturito un sistema capace di sostituire la costruzione logico-formale della tradizionale teoria del reato. Il suo sviluppo ha portato soltanto a [...] risultati» che Roxin considera molto specifici e dunque parziali e in cui, tuttavia, «risiedono importanti principi che permettono l'introduzione di finalità politico-criminali nel lavoro dommatico»¹⁰.

Seppur non espressamente attribuito, il riferimento ad un “*neues Bild des Strafrechtssystems*” - riportato in parte tra virgolette - è un chiaro omaggio di Roxin a Welzel.

È noto che Welzel fu critico attentissimo, puntuale e perspicace delle elaborazioni metodologiche dei filosofi e dei giuristi neokantiani già nel 1935, ovvero già all'epoca del loro massimo consenso presso i giuristi che, per esplicita adesione politica - se non per i ruoli istituzionali assunti -, apparivano chiaramente vicini al regime nazista¹¹.

Sulla base di postulati metodologici radicalmente diversi - che, nella stessa opera del 1935, risultavano già sufficientemente definiti -, l'aspirazione di Welzel ad un “*neues Bild des*

⁵C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 46 s.

⁶F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben* (1889-1992), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, vol.I, 290 ss., 291.

⁷C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 46 s..

⁸C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 48.

⁹ Cfr. sul punto il magistrale e recente contributo di E. R. ZAFFARONI, *La doctrina penal nazi. La dogmatica penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires, 2017, 161 ss., *passim*.

¹⁰C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 48 s.

¹¹ H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935, 42 ss., *passim*.

Strafrechtssysteme” assolutamente alternativo a quello perseguito dal regime nazista sarebbe chiaramente emersa dopo la seconda guerra mondiale¹².

Divenne, allora, ancor più evidente e costante il riferimento di Welzel alle *sachlogische Strukturen* di chiara matrice fenomenologica che egli assunse come vincolo necessario ed insuperabile anche per il legislatore¹³: la capacità dell'uomo di prevedere e guidare il decorso causale delle proprie azioni – che, per lo stesso Welzel, fu il fondamento del suo concetto finalistico di azione¹⁴ – ne rappresenta solo l'esempio più noto.

Nella autorevole interpretazione proposta da Zaffaroni, la coerente assunzione delle *sachlogische Strukturen*, ben oltre le singole e note implicazioni dommatiche, ha consentito a Welzel di prendere «dalla realtà ciò di cui ha bisogno per potere assolvere alla finalità politica che assegna al diritto penale, ma senza inventare ciò che nella realtà non esiste, a differenza del neokantismo».

In via di estrema ed efficacissima sintesi, Zaffaroni ritiene che il metodo proposto da Welzel «rispetta il mondo, non lo inventa».

In particolare, secondo Zaffaroni, sarebbe questo il «contributo più importante del finalismo» perché «il diritto penale che non rispetta il mondo può costruirsi come una tecnica asettica per risolvere casi concreti, che consenta ai giudici di passare, impavidi, sopra i dati più terrificanti della realtà. La finestra sulla realtà che fu aperta con la teoria delle strutture logiche delle cose impedisce un tale autismo tecnocratico. Il mondo esiste ed ha i suoi ordini. Si può costruire una teoria penale con l'obiettivo politico che si voglia, ma questi ordini devono essere rispettati; l'esistenza del mondo deve essere rispettata»¹⁵.

Poste in queste termini, le premesse della metodologia welzeliana rendono chiaramente possibile una “nuova immagine del sistema penale”.

Radicalmente alternativa a quelle proposte dal neokantismo (e troppo spesso condivise o comunque strumentalizzate dal regime nazista), essa realizzerebbe l'aspirazione di Welzel ad un sistema giuridico-penale attento e orientato alla realtà che torna evidente anche nell'auspicio di Roxin, favorevole alla scelta di «direttive di politica criminale come criterio cui informare tutte le formulazioni dommatiche».

3. Per una precisa definizione ed una efficace esemplificazione del ruolo della «vincolatività del diritto» proposto da Roxin o dell'«ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico» evocato da Baratta appaiono utili - se non essenziali! - le garanzie e i divieti che solitamente sono posti a tutela dei diritti dell'uomo nei principi fondamentali dell'ordinamento di uno stato di diritto: l'eventuale efficacia politico-criminale di specifiche soluzioni legislative (in prospettiva *de lege ferenda*) o comunque normative (in prospettiva *de lege lata*), anche se fosse scientificamente ed inequivocabilmente dimostrata, mai potrebbe determinarne la violazione.

¹² Esemplare, in questi termini, proprio H. WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951, 9, *passim*.

¹³ H. WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in *Festschrift für Niedermeyer*, Göttingen, 1953, 279 ss., 292 ss.

¹⁴ H. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 1931, 703 ss., 709 ss., 718 ss.; ID., *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1939, 491 ss., 502 s.

¹⁵ E. R. ZAFFARONI, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, 265 ss., 271 s.

3.1. In una prospettiva più ampia di quella limitata al=diritto positivo, si tratta di evitare che assuma le funzioni del potere sovrano e punitivo dello Stato un altro potere che, in una prospettiva alternativa a quella della «*macrofisica della sovranità*», diventa «*disciplinare*» nel pensiero di Michel Foucault¹⁶.

In particolare, nel corso sul potere psichiatrico tenuto presso il Collège de France nell'anno accademico 1973/1974, Foucault offrì anche una rappresentazione storica di quella che, dopo pochissimi anni, sarebbe diventata la esplicita proposta di «*una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell'interdizione*» e che era efficacemente rappresentata e sintetizzata con la metafora della necessità di «*tagliare la testa del re*»¹⁷.

In particolare, nel corso sul potere psichiatrico Foucault aveva proposto la scena dell'internamento di Giorgio III descritta da Pinel nel "Traité médico-philosophique" del 1800, per rappresentare chiaramente il potere sovrano del re «*in preda alla mania*» che soccombe a quello della psichiatria, ovvero per rappresentare «*lo scontro, la sottomissione, la cerniera tra un potere sovrano e un potere disciplinare*»: «*ci troviamo dunque di fronte ad un atto di destituzione, di caduta del re [...] qualcosa di nuovo, di diverso, per esempio, rispetto a quel che potremmo trovare in un dramma shakespeariano. Non abbiamo qui a che fare né con Riccardo III minacciato di cadere sotto il potere di un altro sovrano, né con re Lear che, spogliato della sua regalità, erra per il mondo immerso nella solitudine, nella miseria, nella follia*», ma con «*un potere di genere affatto diverso da quello della sovranità, e che anzi, [...] vi si oppone in tutto e per tutto*» perché «*anonimo, senza nome, senza volto, un potere che risulta suddiviso tra diverse persone e che si manifesta attraverso l'implacabilità di un regolamento che non viene nemmeno formulato*».

Infatti, «*mentre il potere sovrano si manifesta essenzialmente attraverso i simboli della forza sfolgorante dell'individuo che lo detiene, il potere disciplinare è un potere discreto, ripartito*» che «*funziona solo attraverso un reticolo di relazioni, e che diventa visibile solo mediante la docilità e la sottomissione di coloro sui quali, in silenzio, esso si esercita*»¹⁸.

«*A seguirne le tracce*», Foucault ritrova gli stessi «*dispositivi disciplinari [...] nelle comunità religiose*», «*regolari*» o «*spontanee*», del Medioevo, «*isolotti*» di «*ricerche disciplinari*»¹⁹, poi applicate nelle «*colonizzazioni*» disciplinari, fino al «*terzo tipo di colonizzazione*», ovvero alla

¹⁶M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)* (2003), Milano, 2010, 29 ss.

¹⁷M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici (1971-1977)*, Torino, 1977, 15 s. Secondo Foucault, si tratta, in particolare, di superare un contesto teorico «*legato all'istituzione della monarchia. Essa si è instaurata nel Medioevo sullo sfondo delle lotte permanenti fra i poteri feudali preesistenti. Si è presentata come arbitro, come potere di far cessare la guerra, di porre termine alle violenze, alle esazioni, di dire "no" alle lotte e alle liti private. Si è resa accettabile dandosi un ruolo giuridico e negativo, che ha beninteso sopravanzato subito. Il sovrano, la legge, l'interdizione tutto ciò ha costituito un sistema di rappresentazioni del potere che è stato in seguito trasmesso dalle teorie del diritto: la teoria politica è rimasta ossessionata dal personaggio del sovrano. Queste teorie pongono tutte ancora il problema della sovranità*» (p.15); in realtà, infatti, «*lo Stato è sovrastrutturale in rapporto a tutt'una serie di reti di potere che passano attraverso i corpi, la sessualità, la famiglia, gli atteggiamenti, i saperi, le tecniche, ecc., e questi rapporti sono in una relazione di condizionante-condizionato nei confronti di una specie di metapotere che è strutturato per l'essenziale intorno ad un certo numero di grandi funzioni d'interdizione*» (p.16).

¹⁸M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 30-32.

¹⁹M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 68-70.

«colonizzazione interna dei vagabondi, dei mendicanti, dei nomadi, dei delinquenti, delle prostitute e così via che ha dato origine all'intero sistema di internamento»²⁰.

Ad esso sarebbe stato specificamente dedicato *Surveillier et punir*, pubblicato nel 1975 ovvero poco più di un anno dopo il corso al Collège de France sul potere psichiatrico.

Nelle pagine conclusive del lavoro, Foucault, riferendosi ai «giudici», afferma che «il loro immenso “appetito di medicina” che si manifesta incessantemente – dall'appello agli esperti psichiatri fino all'attenzione alle chiacchiere della criminologia – esprime il fatto più importante: il potere che essi esercitano è stato “snaturato”»²¹.

La valutazione, evidentemente critica, posta in termini di «chiacchiere» è riferita da Foucault alla criminologia che si afferma «nel secolo XIX» quando l'«uomo», scoperto nel criminale» in occasione della «protesta contro i supplizi» che «troviamo ovunque, nella seconda metà del secolo XVIII», diventa «il bersaglio dell'intervento penale, l'oggetto ch'esso pretende di correggere e di trasformare, il campo di tutta una serie di scienze pratiche e specifiche – “penitenziarie”, “criminologiche”»²².

Sulla premessa, assolutamente condivisibile, della «protesta contro i supplizi», alla criminologia, dunque, è stato attribuito un potere «“snaturato”».

3.2. Rischierebbe, tuttavia, di avere un esito del tutto analogo l'integrazione del «discorso dei giuristi» con una «scienza sociale» che non sia limitata entro l'«ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico» definito da Baratta o dalla «vincolatività del diritto» evocata da Roxin.

Risulta esemplare, sotto questo profilo, la funzione del divieto di trattamenti sanzionatori inumani e degradanti, affermato all'art.5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ripreso all'art.3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel 1950 e ampiamente condiviso nelle Costituzioni moderne.

Nell'ambito specifico dell'ordinamento giuridico italiano una disposizione analoga circa i «trattamenti contrari al senso di umanità» è posta all'art.27 co.3 prima parte della Costituzione repubblicana del 1948.

In termini altrettanto limpidi ed ormai assolutamente inequivocabili la stessa funzione è svolta dalla disposizione di cui al successivo co.4 dell'art.27 della Costituzione secondo cui nell'ordinamento giuridico italiano «non è ammessa la pena di morte». Il relativo divieto, infatti, è diventato assoluto in Italia dopo la riforma di cui alla legge costituzionale n.1 del 2007 che, nella stessa disposizione, ha eliminato la previsione della possibilità di una eccezione «nei casi previsti dalle leggi militari di guerra»²³.

²⁰M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 75.

²¹M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, 1993, 336.

²²M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 79 s.

²³ Sull'art.27 co.4 Cost. sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli “assiomi oscuri” dell'ordinamento costituzionale*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, vol.I, 147 ss., 194 dove se ne auspicava la riforma perché, dato il tenore letterale della disposizione costituzionale, una interpretazione 'emergenziale' del divieto di pena di morte avrebbe ben potuto risolverlo nella mera affermazione di una riserva di legge marziale.

Dunque, anche se ne fosse prevedibile con certezza pressoché assoluta o persino scientificamente ed inequivocabilmente dimostrata la sicura efficacia per la prevenzione di forme di criminalità anche gravissime, particolarissime ed eccezionali in momenti delicatissimi per la stabilità politica e sociale, oggi mai potrebbe essere legittimo in Italia il ricorso alla pena di morte.

In senso analogo, Roxin recupera in prospettiva *de lege ferenda* il riferimento a carte fondamentali di rilevanza sovranazionale e, precisando le posizioni sostanzialmente già espresse nel 1970 in *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, afferma che «i diritti dell'uomo e i principi dello stato sociale di diritto entrano nelle valutazioni politico-criminali e, attraverso la loro validità sovranazionale, diventano “pietre angolari del diritto penale europeo”»²⁴.

4. In una prospettiva che supera l'ambito esclusivo della politica criminale, lo stesso riferimento ai diritti dell'uomo diventa fondamentale nella proposta di Zaffaroni per definire un ulteriore modello di integrazione tra criminologia e diritto penale.

In particolare, Zaffaroni lo definisce in termini sufficientemente espliciti quando, rivisitandone lo statuto epistemologico, afferma che «la criminologia deve superare un serio pregiudizio – già abbastanza screditato – che è quello della sua asepsi ideologica» per «porre in essere una critica dei discorsi sulla base di un impegno ideologico per i diritti umani»²⁵.

Alle valutazioni critiche della criminologia è attribuito, quindi, un ruolo che non è più semplicemente euristico, ma immediatamente operativo e concreto.

Già nel 1993 Zaffaroni lo aveva implicitamente proposto, quando, riprendendo posizioni già dettagliatamente argomentate in *En busca de las penas perdidas*²⁶, auspicava, per l'«inizio del terzo millennio», un diritto penale che fosse «il “diritto umanitario” del momento della politica (sul modello del “diritto umanitario del momento della guerra”)» e, soprattutto, prospettava la necessità di «riconciliare con l'etica il diritto penale, di riconciliare con l'etica il potere, con ciò imponendo ad esso l'obbligo di esercitare il controllo riduttore e divenire autenticamente liberale»²⁷.

Secondo quanto affermato successivamente dallo stesso Zaffaroni²⁸, già allora si intravedeva chiaramente la definizione dei rapporti tra criminologia e diritto penale che sarebbe stata esplicitata quando, tra l'altro, in un contributo recentemente pubblicato in Italia, Zaffaroni assume la necessità del «controllo riduttore» come la necessità, per il diritto penale, del «contributo permanente dei dati

²⁴ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre* (1992), IV ed., München, 2006, 222.

²⁵ E. R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, in AA.VV., *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. MOCCIA e A. CAVALIERE, Napoli, 2016, 75 ss., 93.

²⁶ E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute*, cit., 206 ss.

²⁷ E. R. ZAFFARONI, *La rinascita del diritto penale liberale o la “Croce Rossa” giudiziaria*, in AA.VV., *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. GIANFORMAGGIO, Torino, 1993, p.383 ss., 395. In senso analogo già A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *Quest. crim.*, 1979, 147 ss. affermava la necessità di una «drastica riduzione» dell'impiego della politica penale e delle misure detentive «a problemi di protezione non altrimenti risolvibili» e dell'«apprestamento di un sistema di misure di politica criminale che agiscano nel tempo medio e nel tempo lungo, da controllarsi sulla base degli effetti e dei costi sociali» (p.172) e, in esplicito riferimento a Radbruch, considerava un «segno importante di progresso», la «cattiva coscienza» acquisita dal penalista con la consapevolezza della assoluta contraddittorietà tra funzioni dichiarate e funzioni reali del sistema penale (p.170 s.).

²⁸ E. R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 76.

della realtà relativi all'esercizio del potere punitivo, provenienti dalla criminologia»²⁹ ed afferma che, con «l'integrazione del nuovo modello», «quello che la criminologia nel futuro apporterà al diritto penale saranno, giustamente, i dati relativi alla pericolosità del potere punitivo».

Infatti, anche se «sembrava un concetto abbandonato [...] oggi la pericolosità dovrebbe rinascere diafana e vivace, però non incentrata sul reo comune, bensì sullo stesso potere punitivo»³⁰.

Inizierebbe, allora, una «terza fase» nella evoluzione del pensiero criminologico, successiva, innanzitutto, alla «lunga fase legittimante, iniziata con i demonologi e conclusa con il declino del positivismo razzista nella seconda guerra mondiale» e, poi, «a quella transitoria o negazionista, che comincia con la criminologia eziologica di tipo sociologico del dopoguerra e culmina con la criminologia della reazione sociale e critica, in tutte le sue versioni»³¹

Per inaugurarla, secondo Zaffaroni, la criminologia «deve andare oltre i limiti che essa stessa si tracciò a suo tempo» e che «supererà nella misura in cui introduca il genocidio nel suo orizzonte»³².

Non si tratta, tuttavia, di considerare involuzioni particolarmente cruente di scenari bellici più o meno diffusi.

Infatti, «nemmeno i genocidi antichi furono commessi in funzione bellica, perché avevano luogo quando la guerra era cessata e il nemico era vinto». In particolare, «tutti i genocidi furono eseguiti dal potere punitivo o in funzione punitiva», togliendo la vita, nel corso del XX secolo, «a circa cento milioni di persone, ossia un cinquantesimo della popolazione del pianeta, mentre le guerre hanno causato intorno ai quarantacinque milioni di vittime»³³.

Sono stati, dunque, «massacri» che Zaffaroni, mutuando le fasi altrove teorizzate per la affermazione di ideologie politiche razziste³⁴, ritiene che «non si producono come eruzioni vulcaniche o terremoti difficilmente prevedibili, ma si vanno preparando lentamente, con reazioni discriminatorie diffuse, poi organiche e ideologicamente preparate e, infine, assunte come politiche statuali»³⁵.

Ma comunque «i massacri non possono essere una questione di contabilità dei cadaveri»: anche Zaffaroni, infatti, sia pur considerandone condivisibilmente superflua la precisa attribuzione, assume come basilare principio etico l'imperativo kantiano secondo cui «ogni essere umano deve essere considerato come fine in sé»³⁶.

5. Nella proposta di Zaffaroni, quindi, il genocidio è la sintesi più drammatica dei «dati più terrificanti della realtà» su cui il giurista non può «passare impavido», fino a diventarne una rappresentazione quasi iconografica: la sua assunzione nell'«orizzonte» della criminologia è, infatti,

²⁹E. R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 76.

³⁰E. R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 95.

³¹ Il ruolo del «paradigma eziologico» nella evoluzione della criminologia e la necessità del suo superamento erano stati già efficacemente definiti da A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale*, cit., 147.

³²E. R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 92.

³³E. R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 85 s.

³⁴M. WIEVIORKA, *Il razzismo* (1998), Roma-Bari, 2000, 52 ss., 64 ss.

³⁵E. R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 93.

³⁶E. R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 96.

evidentemente paradigmatica del «contributo permanente» dei dati di realtà che essa deve fornire relativamente al concreto «esercizio del potere punitivo» ed alla sua «pericolosità».

I dati e i fatti relativi al genocidio forniscono, pertanto, al penalista elementi per rivedere e precisare, in considerazione della «pericolosità del potere punitivo», gli esiti del suo lavoro.

La pericolosità del potere punitivo, però, significa esclusivamente danno potenziale ed astratto solo fino a quando il discorso, *de lege ferenda* o *de lege lata*, resta comunque rigorosamente limitato nell'ambito - essenzialmente accademico - della fase della formazione o della posizione della norma giuridica.

Invece, nella fase della applicazione della norma – necessariamente riferibile solo ad una rigorosa prospettiva *de lege lata* –, essa rischia sempre di dissolversi ed essere sopraffatta in quanto mera assunzione ideale per riemergere nella dimensione reale di un danno attuale e concreto³⁷.

Allora, nella stessa prospettiva riferita ad episodi specifici e concreti, al penalista non resta che preoccuparsi innanzitutto di riaffermare i diritti dell'individuo danneggiato in occasione dell'esercizio del potere punitivo. Si tratterà, allora, di agire in giudizio contro coloro che ne sono i responsabili o, se l'episodio si colloca in una vicenda giudiziaria già aperta e ancora in corso, accedere ai rimedi processuali ancora disponibili.

In entrambe le ipotesi, dunque, la riaffermazione dei diritti dell'individuo sarà realizzabile solo in quanto esito di un percorso giudiziario.

5.1. Ma, anche quando sarà stata conseguita, la riaffermazione dei diritti dell'individuo danneggiato in occasione dell'esercizio del potere punitivo non necessariamente implica il ristabilimento dello *status quo ante* e, comunque, potrebbe soddisfarne in termini solo parziali le doglianze.

Più realisticamente è ipotizzabile, infatti, che il danno prodotto in occasione dell'esercizio del potere punitivo resti, in tutto o in parte, comunque irreparabile in termini «fattuali», ovvero nelle forme specifiche - fisiche e psichiche - della riduzione *in pristino*.

Certo, la riaffermazione dei diritti dell'individuo ristabilisce il sistema giuridico nel suo originario equilibrio ideale.

Tuttavia, non l'ordine innanzitutto o prevalentemente (se non esclusivamente!) concettuale del sistema giuridico, della riaffermazione della sua validità o, peggio, la funzione delle sanzioni giuridiche come una sorta di strumenti contabili per l'algebrica simmetria di un equilibrio di bilancio, ma «solo l'uomo, e con lui ogni creatura razionale, è uno scopo in sé stesso»³⁸.

Emerge, allora, una prospettiva che, evidentemente, non è giuridico-formale o comunque concettuale.

Piuttosto assumono una primaria ed assoluta evidenza valutazioni che sono radicate e concentrate sulla realtà.

³⁷ Una esemplare applicazione della funzione euristica della distinzione tra le fasi di formazione, posizione e applicazione della norma giuridica, nell'ambito della teoria del reato, fu offerta da B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Studi in onore di Antolisei*, vol.III, Milano, 1965, 3 ss., 10 ss.

³⁸ Si tratta, notoriamente della seconda formulazione dell'imperativo categorico proposta in I. KANT, *Critik der praktischen Vernunft* (1788), IV ed., Riga, 1797, 155 s. che precisa quella già proposta in I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), II ed., Riga, 1786, 66 s.: «Agisci in modo da trattare sempre come scopo mai semplicemente come mezzo l'umanità sia nella tua persona che nella persona di chiunque altro».

Nel «*secolo che riscopre la fattualità del diritto*», esse hanno trovato nell'ordinamento giuridico italiano anche un inequivocabile fondamento costituzionale, particolarmente evidente laddove si afferma che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto libertà ed uguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art.3 co.2 Cost.)³⁹.

Il giurista, quindi, in quanto artefice e cultore del primo ed essenziale strumento di azione politica e sociale a disposizione «della Repubblica», deve adeguarsi al compito di operare secondo valutazioni «di fatto» e considerare, dunque, non solo l'ordine ideale, ma anche e soprattutto i presupposti di realtà, gli scopi e l'efficacia e, soprattutto, gli effetti del proprio lavoro.

In questa prospettiva, allora, va valutata innanzitutto la reale accessibilità dei rimedi giudiziari e/o sanzionatori per i danni attuali e concreti prodotti nell'esercizio del potere punitivo e diventano essenziali, quindi, le soluzioni legislative che la garantiscono: la normativa italiana sul patrocinio legale a spese dello Stato (artt.74 e seguenti del d.P.R. n.115/2002) è solo una soluzione esemplare per assolvere il «compito della Repubblica» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico» che limitano «di fatto libertà e uguaglianza» (art.3 co.2 Cost.).

Ma soprattutto la stessa prospettiva della «fattualità del diritto» condivisa ed affermata all'art.3 co.2 della Costituzione italiana impone strategie per impedire in modo stabile e tendenzialmente definitivo che, anche solo una volta, l'esercizio del potere punitivo diventi «di fatto» occasione di danni che, poi, «di fatto» potrebbero essere mai realmente e integralmente rimediabili.

Dalla «fattualità del diritto» e dalla considerazione di ogni singolo uomo come «scopo in sé stesso» deriva, infatti, anche la rilevanza solo marginale, nel campo di azione del giurista, delle strategie di prevenzione terziaria dei danni riconducibili all'esercizio del potere punitivo.

Secondo una classificazione ampiamente consolidata nella letteratura criminologica di base⁴⁰, sono strategie di prevenzione terziaria le soluzioni sanzionatorie che perseguono solo la prevenzione della emulazione del comportamento dannoso o, in casi specifici, della recidiva di chi lo ha già realizzato almeno una volta: quando le si applica, quindi, ciò che non doveva accadere è già accaduto almeno una volta ovvero c'è già almeno un uomo che, secondo modalità in realtà non (del tutto) rimediabili, è stato danneggiato in occasione dell'esercizio del potere punitivo.

Se, però, anche quel singolo uomo deve essere considerato «scopo in sé stesso» e non occasione o mezzo per attivarsi in modo che non accada mai più ciò è accaduto a lui, è evidente, allora, che non basta considerare illeciti i danni provocati nell'esercizio del potere punitivo e neppure perseguirli in quanto tali.

Sin dall'origine, piuttosto, essi vanno evitati.

5.2. In un contesto coerentemente orientato alla «fattualità del diritto», l'azione del giurista si concentra, allora, sulle strategie di prevenzione primaria e secondaria.

³⁹ Sul dibattito che, nell'ambito dell'Assemblea costituente, ha determinato i riferimenti a fattualità ed effettività di cui all'art.3 co.2 Cost. cfr., da ultimo, P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno* (2013), in ID., *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017, 60 ss., 68 ss., secondo cui «il secolo che riscopre la fattualità del diritto ha nelle sessioni della Prima Sottocommissione (ma si può tranquillamente estendere a conclusione alla intera Assemblea) dei riscontri puntualissimi» (p.69, l'evidenziazione grafica è dell'A.).

⁴⁰ Per tutti cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 106 ss.

In riferimento alla criminalità, esse sono state teorizzate come strategie multiagenziali, quindi articolate e complesse che perseguono obiettivi non temporanei ma stabili e tendenzialmente definitivi; per le stesse ragioni, tuttavia, esse sono immaginabili solo nel medio o nel lungo periodo e solo grazie all'intervento di attori che sono protagonisti in contesti macrosociali, tra cui innanzitutto il legislatore.

È evidente che, in questa prospettiva, tutte le soluzioni legislative per la costruzione di un ordinamento giuridico coerente con i principi e le garanzie del diritto penale liberale diventano strategie per la prevenzione primaria e secondaria di fenomeni socialmente dannosi riconducibili alla «*pericolosità del potere punitivo*».

Tuttavia, la cronaca e la storia recentissima dimostrano che anche in Italia genocidio e massacri - che «*non possono essere una questione di contabilità dei cadaveri*» - sono ancora attuali⁴¹: la disciplina tuttora vigente di ogni fase di esercizio del potere punitivo non è riuscita ancora ad impedirli del tutto e, quindi, non si è ancora realizzata l'ambizione ormai plurisecolare ad un sistema penale che realmente sia uno strumento destinato esclusivamente all'applicazione assolutamente necessaria di sanzioni penali in un contesto socio-culturale realmente e rigorosamente coerente con la presunzione di innocenza fino a sentenza definitiva di condanna.

Evidentemente non è realistico immaginare simili contesti giudiziari, sociali e culturali: finché - come peraltro è inevitabile! - ci saranno processi che si concludono anche con sentenze di assoluzione, ci saranno sempre persone comunque danneggiate - almeno nella propria reputazione sociale - in occasione dell'esercizio del potere punitivo.

Mutatis mutandis, la rinuncia ad agire sulle cause reali e profonde della criminalità e, quindi, a perseguire soluzioni stabili e tendenzialmente definitive con strategie di prevenzione di medio e lungo periodo ha determinato l'elaborazione e l'adesione a strategie di prevenzione situazionale orientate ad agire non sulle cause reali, ma sulla mera occasione del crimine⁴², notoriamente teorizzata in termini di convergenza di tre fattori: potenziale autore, obiettivo interessante e assenza o inerzia di un guardiano⁴³.

In questa prospettiva sono state elaborate e raffinate le tecniche di prevenzione situazionale⁴⁴, tra cui assumono un ruolo primario le soluzioni per controllare, limitare o impedire la disponibilità dei *facilitators*⁴⁵, ovvero degli strumenti che, come per esempio le armi, sono indispensabili o comunque agevolano la esecuzione dei reati: è evidente che nel caso dei danni cagionati in occasione

⁴¹L. MANCONI - V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, Milano, 2011, *passim*.

⁴²L. E. COHEN - M. FELSON, *Social Change and Crime Rate Trends: a Routine Activity Approach*, in *American Sociological Review*, 1979, 588 ss.; R.V. CLARKE, *Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis and Practical Scope*, in *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, 1983, 225 ss.; R.V. CLARKE - M. FELSON, *Introduction: Criminology, Routine Activity, and Rational Choice*, in AA.VV., *Routine Activity and Rational Choice* (1993), a cura di R.V. CLARKE e M. FELSON, New Brunswick (New Jersey), 2004, 1 ss.

⁴³L. E. COHEN - M. FELSON, *Social Change and Crime Rate Trends*, cit., 589.

⁴⁴ Sulla classificazione delle tecniche di prevenzione situazionale e sulla relativa evoluzione cfr. R.V. CLARKE, *Introduction*, in AA.VV., *Situational Crime Prevention, Successful case studies*, a cura di R.V. CLARKE, Guilderland (New York), 1997, 1 ss., 15 ss.

⁴⁵R. V. CLARKE, *Introduction*, cit., 18.

dell'esercizio del potere punitivo si risolve in un *facilitator* la relativa legittimazione che, nella democrazia di uno stato di diritto, può essere solo quella fondata sulla legge⁴⁶.

È noto che, in contesti appena più ampi di singole e specifiche occasioni, l'efficacia delle strategie situazionali per la prevenzione della criminalità incontra un ostacolo pressoché inevitabile nell'effetto spostamento⁴⁷: se non si agisce sulla causa reale del reato, il bisogno o l'ambizione che la costituiscono troveranno sempre tempi, modi, luoghi, occasioni e, quindi, vittime diverse per essere soddisfatti.

Ma nel caso dei danni cagionati in occasione dell'esercizio del potere punitivo non sembrano sussistere le condizioni per uno spostamento perché non sembra avere alcun ruolo la necessità assoluta ed urgente di soddisfare in qualsiasi modo i bisogni o le ambizioni individuali che producono la criminalità predatoria a cui era originariamente rivolta l'elaborazione delle tecniche di prevenzione situazionale.

Non si tratta, infatti, di singoli autori di fatti di criminalità, ma di strutture dell'organizzazione statale di cui andrebbero rivalutate serenamente e attentamente funzioni latenti, funzioni manifeste⁴⁸ e, quindi, reale e legittima necessità.

Abolizionismo e minimalismo tornano a profilarsi sull'orizzonte del sistema penale. Ma, anche sotto questo profilo, resta fondamentale e ancora attuale la direzione che, già trent'anni fa, Raul Zaffaroni ha indicato in *En busca de la penas perdidas*⁴⁹.

⁴⁶ È la classica e notoria distinzione tra legittimazione razionale (potere legale), tradizionale (potere tradizionale) e carismatica (potere carismatico) definita da Max WEBER, *Economia e società* (1922), a cura di P. ROSSI, Milano, 1961, vol.I, 210 s.

⁴⁷T. GABOR, *Crime Displacement. The Literature and Strategies for Its Investigation*, in *Crime and justice*, 1978, VI, 100 ss.; ID., *Crime Displacement and Situational Prevention: Toward the Development of Some Principles*, in *Canadian Journal of Criminology*, 1990, 1, 41 ss., 60 ss.; R. V. CLARKE – M. FELSON, *Introduction: Criminology, Routine Activity, and Rational Choice*, cit., 4.

⁴⁸ È la distinzione chiaramente e notoriamente definita da R. K. MERTON, *Teoria e struttura sociale* (1949, III ed. 1968), Bologna, 2000, 191 ss.

⁴⁹E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute*, cit., 102 ss.

Abusi sessuali su minori e riforma degli ordinamenti vaticano e canonico

LUIGI MARIANO GUZZO

ABSTRACT

This essay aims to illustrate the Pope Francis' juridical response to child sexual abuses. Juvenile law and justice, both in Canon law and in Vatican law, are at the center of an important normative revision of the institutions.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La l. n. VIII su Norme complementari in materia penale. - 3. L'istituzione della Pontificia Commissione per la tutela dei minori. - 4. Il Motu Proprio "Come una madre amorevole" sulle cause di rimozione dell'ufficio ecclesiastico, per vescovi diocesani ed eparchi. - 5. La l. n. CCXCVII sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili. - 6. Il Motu Proprio "Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili". - 7. Il Motu Proprio "Vos estis lux mundi". - 8. Rescritto del Santo Padre Francesco con cui si promulga l'Istruzione sulla riservatezza delle cause. - 9. Rescritto del Santo Padre Francesco con cui si introducono alcune modifiche alle "Normae de gravioribus delictis". - 10. Prime conclusioni.

1. La *mobilitazione* verso un «processo di riforma missionaria»¹ nella Chiesa di Francesco, sul versante del diritto e, in particolare, del diritto penale, riguarda anche la lotta contro gli abusi sessuali sui minori, perpetrati da chierici (o da religiosi): un tema che, com'è noto, scuote la coscienza pubblica e coinvolge, in maniera diretta, la credibilità della Chiesa cattolica².

In questa direzione, sotto il pontificato di Francesco, il diritto e la giustizia minorile, tanto nell'ordinamento canonico che nell'ordinamento vaticano, sono al centro di un'importante attività di revisione degli istituti normativi. L'intenzione rimane quella di «rendere il diritto ecclesiale più vicino al suo fine»³, cioè la *salus animarum*⁴.

¹ FRANCESCO, Lettera enciclica *Laudato Si*, Roma, 24 maggio 2015, par. 3, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html.

² Sul punto, per tutti, si rimanda a P.I. CONSORTI, *La reazione del diritto canonico agli abusi sessuali sui minori. Dal silenzio assordante alle «Linee guida»*, in *Daimon*, n. 11/2012; D. MILANI, *Delicta contra mores: le linee guida della Conferenza Episcopale italiana per i casi di abuso sessuale commessi da chierici su minori*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2/2012, 443 e ss.; D. MILANI, *Delicta reservata seu delicta graviora: la disciplina dei crimini rimessi alla competenza della Congregazione per la Dottrina della Fede*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 32/2013; P. CONSORTI, *La responsabilità della gerarchia ecclesiastica nel caso degli abusi sessuali commessi dai chierici, fra diritto canonico e diritti statuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 17/2013. Sul tema del sigillo sacramentale in relazione alla "piaga della pedofilia", cfr. G. BONI, *Sigillo sacramentale e segreto ministeriale. La tutela tra diritto canonico e diritto secolare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 34/2019.

³ A. MANTINEO, *Il ritorno al Concilio Vaticano II e l'«aggiornamento» del diritto ecclesiale nel tempo di Papa Francesco*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 27/2017, 8.

⁴ Sulla funzione della pena nel diritto canonico si rimanda, per tutti, a M. D'ARIENZO, *Il diritto penale canonico*, in M. d'Arienzo, L. Musselli, M. Tedeschi, P. Valdrini (a cura di), *Manuale di diritto canonico*, Torino, 2016, 109 ss.

Questi interventi normativi hanno lo scopo di adeguare l'ordinamento vaticano e quello canonico ai trattati internazionali sui diritti del fanciullo ratificati dalla Santa Sede e, nello specifico, alla *Convenzione sui diritti del fanciullo* (ratificata dalla Santa Sede, anche a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano, il 20 aprile 1990) e al *Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo sulla vendita di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile* (ratificato dalla Santa Sede, anche a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano, il 24 ottobre 2001).

Di seguito, si propone una breve rassegna degli interventi normativi più rilevanti in materia.

2. L'11 luglio 2013 viene promulgata la L. n. VIII che introduce importanti innovazioni nel sistema penale e sanzionatorio nell'ordinamento dello Stato Città del Vaticano, al Titolo II (Delitti contro i minori) punisce la vendita di minore (art. 5), la prostituzione minorile (art. 6), la violenza sessuale su minore (art. 7), gli atti sessuali con minori (art. 8), la pedopornografia (art. 10), la detenzione di materiale pedopornografico (art. 11) e l'arruolamento di minori (art. 12).

Il *discrimen* tra la violenza sessuale su minore e gli atti sessuali con minori sembra essere dato dall'esercitare, nel primo caso, una forza fisica da cui deriva una coazione personale, tale che il minore, al contrario della seconda fattispecie delittuosa, non mostri accondiscendenza al compimento degli atti⁵. Infatti, la violenza sessuale su minore si realizza nel momento in cui vi è la costrizione del minore a compiere o a subire atti sessuali, con «violenza o minaccia o mediante abuso di autorità». Per minore, in questo caso, si intende un soggetto di età inferiore ai diciott'anni (cfr. art. 4 lett. a). Rappresentano circostanze attenuanti della pena l'aver il minore più di quattordici anni e meno di sedici (art. 8 c. 3) e l'aver più sedici anni (art. 8 c. 4). Ma in queste ultime due fattispecie non sussiste il delitto se i rapporti sono consumati all'interno del vincolo matrimoniale. Il vincolo matrimoniale, quindi, si configura come scriminante perché esclude l'antigiuridicità della condotta ed è causa di esclusione del reato, in quanto nell'ordinamento canonico ai sensi del can. 1083 *c.j.c.* la capacità di contrarre matrimonio per l'uomo si acquisisce al compimento del sedicesimo anno di età, mentre per la donna al compimento del quattordicesimo anno di età.

3. Con *Chirografo* del 22 marzo 2014 Papa Francesco ha istituito la Pontificia Commissione per la tutela dei minori, per come deciso nella riunione del *Consiglio dei Cardinali* del 5 dicembre 2013⁶, il cui statuto è approvato il 21 aprile 2015. Lo scopo principale della Commissione è quello di proporre «le iniziative più opportune per la protezione dei minori e degli adulti vulnerabili, sì da realizzare tutto quanto è possibile per assicurare che crimini come quelli accaduti non abbiano più a ripetersi nella Chiesa»⁷.

4. Con il Motu Proprio *Come una madre amorevole* (4 giugno 2016) Francesco richiama i Vescovi diocesani, gli Eparchi e coloro che hanno la responsabilità di una Chiesa particolare a

⁵ Cfr., per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, Cass. pen., Sez. III, 2 dicembre 2016 (dep. 29 settembre 2017), n. 44936.

⁶ *Briefing sulla riunione del Consiglio di Cardinali*, 5 dicembre 2013, in http://www.vatican.va/resources/resources_briefing-consiglio-cardinali_20131205_it.html

⁷ *Chirografo del Santo Padre Francesco per l'istituzione della Pontificia Commissione per la Tutela dei Minori*, 22 marzo 2014, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/letters/2014/documents/papa-francesco_20140322_chirografo-pontificia-commissione-tutela-minori.html.

«impiegare una particolare diligenza nel proteggere coloro che sono i più deboli tra le persone loro affidate».

Tra le “cause gravi” di rimozione dall’ufficio ecclesiastico, per i vescovi diocesani e gli eparchi vi è ora «la negligenza dei Vescovi nell’esercizio del loro ufficio, in particolare relativamente ai casi di abusi sessuali compiuti su minori ed adulti vulnerabili». Ai sensi dell’art. 1 § 1 il vescovo diocesano o l’eparca può essere legittimamente rimosso dall’incarico «se abbia, per negligenza, posto od omesso atti che abbiano provocato un danno grave ad altri, sia che si tratti di persone fisiche, sia che si tratti di una comunità nel suo insieme. Il danno può essere fisico, morale, spirituale o patrimoniale». La mancanza di negligenza del vescovo diocesano o dell’eparca deve essere «molto grave», a prescindere da una «grave colpa morale» (art. 1 §2), ma nel caso di abusi sessuali su minori o adulti vulnerabili è sufficiente che la mancanza di diligenza sia «grave» (art. 1 § 3). Al Vescovo diocesano e all’Eparca sono equiparati i Superiori Maggiori degli Istituti religiosi e delle Società di vita apostolica di diritto pontificio (art. 1 §4). La procedura è poi esplicitata negli articoli 3, 4 e 5.

5. La legge l. n. CCXCVII del 2019 ha lo scopo di introdurre una disciplina procedurale maggiormente attenta alle esigenze delle persone ritenuti più deboli, per tutelare tanto i soggetti offesi quanto i testimoni. L’ambito di applicazione della normativa contempla i reati di cui Titolo II della Legge n. VIII del 2013 (tutela dei minori) nonché i “reati di cui agli articoli 372, 386, 389, 390 e 391 del codice penale, qualora commessi in danno di un minore o di un soggetto ad esso equiparato”. Si ricordi, a riguardo, che nello Stato Città del Vaticano è recepito il codice penale italiano del 1889 e il codice di procedura penale del 1913, così come in vigore al 7 giugno 1929, ai sensi della Legge sulle fonti del diritto n. LXXI del primo ottobre 2008.

Due sono le più importanti novità per l’ordinamento vaticano. La prima è rappresentata dall’equiparazione tra minore e “persona vulnerabile”, da intendersi, con quest’ultima locuzione a norma dell’art. 1 comma 3: “ogni persona in stato d’infermità, di deficienza fisica o psichica, o di privazione della libertà personale che di fatto, anche occasionalmente, ne limiti la capacità di intendere o di volere o comunque di resistere all’offesa”. La seconda riguarda l’obbligo di denuncia per i pubblici ufficiali all’art. 3: “Fatto salvo il sigillo sacramentale, il pubblico ufficiale, che nell’esercizio delle sue funzioni abbia notizia o fondati motivi per ritenere che un minore sia vittima di uno dei reati di cui all’articolo 1, deve presentare denuncia senza ritardo qualora i reati siano anche alternativamente commessi: a) nel territorio dello Stato della Città del Vaticano; b) in pregiudizio di residenti o di cittadini dello Stato; c) in occasione dell’esercizio delle loro funzioni, dai pubblici ufficiali dello Stato della Città del Vaticano o dai soggetti di cui al punto 3 del Motu Proprio «Ai nostri tempi», dell’11 luglio 2013”⁸.

⁸ Ai sensi del par. 3 del Motu Proprio «Ai nostri tempi», dell’11 luglio 2013: “Ai fini della legge penale vaticana sono equiparati ai «pubblici ufficiali»: a) i membri, gli ufficiali e i dipendenti dei vari organismi della Curia Romana e delle Istituzioni ad essa collegate; b) i legati pontifici ed il personale di ruolo diplomatico della Santa Sede; c) le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione, nonché coloro che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo, degli enti direttamente dipendenti dalla Santa Sede ed iscritti nel registro delle persone giuridiche canoniche tenuto presso il Governatorato dello Stato della Città del Vaticano; d) ogni altra persona titolare di un mandato amministrativo o giudiziario nella Santa Sede, a titolo permanente o temporaneo, remunerato o gratuito, qualunque sia il suo livello gerarchico”.

Inoltre, si prevede la perseguibilità d'ufficio per questi reati e l'innalzamento dei termini di prescrizione a vent'anni con decorrenza "in caso di offesa ad un minore, dal compimento del suo diciottesimo anno di età (art. 2). Viene anche istituito un "Servizio di accompagnamento" con i compiti di offrire "un servizio di ascolto", garantire "l'assistenza medica e sociale alle persone offese e ai loro familiari, compresa l'assistenza terapeutica e psicologica di urgenza", illustrare "alla persona offesa i suoi diritti e il modo di farli valere", agevolare "il ricorso della persona offesa all'Autorità giudiziaria", tenere conto "del parere e dei bisogni della persona offesa, tutelandone l'immagine e la sfera privata, nonché la riservatezza dei dati personali", adottare "linee guida per il trattamento dei minori che vi ricorrono" (art. 9).

6. Con il Motu Proprio "Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili" del 26 marzo 2019, Papa Francesco canonizza la legge vaticana e ribadisce, ampliandola, la giurisdizione dell'autorità giudiziaria della Santa Sede. Così, anche nell'ordinamento canonico, limitatamente per i pubblici ufficiali della Santa Sede si prevede l'obbligo di denuncia "senza ritardo" al promotore di giustizia vaticano di eventuali reati in danno di minori o persone vulnerabili. Inoltre, la competenza del Servizio di accompagnamento viene estesa alla Curia Romana e alle istituzioni collegate con la Santa Sede. Infine, si prevede che "nella selezione e nell'assunzione del personale della Curia Romana e delle Istituzioni collegate con la Santa Sede, nonché di coloro che prestano collaborazione in forma volontaria, deve essere accertata l'idoneità del candidato ad interagire con i minori e con le persone vulnerabili" (par. 5).

A questo Motu Proprio sono seguite delle *Linee-guida per la protezione dei minori e delle persone vulnerabili* (26 marzo 2019) che, pur non avendo valore normativo, sono da considerare come "buone prassi" o regole comportamentali deontologicamente vincolanti, e dalla dottrina sono state interpretate alla stregua delle *istruzioni*, di cui al can. 34 c.j.c.⁹

7. Il 7 maggio 2019 Papa Francesco emana il Motu Proprio "Vos estis lux mundi" il quale introduce, ad experimentum per tre anni, una nuova disciplina riguardante la protezione e delle persone vulnerabili, per quanto attiene alla segnalazione dei fatti criminosi, e inserisce nell'ordinamento canonico, per la prima volta, un obbligo generale di segnalazione alle autorità ecclesiastiche in capo sia ai chierici, sia ai membri di Istituti di vita consacrata o di Società di vita apostolica concernette la commissione di uno dei fatti indicati all'art. 1: "a) delitti contro il sesto comandamento del Decalogo consistenti: i. nel costringere qualcuno, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, a compiere o subire atti sessuali; ii. nel compiere atti sessuali con un minore o con una persona vulnerabile; iii. nella produzione, nell'esibizione, nella detenzione o nella distribuzione, anche per via telematica, di materiale pedopornografico, nonché nel reclutamento o nell'induzione di un minore o di una persona vulnerabile a partecipare ad esibizioni pornografiche; b) condotte poste in essere dai soggetti di cui all'articolo 6, consistenti in azioni od omissioni dirette a interferire o ad eludere le indagini civili o le indagini canoniche, amministrative o penali, nei

⁹ Così C. GENTILE, *Le novità normative nella lotta agli abusi sessuali a un anno dall'incontro in Vaticano del 2019*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21/2020, 96.

confronti di un chierico o di un religioso in merito ai delitti di cui alla lettera a) del presente paragrafo”.

In questa disciplina normativa viene esteso l’ambito soggettivo, in quanto oltre ai chierici si fa riferimento ai consacrati, cioè ai membri di Istituti di vita consacrata o di Società di vita apostolica (i quali possono anche non essere chierici), e viene presentata una procedura di dettaglio circa la segnalazione e l’adozione di provvedimenti cautelari. La tutela di chi presenta la segnalazione di cui all’art. 4 par. 2 (“pregiudizi, ritorsioni o discriminazioni per il fatto di avere presentato una segnalazione sono proibiti...”) e all’art. 4 par. 3 (“a chi effettua una segnalazione non può essere imposto alcun vincolo di silenzio riguardo al contenuto di essa”) richiamano le normative statali in materia di *whistleblowing*, i cui principi ispiratori ora trovano applicazione nel diritto canonico¹⁰.

8. Parte integrante del rescritto, concesso il 4 dicembre al Sostituto della Segreteria di Stato, Mons. Edgard Peña Parra, è l’Istruzione. *Sulla riservatezza delle cause*. Si dispone che “non sono coperti dal segreto pontificio le denunce, i processi e le decisioni riguardanti i delitti di cui: a) all’articolo 1 del Motu proprio “Vos estis lux mundi”, del 7 maggio 2019; b) all’articolo 6 delle Normae de gravioribus delictis riservati al giudizio della Congregazione per la Dottrina della Fede, di cui al Motu proprio “Sacramentorum Sanctitatis Tutela”, di San Giovanni Paolo II, del 30 aprile 2001, e successive modifiche”. L’esclusione del segreto pontificio sussiste anche quando tali delitti sono commessi in concorso con altri (art. 2). Una scelta, questa, davvero innovativa¹¹.

Vi è anche attenzione nel “tutelare la buona fama, l’immagine e la sfera privata di tutte le persone coinvolte” (art. 3). Per garantire le esigenze di collaborazione con le autorità civili¹², si precisa che “il segreto d’ufficio non osta all’adempimento degli obblighi stabiliti in ogni luogo dalle leggi statali, compresi gli eventuali obblighi di segnalazione, nonché all’esecuzione delle richieste esecutive delle autorità giudiziarie civili” (art. 4).

9. Nel rescritto concesso da Papa Francesco il 4 ottobre 2019 al Cardinale Segretario di Stato Pietro Parolin si introducono due importanti innovazioni per l’ordinamento canonico. Innanzitutto, viene meno l’obbligo secondo il quale la funzione di avvocato e quella di procuratore debbano essere svolte esclusivamente da un sacerdote. Adesso, anche un fedele laico, in possesso di un dottorato canonico, può fungere da avvocato o da procuratore. Inoltre, è innalzata a diciotto anni l’età dei minori ritratti nelle immagini pedopornografiche, la cui acquisizione, detenzione o divulgazione è vietata.

10. Nel pontificato di Francesco il cammino verso l’edificazione una Chiesa “profetica”, coinvolge il Popolo di Dio, come categoria essenzialmente ecclesiale, passa da una forte istanza di conversione e di riconciliazione. Una Chiesa in conversione è una Chiesa che manifesta

¹⁰ Vedi A. LICASTRO, *Il whistleblowing e la denuncia degli abusi sessuali a danno dei minori nella Chiesa*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, n. 34 del 2019, 123-142.

¹¹ Cfr. Claudio Gentile, *Le novità normative...*, cit., 106.

¹² Si rimanda, sul punto, a G. DALLA TORRE, *Un atto che facilita la collaborazione con l’autorità civile*, in *L’Osservatore Romano*, 18 dicembre 2019, 5.

pubblicamente il dolore, la vergogna, i peccati, le omissioni e che mette in atto strategia di riparazione e di purificazione.

In questo caso, quindi, la potestà punitiva nella Chiesa cattolica, anche per quanto riguarda i casi di abusi sessuali su minori da parte di chierici, ha una funzione medicinale, che si riconnette altresì ad ipotesi di giustizia riparativa.

Ma è necessario, a riguardo, essere consapevoli che non sono sufficienti gli strumenti normativi di repressione delle condotte criminose, senza valorizzare gli strumenti di prevenzione. Per questo motivo il diritto non può (e non deve) bastare. Ed è per questo motivo che Papa Francesco appare consapevole dell'importanza di attivare percorsi di formazione, a livello culturale, nelle diocesi e nelle parrocchie, come nelle facoltà teologiche e nelle strutture educative. La lotta (e la prevenzione) agli abusi sessuali sui minori nella Chiesa di Francesco non è una delle tante questioni da affrontare all'agenda del Papa o dei vescovi. È significativo che per il primo pontefice latino-americano l'impegno a tutela dei minori, in generale, rappresenta una "chiamata" del Signore per tutta la comunità ecclesiale e, in particolare, un ambito specifico dello stato di vita del chierico e del religioso o della religiosa.

La sorte della *probation* minorile in caso di condanna: un problema di discrezionalità giudiziale e finalismo rieducativo

FABRIZIA PAGLIONICO

ABSTRACT

Questioned about the unenforceability of article 657-bis c.p.p. to convicted minors, the Constitutional Court justifies the different treatment distinguishing between the special proceeding for adults and the juvenile probation, with special regard to the probation programme's content. Nevertheless, according to the ri-educational finalism, the attention should be focused on the evaluability of the personal freedom's restrictions and the positive results, deriving from the probation, more than on the applicability of an automatism.

SOMMARIO: 1. L'inapplicabilità dell'art. 657-bis c.p.p. al condannato minorenni. – 2. L'iter argomentativo della Corte. – 3. Proporzionalità e *favor minoris*

1. Non v'è unanimità di vedute sulla natura prescrittiva della messa alla prova per i minori e ciò ha indotto a chiedersi se, in caso di esito negativo della stessa, il periodo in cui è stato espletato il programma debba essere detratto dalla pena da eseguire in caso di condanna irrevocabile.

Quando, infatti, a sottoporsi alla *probation* è un imputato maggiorenne (artt. 464-bis e ss. c.p.p.), tre giorni di messa alla prova possono essere convertiti in un giorno di detenzione (o 250 euro di pena pecuniaria) in caso di revoca del provvedimento sospensivo o di esito negativo del percorso, secondo quanto disposto dall'art. 657-bis c.p.p. (introdotto dall'art. 4 comma 1 lett. b) della legge n. 67 del 2014 istitutiva del nuovo rito speciale per gli imputati maggiorenni).

Il Tribunale per i minorenni di Milano, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha ritenuto che non fosse invocabile tale ultima disposizione anche nei confronti dei condannati minorenni e ha rigettato, dunque, l'istanza di scomputo del periodo di *probation* espletata dalla pena, già sollecitato in precedenza al pubblico ministero al quale compete tale operazione secondo l'art. 657-bis c.p.p.

Le ragioni della decisione ripercorrono le distinzioni sostanziali tra l'istituto del processo minorile e quello dettato per i maggiorenni nella prospettiva di escludere l'applicazione estensivo-analogica della norma esecutiva di favore.

In primis, il giudice dell'esecuzione sottolineava che nel caso di messa alla prova per l'imputato minorenni non vi sono limiti soggettivi né oggettivi di accesso, contrariamente a quanto previsto dal codice di rito, e non è necessario il consenso del reo, requisito assolutamente indispensabile, invece, nel procedimento a carico degli adulti.

Sul punto si potrebbero senz'altro avanzare delle perplessità. Pur non essendo previsto a chiare lettere il consenso del minore dagli artt. 28 e 29 D.P.R. 448/88, tale presupposto viene ricavato dalla

giurisprudenza di merito dall'art. 27 disp. att. (d. lgs. 272/1989), nella parte in cui è previsto che il minore “assume” degli “impegni specifici”, oltre che dall'art. 24 Cost.¹.

Non potrebbe essere diversamente considerando che la prognosi sulla possibilità di buona riuscita della messa alla prova, dunque la valutazione della personalità del minore², tiene conto inevitabilmente anche della sua volontà di sottoporsi a quel tipo di attività.

Inoltre, un'iniziativa che prescindendo dall'adesione consapevole del minore si porrebbe in contrasto con la prescrizione di cui all'art. 1 comma 2 D.P.R. 448/88 per cui il giudice deve illustrare il significato delle attività processuali e il contenuto delle decisioni che riguardano il minore affinché il processo realizzi effettivamente la finalità educativa a cui è orientato³.

Piuttosto, si dovrebbe parlare di ufficiosità dell'iniziativa: nel processo a carico dei maggiorenni l'istituto viene concepito come un procedimento speciale che può essere richiesto solo dall'imputato personalmente; diversamente nel rito minorile l'iniziativa può provenire anche dallo stesso giudice (oltre che dagli esercenti la potestà genitoriale, dal Servizio sociale, dal difensore e dal P.M.) fermo restando, comunque, il limite imposto dalla norma, cioè il dover sentire le parti (“il giudice, *sentite le parti*, può disporre con ordinanza la sospensione”).

In secondo luogo, secondo il giudice dell'esecuzione, i contenuti del programma sarebbero caratterizzati da una minore afflittività, perché concepiti secondo una dimensione strettamente educativa, a differenza di quelli tradizionalmente elaborati per l'imputato maggiorenne, incentrati sul lavoro di pubblica utilità e, pertanto, maggiormente limitativi della libertà personale.

Anche rispetto a tale assunto possono essere sollevate diverse obiezioni.

È un dato di primario rilievo che la messa alla prova nel rito minorile molto spesso preveda anche il collocamento in comunità del minore, che seppur in misura amministrativa e non custodiale, comunque vede limitata la sua libertà di movimento ed è tenuto a rispettare le prescrizioni stabilite dal giudice e, in caso di inosservanza delle stesse, può andare incontro alla revoca dell'ammissione alla messa alla prova.

Quanto al carattere afflittivo della *probation*, deve rilevarsi che per i maggiorenni il contenuto del programma trattamentale è modulabile a seconda della gravità del fatto, ma anche delle esigenze lavorative dell'imputato; peraltro, il programma può sostanziarsi in una mera attività di volontariato come avviene per i minori e quindi, nei fatti, ben potrebbe non trasparire detto carattere di afflittività.

Sul piano ontologico, poi, non pare corretto adottare come *discrimen* dell'afflittività della messa alla prova il fatto che il minore svolga l'attività in programma per la propria rieducazione personale

¹ Critica la scarsa specializzazione della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale in materia minorile e ad essa riconnette tale contrasto rispetto alla giurisprudenza di merito F. P. FASOLI, *Minori di età e maggiorenni. La messa alla prova: un istituto a metà tra il diritto penale e il diritto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 1/2020, 3497. Sul tema anche G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di «probation» minorile*, in *Cass. pen.*, 1992, 2868; F. MAZZA GALANTI – I. PATRONE, *La messa in prova nel procedimento penale minorile*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1993, 161; A. GHIARA, *La «messa alla prova» nella legge processuale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991, 88.

² Lo strumento di cui si avvale il giudice minorile nella valutazione prognostica dell'opportunità del provvedimento di sospensione del processo per messa alla prova sono gli accertamenti della personalità del minore ai sensi dell'art. 9 D.P.R. 448/88, attraverso i quali si può pervenire ad una esclusione della *probation* quando la scelta deviante appaia così radicata da non lasciare spazio ad alcuna forma di resipiscenza da parte del minore oppure quando si riveli inutile, perché il fatto si presenta come un evento del tutto isolato e straordinario rispetto al *modus vivendi* del giovane, per cui sarebbe opportuno optare per forme di proscioglimento più celeri, M. COLAMUSSI, *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la «messa alla prova»*. *Profili controversi della disciplina*, in *Cass. pen.*, 9/1996, 2811.

³ F. P. FASOLI, *op.cit.*, 3497.

e non a vantaggio della comunità, come avviene per l'imputato maggiorenne obbligatosi al lavoro di pubblica utilità.

L'afflittività è, infatti, correlata al dato oggettivo della limitazione della libertà personale, intesa come libertà di movimento, ma anche di autodeterminarsi liberamente in ordine alle proprie attività quotidiane. Proprio la libertà di autodeterminarsi risente delle prescrizioni imposte dal giudice con il programma di messa alla prova, che lungi dal riguardare la sola dimensione conciliativa con la persona offesa, si estendono ai diversi aspetti che caratterizzano la vita di un adolescente (istruzione, sport, volontariato ed eventualmente un'attività lavorativa a seconda dell'età e delle esigenze familiari particolari).

Pur non emergendo dalla scarsa disciplina della messa alla prova risultante dagli artt. 28 e 29 D.P.R. 448/88⁴ e dall'art. 27 d. lgs. 272/1989 (norme di attuazione al codice del processo penale minorile), il progetto elaborato dai Servizi minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi socio-sanitari assistenziali degli enti locali (o Servizi sociali territoriali) può contemplare altresì limitazioni della libertà personale o divieti di frequentazione di luoghi o persone⁵. L'incidenza della *probation* sulla vita giornaliera del minore si amplifica, poi, nei casi in cui quest'ultimo venga collocato in comunità e sia tenuto ad osservare le relative norme di convivenza e di condotta.

In altri termini, il carattere afflittivo del programma di messa alla prova non è escluso dalla natura volontaria della *probation*: il minore sceglie di sottoporvisi, e la sua adesione è essenziale per la buona riuscita del programma educativo, ma ne sopporta gli oneri a pena di revoca del beneficio.

In questa prospettiva la questione sulla natura prescrittiva della messa alla prova per i minori si rivela essenzialmente un falso problema.

Si ricava un argomento a sostegno della natura sostanzialmente afflittiva della *probation* minorile dalla previsione contenuta nell'art. 4 d. lgs. 121/2018 (ordinamento penitenziario minorile), in base alla quale, in caso di condanna del minore e di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, "la misura di comunità" si struttura come un trattamento in libertà, fondato essenzialmente su obblighi di *fare* (attività di istruzione, di formazione professionale, di lavoro o comunque utili per l'educazione sociale)⁶.

È, quindi, evidente che l'afflittività vada più correttamente intesa come "equiparabilità ad una pena", alla luce del carattere di specialità che connota la giustizia minorile nel suo complesso.

A fronte delle criticità emerse dall'introduzione dell'art. 657-bis c.p.p. per il solo imputato maggiorenne, la prima sezione della Corte di Cassazione, su ricorso proposto avverso l'ordinanza di rigetto del giudice dell'esecuzione, ha ritenuto non condivisibili le argomentazioni poste alla base

⁴ M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Milano, 2010, 91, "Per quanto generiche apparvero le indicazioni formulate dal legislatore delegante, nella legge delega n.° 81 del 16 febbraio 1987, decisamente più vaghe risultarono quelle recepite dal legislatore delegato". L'indeterminatezza riflette la *ratio* dell'istituto in esame, che è quella di lasciare ampia discrezionalità al giudice di merito nella valutazione dei presupposti necessari al fine di concedere la misura.

Sull'eccessiva genericità della disciplina che lascia spazio alle più soggettive interpretazioni, v. G. FUMU, *Le difficili scelte del legislatore minorile tra accertamento, educazione e sanzione*, in (a cura di) A. GAITO – G. PAOLOZZI, *Questioni nuove di procedura penale. Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, Padova, 1991, 80.

⁵ F. P. FASOLI, *op.cit.*, 3489.

⁶ L. CARACENI, *L'ordinamento penitenziario minorile*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, 299.

della decisione impugnata censurando una simile interpretazione della norma in combinato con l'art. 29 D.P.R. 488/88.

Per un verso, si ravvisa una violazione dell'art. 3 Cost. perché la non applicabilità dell'art. 657-*bis* c.p.p. irragionevolmente determinerebbe una disparità di trattamento tra imputati maggiorenni e minorenni a fronte di un'analoga limitazione della libertà personale; per altro verso, si porrebbe in contrasto con gli artt. 27 comma 3 e 31 Cost., che impongono una individualizzazione del trattamento esecutivo alla luce delle esigenze educative del minore, per il fatto che non possa tenersi minimamente conto del programma di messa alla prova espletato.

Il giudice *a quo* richiama altresì la previsione di cui all'art. 47 comma 11 ord. penit., che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 343 del 1987⁷, consente di tenere conto dei giorni in cui il condannato è stato sottoposto all'affidamento in prova al servizio sociale in caso di revoca della misura alternativa. La stessa previsione è stata poi espressamente sancita per l'esecuzione minorile dall'art. 8 comma 5 del d. lgs. 121/2018, in base al quale il Tribunale di sorveglianza calcolerà la pena residua da espiare a seguito della revoca della misura alternativa tenendo conto della sua durata e del comportamento tenuto dal soggetto durante il suo svolgimento.

Impedire un'analoga estensione per il 657-*bis* c.p.p., secondo il giudice rimettente, vorrebbe dire violare il principio di proporzionalità della pena che il meccanismo di scomputo vuole garantire.

Tuttavia, il Giudice delle leggi con sentenza n. 68 del 2019⁸ ha ritenuto la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 657-*bis* c.p.p. e dell'art. 29 D.P.R. 448/88 infondata, sostenendo – conformemente alle tesi del giudice dell'esecuzione – che la messa alla prova per gli adulti e l'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 ord. penit. siano connotati da una natura sanzionatoria⁹, mentre la *probation* minorile assumerebbe una funzione strettamente educativa e di recupero del reo tesa a prevenire una condanna e quindi l'applicazione di una pena.

In quest'ottica non si configurerebbe alcuna irragionevole disparità tra due discipline, poiché solo quando il programma applicato può definirsi un "trattamento sanzionatorio" sorge il dovere di tenerne conto per il pubblico ministero, qualora si tratti di determinare una pena da eseguire, e per il Tribunale di sorveglianza, qualora vi sia l'esigenza di ricalcolarla a seguito della revoca di una misura alternativa.

2. La Corte evidenzia gli elementi dai quali può desumersi che l'applicazione del principio di proporzionalità della pena debba avere luogo solo in occasione del rito speciale previsto per gli adulti: la previsione di limiti oggettivi, concernenti la gravità dei reati commessi («nei casi previsti dall'art. 168-*bis* c.p.»), e soggettivi, relativi alla biografia penale del reo, sommata alla previsione per cui il giudice è chiamato a valutare l'idoneità del programma di trattamento «in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale» (art. 464-*quater*, comma 3, c.p.p.), cioè in base ai criteri di commisurazione della pena.

Si tratta di quegli stessi dati testuali che erano stati posti alla base della prima questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine alla messa alla prova per i maggiorenni, nella parte in

⁷ Il *petitum* dell'ordinanza di rimessione appare modello sul dispositivo della sentenza n. 242 del 1987 della Corte costituzionale.

⁸ Corte cost., 20 febbraio 2019 (dep. 29 marzo 2019), n. 68.

⁹ La Consulta avalla le argomentazioni fondate sull'afflittività del lavoro di pubblica utilità per gli adulti.

cui si contestava la violazione della presunzione di innocenza per l'applicazione di un trattamento sostanzialmente sanzionatorio¹⁰, peraltro non legalmente determinato¹¹.

Con la sentenza n. 91 del 2018¹², la Corte ne aveva escluso la natura sanzionatoria per l'assenza del carattere coercitivo delle prescrizioni, cui l'imputato si assoggetta volontariamente¹³, fermo restando che la rottura della sequenza cognizione-esecuzione della pena¹⁴ sarebbe giustificata o sanata dal consenso dell'imputato.

Eppure, le Sezioni Unite Sorcinelli (2016) avevano rimarcato la funzione spiccatamente di prevenzione speciale e generale della messa alla prova, realizzata attraverso la sottoposizione anticipata a "un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione".

¹⁰ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2016, 644; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1302; A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 1275. Sulla parziale disponibilità della presunzione di non colpevolezza in virtù di una manifestazione di volontà esplicita e consapevole dell'imputato, mediante accettazione di un giudizio allo stato degli atti allo scopo di pervenire ad un esito rapido e favorevole cfr. CESARI, *L. 28 aprile 2014 n. 67. Commento*, in *Leg. pen., sub art. 4-6*, 512 ss., A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge 67/2014*, in N. TRIGGIANI (a cura di) *La deflazione giudiziaria*, Torino, 2014, 9.

¹¹ Ord. 16 dicembre 2016 (r.o. n. 81 del 2017) del Tribunale di Grosseto con la quale si contestava la legittimità dell'art. 464-*quater* comma 1 c.p.p. per la violazione degli artt. 3, 111 comma 6, 25 comma 2, 27 comma 2 Cost. sotto diversi profili.

In primo luogo, si osservava come, in caso di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova avanzata, a seguito di citazione diretta dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, nella fase degli atti preliminari al dibattimento, il giudice del dibattimento non possa acquisire e valutare gli atti delle indagini preliminari (restituendoli in caso di ulteriore corso del procedimento a seguito di pronuncia negativa sulla concessione o sull'esito della messa alla prova) per il giudizio positivo di responsabilità implicitamente richiesto dalla normativa in esame.

Infatti, ancora prima di valutare l'idoneità del programma elaborato dall'UEPE, che deve indicare le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato e le condotte volte a promuovere la mediazione con la persona offesa (art. 464 *bis* comma 4 lett. b e c), va verificata prioritariamente l'insussistenza di una causa di non punibilità, che imporrebbe un proscioglimento immediato ai sensi dell'art. 129 c.p.p. (art. 464 *quater* comma 1 c.p.p.). Segue, poi, l'accertamento dell'idoneità del programma secondo i criteri di cui all'art. 133 c.p. tra i quali rientra "la gravità del fatto" (art. 464-*quater* comma 3 c.p.p.).

La questione viene risolta dalla Corte individuando nel sistema la norma applicabile per fornire al giudice del dibattimento gli elementi necessari ai fini del giudizio implicito di responsabilità (art. 135 disp. att. che prevede un ordine di esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero al giudice in caso di richiesta di patteggiamento rinnovata prima dell'apertura del dibattimento).

In secondo luogo, si dubita della compatibilità dell'art. 168-*bis* c.p. con l'art. 25 comma 2 Cost. per l'indeterminatezza qualitativa e quantitativa del programma trattamentale, peraltro modificabile e integrabile con il consenso dell'imputato, che funge da "condizione potestativa di efficacia del provvedimento giurisdizionale di messa alla prova" (in contrasto con gli artt. 97, 101 e 111 Cost.).

Nella ricostruzione della Corte, sul piano qualitativo, deriva dalla natura trattamentale del programma la discrezionalità dei contenuti, la cui determinazione è rimessa in prima battuta all'Ufficio per l'esecuzione penale esterna e poi al giudice per la verifica di idoneità – sotto il profilo afflittivo e risocializzante – alla luce delle circostanze del caso concreto. Sul piano quantitativo, invece, i termini massimi di durata della *probation* si ricavano dall'art. 464-*quater* comma 5 c.p.p., ove fissa il periodo massimo di sospensione.

In terzo luogo, l'applicazione di un trattamento sostanzialmente sanzionatorio prima di una sentenza definitiva di condanna sarebbe incompatibile con l'inviolabile garanzia della presunzione di innocenza (art. 27 comma 2 Cost.).

¹² Per un commento alla sentenza v. Corte cost., n. 91 del 2018, in V. BOVE, *La Corte costituzionale salva la messa alla prova con un'ingegnosa quadratura del cerchio*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 12, 1575 ss., R. MUZZICA, *La Consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018, 173 ss., G. TABASCO, *L'istituto della messa alla prova passa indenne al vaglio di legittimità del Giudice delle leggi, che esclude ogni profilo di incostituzionalità*, in *Arch. pen.*, 1/2018 - online.

¹³ Diversamente in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, l'indagato/imputato presta il suo consenso all'applicazione della sanzione penale prevista per il reato a lui addebitato, seppur ridotta nel suo ammontare fino ad un terzo.

¹⁴ In questo senso l'istituto testimonia il "ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio" (Corte cost., sent. 21 febbraio 2018 (dep. 27 aprile 2018), n. 91, richiamando testualmente Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli).

In modo risolutivo, la Corte ha, invece, sottolineato che la spontaneità dell'adesione alla messa alla prova, ossia dell'osservanza delle relative prescrizioni, e l'assenza di un titolo esecutivo costituirebbero, in ogni caso, un dato sufficiente per escludere la qualificazione del programma trattamentale come sanzione.

Ciò non ha impedito, comunque, di affermare, dopo appena un anno, che per la messa alla prova per i maggiorenni, soprattutto perché tradizionalmente riconnessa al lavoro di pubblica utilità, al pari dell'affidamento in prova al servizio sociale, assuma "una innegabile connotazione sanzionatoria" e che, pertanto, operi il principio di proporzionalità con la conseguenziale l'attivazione del meccanismo di scomputo per la determinazione della pena da eseguire.

La sequenza motivazionale delle richiamate pronunce si presenta piuttosto contraddittoria nel suo complesso¹⁵. Pare che affermare la natura non sanzionatoria del programma trattamentale per sfuggire alle censure di incostituzionalità, sotto il profilo della presunzione d'innocenza, non consenta di sostenere poi l'operatività del principio di proporzionalità e del meccanismo contemplato dall'art. 657-bis c.p.p.

L'elemento distintivo, che porta la Corte ad escludere l'*eadem ratio* ai fini dell'applicazione estensivo-analogica della norma ai minori, sta proprio nella natura non sanzionatoria della *probation* minorile, che viene indicata come la condizione necessaria affinché l'istituto sia pienamente compatibile con gli artt. 31 e 27 Cost. Questo aspetto renderebbe ragionevole la non estensione del meccanismo di scomputo, superando le censure relative alla violazione dell'art. 3 Cost.

In altri termini, l'idea di fondo che la Corte costituzionale vuole esprimere è che la promessa di uno sconto di pena *in futuro* potrebbe indurre *oggi* il minore a non cogliere il reale significato dell'occasione che gli viene offerta e, così, a violare quel patto sulla base del quale si rende non più necessaria la risposta punitiva dello Stato.

Peraltro, nella pronuncia in commento si evidenzia che l'assenza di limitazioni oggettive per l'accesso alla messa alla prova ai sensi dell'art. 28 D.P.R. 448/88 – nonché l'omesso richiamo all'art. 133 c.p. tra i criteri di valutazione del programma¹⁶ – manifestano chiaramente la volontà del legislatore di svincolare l'istituto dal principio di proporzionalità¹⁷.

L'assunto è certamente condivisibile, soprattutto alla luce dei contenuti del giudizio minorile, incentrato sulla personalità del minore ancor più che sull'accertamento del fatto in una diversa e più complessa prospettiva di disvalore sociale. Cionondimeno il punto nodale pare essere un altro: l'oggetto della questione si pone in riferimento al principio di proporzionalità tanto nell'irrogazione della pena, quanto nell'individualizzazione e flessibilizzazione del trattamento che lo stesso Giudice delle leggi ha elevato a principi cardine della fase di esecuzione penale.

Nell'ordinanza di rimessione, infatti, non discutendo le pacifiche distinzioni tra la messa alla prova per i maggiorenni e quella minorile, si rileva la necessità di tenere conto anche dei profili comuni, cui si è accennato. Proprio in virtù di tali punti di contatto non tenere minimamente conto

¹⁵ Rileva il contrasto anche V. BOVE, *La disciplina della messa alla prova minorile supera il vaglio di costituzionalità. Osservazioni a margine della sentenza n. 68 del 2019*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1033, ove cerca di individuare un punto di convergenza tra le due decisioni.

¹⁶ Il *quantum* della pena rileva solo al fine di stabilire la durata massima della *probation*, che è di un anno per i reati puniti con la reclusione fino a dodici anni e di tre anni quando la pena edittale supera tale soglia.

¹⁷ E. S. LABINI, *Scomputo di pena in caso di esito negativo della messa alla probation minorile? La consulta rigetta una questione di legittimità costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2/2020, 10.

del programma comunque espletato andrebbe contro il principio di proporzionalità, da leggersi anche nella prospettiva dell'individualizzazione e flessibilità trattamentale richiesti dagli artt. 27 co. 3 e 31 Cost.

Desta, peraltro, curiosità che gli stessi artt. 27 comma 3 e 31 Cost. vengano utilizzati dall'una e dall'altra parte per sostenere tesi tra di loro confliggenti.

A tal proposito, deve notarsi che, per com'è impostato, il *petitum* sembra richiedere una sorta di sentenza additiva di principio¹⁸, con cui si dichiara l'illegittimità dell'art. 29 D.P.R. 448/88 in combinato con l'art. 657-bis c.p.p. nella parte in cui non consente al pubblico ministero presso la Procura dei minori di *tenere conto* del programma in ogni caso espletato dal minore.

Non è richiesto, però, l'ancoraggio ai criteri matematici di conversione come quelli previsti per i condannati maggiorenni. Piuttosto, si vuole permettere al giudice di valutare cosa, come e quanto scomputare dalla pena definitiva senza ricorrere ad automatismi come quello implicato dall'art. 657-bis c.p.p.¹⁹.

Si potrebbe obiettare che accogliere un *petitum* di questo tipo vorrebbe dire autorizzare una valutazione sostanzialmente discrezionale da parte del pubblico ministero, che potrebbe essere censurata – a sua volta – sotto il profilo della indeterminatezza.

Questa sfumatura sembra emergere tra le regioni di fondo della decisione, rimarcando nuovamente la labilità del binomio politica-giustizia.

3. Una rapida analisi della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo biennio in materia di diritto penale sostanziale e di diritto penitenziario, cui viene riservata un'attenzione privilegiata²⁰, mostra l'emergenza di una “nuova stagione” del controllo di costituzionalità *sub specie* di proporzionalità sulla misura delle pene²¹.

Si tratta di un dato di partenza essenziale per un diverso inquadramento dei parametri costituzionali implicati dalla pronuncia in esame. Ancor prima della flessibilità e dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, un ruolo prioritario è assunto dal principio di proporzionalità della misura della pena.

L'espansione del campo di operatività della legalità convenzionale porta con sé l'ormai acquisita consapevolezza che tanto l'ambito penitenziario quanto le norme esecutive, tradizionalmente ricomprese tra le norme processuali, presentano, oggi più che mai, innumerevoli punti di contatto con la sfera di garanzie tradizionalmente sostanziali.

L'affermazione da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'applicazione delle garanzie di legalità a qualsiasi sopravvenienza normativa che comporti una ridefinizione e una modificazione della portata applicativa della pena, con un impatto sulla definizione del trattamento

¹⁸ Una sorta di “pronuncia di fatto creativa”, in questi termini V. BOVE, *op.cit.*, 2020, 1028.

¹⁹ *Ivi*, 1027, sottolinea che si chiede di più della semplice estensione della disciplina introdotta con l'art. 657-bis c.p.p., dal momento che in base al quesito formulato già in fase di cognizione, oltre che di esecuzione, andrebbe calcolato il periodo di prova eseguita.

²⁰ G. L. GATTA, *Le linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale, nella relazione della Presidente Cartabia*, in *Sist. pen.*, 29 aprile 2020.

²¹ P. INSOLERA - S. ROMANO, *L'evoluzione del controllo di proporzionalità delle sanzioni penali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto di difesa*, 2/2020, 320.

sanzionatorio complessivo²², spinge a riconsiderare il dogma dell'insindacabilità delle scelte del legislatore in ordine all'*an*, al *quantum* e al *quomodo* della sanzione penale²³.

A ciò si aggiunge la rilevanza assunta dal principio di proporzionalità nella giurisprudenza convenzionale ed europea, ove funge da asse portante assieme al principio di legalità, a cui è accostato nell'art. 49 CDFUE²⁴.

Il controllo di proporzionalità, nella forma del sindacato autonomo, consente così di mettere in discussione tutte le scelte che finiscono per incidere sul *quantum* della pena, senz'altro nella fase di esecuzione in cui viene calcolata nel suo effettivo ammontare. È in questa prospettiva che l'inapplicabilità del meccanismo di scomputo previsto dall'art. 657-bis c.p.p. finisce per tradursi in una punizione (scontata, seppur solo parzialmente) sulla punizione (da scontare), non rispettando il criterio di ragionevolezza e proporzionalità, anche alla luce della concezione della sanzione come *extrema ratio* che orienta la giustizia minorile.

Proprio per prevenire tale risultato si è riconosciuta la rilevanza del periodo positivo di osservanza delle prescrizioni ai fini della rideterminazione della pena in seguito alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale²⁵; a voler ritenere diversamente si trasformerebbe la misura alternativa scontata in una vera e propria pena aggiuntiva a quella irrogata con la sentenza di condanna²⁶.

Tuttavia, nel suo ultimo arresto la Corte esclude la configurabilità in capo al pubblico ministero minorile di un potere discrezionale, come quello di *tenere conto* del periodo di *probation* espletato, in linea con la natura essenzialmente amministrativa delle attività esecutive che gli competono in seguito al passaggio in giudicato della pronuncia di condanna. Peraltro, ciò non esclude, in linea generale, che si pongano delle valutazioni discrezionali, per le quali resta ferma la competenza in

²² Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, sull'irretroattività *in malam partem* delle modifiche apportate all'art. 4-bis ord. penit. dall'art. 1 comma 6 lett. b) della l. 3 del 2019 ("Spazzacorrotti"); Corte cost. 21 giugno 2018, n. 149, Corte cost. 9 ottobre 2019, n. 229, sull'illegittimità dell'art. 58-quater comma 4 ord. penit., che condizionava la possibilità di concedere i benefici penitenziari all'espiazione di due terzi della pena o di ventisei anni di reclusione in caso di ergastolo per i condannati per sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione dell'ordinamento democratico o a scopo di estorsione. Ancora, sui primi tre commi dell'art. 58-quater ord. penit. v. Corte cost. 2019, 22 maggio 2019, n. 187. Corte cost. 23 ottobre, 2019, n. 253, ove viene scardinata la presunzione assoluta di pericolosità (per l'attualità del collegamento con la criminalità organizzata) connessa alla mancata collaborazione con la giustizia, condizione ostativa alla concessione dei benefici penitenziari di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. penit.; Corte cost. 5 novembre 2019, n. 263, sull'ordinamento penitenziario minorile e in particolare sull'incostituzionalità dell'art. 2 comma 3 d.l. 121 del 2018, che confermava l'applicazione del regime di cui all'art. 4-bis ord. penit. anche ai condannati minorenni (già prevista dal d.l. 152 del 1991), per eccesso di delega, poiché la legge-delega aveva disposto l'ampliamento dei criteri di accesso alle misure alternative alla detenzione e l'eliminazione di ogni automatismo nella concessione dei benefici, oltre che per violazione dell'art. 2, 3, 27 e 31 Cost. perché per i detenuti minorenni la finalità rieducativa della pena è ancor più improntata ad una valutazione individualizzata che tenga conto delle sue esigenze di risocializzazione, più pregnanti di quelle del condannato maggiorenne. Le normative europee militano nel senso del superamento degli automatismi (*ex multis* direttiva 2016/800/UE art. 7, 10 e 11 che prevede il diritto del minore ad una valutazione individuale e la possibilità di ricorrere, quando possibile a misure alternative alla detenzione) e della modulazione della pena in base alle esigenze rieducative del minore.

²³ Sull'atteggiamento prudente della Corte costituzionale in ordine al sindacato sulle scelte di politica criminale operate dal legislatore V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 ss., F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.

²⁴ A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, 1435.

²⁵ Corte cost. 19 ottobre 1987, n. 343.

²⁶ L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Note in tema di contenuto prescrittivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, revoca della misura e valutazione dell'esito della prova*, in *Giur. mer.*, 9/2013, 2020.

tutta la fase esecutiva del giudice individuato a norma dell'art. 665 c.p.p.²⁷. Inoltre, non può ignorarsi che la componente discrezionale si accentui quando il destinatario della decisione irrevocabile di condanna sia un minore, essendo questa una caratterizzazione del procedimento penale minorile dal suo principio ed oltre la sua fine.

Anche a voler aderire all'assunto della Corte secondo cui la disciplina della messa alla prova per i minorenni prescinde del tutto dal principio di proporzionalità, un ulteriore ostacolo è rappresentato dal principio del *favor minoris*; quello stesso principio che ha indotto la Consulta a ritenere prevalenti le norme del codice di procedura penale in materia di misure cautelari su quelle dettate dal D.P.R. 448/88²⁸, poiché in nessun caso il minore può essere sottoposto ad un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato all'imputato maggiorenne.

Eppure, il principio del *favor minoris* è stato ritenuto subvalente rispetto al “*superiore interesse del minore*” al miglior percorso educativo nel caso concreto, che risulterebbe compromesso dall'adesione meramente formale alla *probation* e finalizzata ad ottenere lo sconto di pena²⁹.

In questa sequenza si colloca l'apertura verso una possibile valutazione discrezionale in sede d'esecuzione analoga a quella riconosciuta al Tribunale di sorveglianza in caso di revoca o esito negativo dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 commi 11 e 12 ord. penit.), che tenga cioè conto, più che del periodo espiato in affidamento (o in messa alla prova), della gravità oggettiva e soggettiva della violazione delle prescrizioni commessa dal reo.

In primo luogo, infatti, la revoca della misura con effetto *ex tunc* viene disposta dal giudice «quando il comportamento dell'affidato sia stato così negativo da rivelare l'inesistenza *ab initio* di una adesione al processo rieducativo»³⁰. In secondo luogo, il giudice ha l'obbligo di determinare il *quantum* di pena da espiare per effetto della revoca «prendendo in considerazione, in materia puntuale, l'entità delle specifiche circostanze poste a fondamento del giudizio di negatività della prova, in quanto l'irrogazione di sanzioni che si aggiungano a quelle ritenute originariamente proporzionate al grado di responsabilità del soggetto non può avvenire senza una valutazione della qualità, gravità, estensione temporale e relazione di proporzionalità con l'aggravamento sanzionatorio delle condotte violatrici poste a giustificazione dell'accertamento di detto risultato negativo»³¹.

Privilegiando questo aspetto, si può prescindere dalla valutazione sull'assimilabilità o meno della messa alla prova minorile alla sospensione del procedimento con messa alla prova *ex art. 464-bis c.p.p.* e, dunque, dalle censure relative al principio di uguaglianza, per incentrare gli effetti dell'inoperatività dell'art. 657-*bis* c.p.p. sul piano della proporzionalità della misura della pena.

L'ostacolo, tuttavia, permane dal momento che il principio, tutt'ora privo di una specificazione, viene di volta in volta invocato dalla Corte con una portata e un'intensità diversa a seconda della questione che dev'essere affrontata, sovrapponendosi e assimilandosi spesso al concetto di

²⁷ Si pensi alle possibili questioni sul titolo esecutivo o sulla pena in concreto applicabile o la sussistenza di un *ne bis in idem* che impone la revoca di una decisione.

²⁸ Corte cost. 200, n. 323 sulla questione di illegittimità costituzionale dell'art. 274 comma 1 lett. c) ult. periodo c.p.p., come modificato dalla l. 332 del 1995, e dell'art. 23 D.P.R. 448/88 per violazione degli artt. 3, 13, 27 e 31 Cost.

²⁹ In questo senso F. P. FASOLI, *op.cit.*, 3495.

³⁰ Cass. pen., sez. I, 5 aprile 2013, n.18442, Spitaletta, inedita; Cass. pen., sez. I, 9 maggio 2012, n. 31809, Ferrante, inedita), L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *op.cit.*, 2021.

³¹ Cass. pen., Sez. Un. 27 febbraio 2002, n. 10530.

ragionevolezza³², di modo che i criteri di giudizio divengano «un unico ma composito criterio impiegato per valutare la plausibilità (ragionevolezza) dei mezzi rispetto ai fini legislativi»³³.

Al riguardo non può ignorarsi che la proporzionalità viene concepita *ab origine* nei termini di un rapporto di corrispondenza tra la gravità del reato e l'entità della pena, nella quale si inserisce anche la valutazione della capacità a delinquere del colpevole; in questo spazio di discrezionalità giudiziale si colloca la valutazione, ai fini della determinazione della pena definitiva (già in sede di cognizione) o da eseguire (in seguito all'irrevocabilità della condanna), delle tracce positive della *probation* nel suo complesso fallita.

Cionondimeno, fino a quando la proporzionalità nell'accezione del “minimo sacrificio necessario” non venga elevata a canone decisorio autonomo e si continui ad ammettere il sindacato sulla discrezionalità del legislatore solo ove sia violato il limite della ragionevolezza, stenterà ad affermarsi la prospettiva del finalismo rieducativo della pena³⁴.

Il principio di proporzionalità imporrebbe, in altri termini, di tenere conto dei segni positivi di resipiscenza del minore, che, seppur non sufficienti a disporre l'immediata fuoriuscita dal circuito penale, incidono sul disvalore sociale del fatto riducendone la portata. Precluderne in assoluto una valutazione comporta non tanto il rischio che il minore affronti con superficialità la *probation*, nella speranza di poter comunque beneficiare di uno sconto di pena, quanto l'eventualità che, in conclusione, la pena irrogata venga percepita come ingiusta dal reo, finendo per vanificare il fine rieducativo richiesto dall'art. 27 comma 3 Cost.

In questa prospettiva pare, quindi, coerente con il sistema nel suo complesso l'inapplicabilità dell'art. 657-*bis* c.p.p. al condannato minorenni, essendo pacificamente incompatibile qualsiasi tipo di automatismo con i caratteri della giustizia penale minorile. Ciò non esclude, ed anzi è auspicabile, che si attribuisca al giudice minorile, in sede di cognizione ancor prima che in sede esecutiva, il potere di valutare, ai fini della determinazione della pena, gli sforzi compiuti dal minore e i risultati positivi comunque ottenuti durante la *probation*; operazione questa che sarebbe senz'altro in linea con il principio di proporzionalità nella prospettiva del finalismo rieducativo.

³² A. MERLO, *op.cit.*, 1437.

³³ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 16.

³⁴ A. MERLO, *op.cit.*, 1444.

L'irrelevanza del fatto nell'ordinamento minorile tra (in)esercizio dell'azione e aporie di sistema

ILARIA PICCOLO

ABSTRACT

This work aims to analyse, through a transversal survey, one of the most controversial institutions of the juvenile penal system: the irrelevance of the fact referred to in art. 27 Presidential Decree n. 448 of 1988. The contradiction between the inspiring reason and the type of measure requested - the sentence of no place to proceed - represents the occasion for an interpretation of the principle of mandatory prosecution in the light of the concrete offensiveness criterion.

SOMMARIO: 1. L'obbligatorietà dell'azione penale e il principio di non superfluità del processo. – 2. L'art. 27 del d.P.R. n. 448 del 1988. I presupposti applicativi. – 2.1. Criminalità bagatellare e principio di offensività: non si procede o non si punisce? – 2.2. L'esercizio apparente dell'azione penale e il diritto al non processo. – 3. Un'indagine di tipo trasversale. L'art. 131-bis c.p.... – 3.1. ...e l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000. Un raffronto tra *leges speciales*. – 4. La Cassazione sul rapporto tra irrilevanza e tenuità: la sentenza n. 49494 del 2019. – 5. Conclusioni e prospettive *de jure condendo*.

1. «L'azione penale è pubblica, e il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere o ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza». Così recitava la Relazione di Piero Calamandrei in Assemblea Costituente¹. Nella Carta fondamentale, poi, si è adottata una formula più perentoria: «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale».

Orbene, si pone necessaria una premessa: il suddetto obbligo non implica un'automatica consequenzialità tra la ricezione di una *notitia criminis* e l'esercizio dell'azione, poiché questa deve essere promossa solo ove l'ipotesi che ha dato impulso alle indagini preliminari finisca per concretarsi in una vera e propria tesi accusatoria da sostenere nel processo².

Invero, la Consulta³ ha più volte ribadito che l'art. 112 Cost. ha una duplice anima: esso si pone a presidio sia dell'indipendenza del *dominus* delle indagini nell'esercizio della propria funzione, sia dell'uguaglianza dei cittadini rispetto a scelte arbitrarie, a garanzia del fatto «che di fronte ad una ipotesi di fatto costituente reato l'atteggiamento dell'organo del pubblico ministero non verrà determinato da altro se non dalla legge che impone di procedere»⁴.

All'organo dell'accusa spetta l'onere di vagliare la sussistenza dei presupposti per l'*an* dell'azione penale. La sua, quindi, non è una valutazione di mera opportunità, ma di «discrezionalità tecnica»⁵: al ricorrere delle condizioni indicate dalla legge, la scelta è vincolata. «Come il giudice è

¹ P. CALAMANDREI, *Commissione per la Costituzione – II^a Sottocommissione, sed. ant. 10 gennaio 1947*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, 1993.

² G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 554.

³ *Ex plurimis*, Corte cost., ord. n. 84 del 1979.

⁴ F. CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1057.

⁵ G. CONSO - V. GREVI, *op.cit.*, 554.

soggetto soltanto alla legge, così il pubblico ministero è soggetto soltanto all'obbligo di procedere. Nessuna valutazione di opportunità può quindi inserirsi nel meccanismo che porta la notizia di reato a diventare un'accusa: e ciò ha come conseguenza la garanzia dell'eguaglianza del trattamento»⁶.

Il sistema processuale si caratterizza per l'alternatività nella scelta tra la richiesta di archiviazione e l'esercizio dell'azione penale. Sono espressione di un siffatto *discrimen* l'art. 50, co. 1, c.p.p., secondo il quale «il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione», e l'art. 405, co. 1, c.p.p. per cui «quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale».

Dal combinato disposto delle norme richiamate, si evince che nella richiesta di archiviazione viene tradotta la volontà del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale in relazione ad una determinata notizia di reato⁷.

Il meccanismo sin qui delineato trova una sintesi nell'art. 125 Disp. Att. c.p.p., che individua nella «idoneità a sostenere l'accusa in giudizio» il criterio-guida per il pubblico ministero, rappresentando la «parafrasi in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo»⁸.

La regola di giudizio, che si desume dalla lettura delle norme richiamate, deve essere precisata. L'art. 112 Cost. esonera dall'esercitare l'azione penale non solo nelle ipotesi in cui, in maniera più o meno palese, appaia infondata la *notitia criminis*, ma anche nei casi in cui il pubblico ministero non ponga in essere le attività necessarie affinché il vaglio prognostico sulla tenuta in giudizio possa dirsi soddisfatto e, infine, laddove l'esercizio dell'azione si riveli una mera «forma apparente»⁹.

L'accusa è chiamata a operare una valutazione prognostica di superfluità del dibattimento, in quanto la fase dibattimentale potrà essere instaurata soltanto quando essa si profila *ex ante* utile, in modo da poter sostenere l'accusa. L'obbligatorietà dell'azione si arricchisce di connotati nuovi, come l'offensività della condotta che – quale direttrice fondamentale di politica criminale e baricentro del nostro diritto penale costituzionalizzato¹⁰ – esprime l'esigenza che il processo sia subordinato a una concreta lesione o messa in pericolo del bene tutelato.

Il principio di offensività, com'è noto, opera su un duplice piano.

Sul piano astratto, funge da canone per il legislatore, che è tenuto a sanzionare penalmente solo i fatti che, nella loro configurazione, presentino un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione.

A tal riguardo, la Corte costituzionale ha precisato che il legislatore può ricorrere a delle presunzioni sia con riguardo alla descrizione della norma, come nella previsione di reati di pericolo presunto, sia con riguardo al trattamento punitivo, ritenendo legittimi taluni automatismi sanzionatori fondati su una maggiore pericolosità e, dunque, offensività. Tuttavia, la presunzione supera il vaglio di costituzionalità rispetto al principio di offensività quando risulta ragionevole, nel senso che trova tendenzialmente conferma nella realtà empirica alla luce dell'*id quod plerumque accidit*. Una presunzione che è sistematicamente o frequentemente smentita dalla realtà empirica è irragionevole

⁶ F. CORBI, *ibidem*.

⁷ Cfr. E. MARZADURI, (voce) *Azione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996, 1.

⁸ C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, 190.

⁹ C. IASEVOLI, *op. cit.*, 185.

¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 182.

e viola l'offensività in astratto¹¹: tale ultimo principio, pertanto, impone un vaglio di ragionevolezza sulle presunzioni del legislatore.

Sul piano concreto, il principio *de quo* opera come criterio ermeneutico per il giudice, tenuto a verificare l'effettiva offensività della condotta, escludendo la punibilità di fatti apparentemente tipici, ma in concreto privi di attitudine lesiva o con tenue disvalore. Ebbene, a una siffatta valutazione è, parimenti, chiamato il pubblico ministero, che, nei suddetti casi, deve procedere all'unica scelta possibile e delineata dal citato art. 125 Disp. Att. c.p.p.: la "non azione", nelle forme dell'archiviazione.

In tale solco, si inserisce l'indagine sui modelli procedurali funzionali a espungere gli indagati dal circuito penale – in particolare la tenuità e l'irrelevanza del fatto – al fine di vagliare la relativa compatibilità con la regola di cui all'art. 112 Cost.

2. Nell'ambito della giustizia minorile, l'irrelevanza del fatto trova il proprio referente normativo nell'art. 27 d.P.R. n. 448/1988. Ai sensi di tale disposizione, «durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e la occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne».

Trattasi di un modulo procedurale che attribuisce all'organo dell'accusa la possibilità di espungere fatti penalmente irrilevanti, in una fase ancora procedimentale¹², ove sussistano congiuntamente tre presupposti.

In primis, il fatto di reato deve poter essere definito "tenue", valutando in positivo i parametri contenuti nell'art. 133 c.p., quali la natura del reato e la pena edittale, l'allarme sociale provocato, la capacità a delinquere, le ragioni che hanno spinto il minore a compiere il reato e le modalità con le quali esso è stato eseguito. Da più parti, è stato denunciato il rischio che una tale discrezionalità del giudice, priva di criteri normativi oggettivi, sfoci in un libero arbitrio¹³.

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 370 del 1996 con cui il giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 708 c.p. (possesso ingiustificato di valori) nella parte in cui aggancia la presunzione di pericolosità unicamente alla qualifica soggettiva della condizione di soggetto precedentemente condannato per reati contro il patrimonio, ai fini della punibilità: una presunzione irragionevole che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*.

¹² Corte cost., sent. n. 149 del 2003. La Consulta ha ritenuto priva di ragionevole giustificazione una disciplina che ne limita l'operatività alle fasi iniziali del procedimento, posto che, se i presupposti emergono solo in dibattimento, o se l'imputato non ha potuto beneficiare del proscioglimento per irrilevanza del fatto nell'udienza preliminare, l'unica alternativa alla pronuncia di una sentenza di condanna è il proscioglimento per concessione del perdono giudiziale, che presuppone un'affermazione di colpevolezza e realizza un livello di tutela inferiore rispetto a quello assicurato dal proscioglimento per irrilevanza del fatto, «i cui effetti processuali e sostanziali sono di gran lunga più favorevoli». Donde la conseguente declaratoria d'illegittimità costituzionale del D.P.R. n. 448 del 1988, art. 27, comma 4, nella parte in cui prevede che la sentenza di proscioglimento per irrilevanza del fatto possa essere pronunciata solo nell'udienza preliminare, nel giudizio immediato e nel giudizio direttissimo, atteso che la tutela del preminente interesse del minore «non può essere fatta meccanicisticamente coincidere con la sua immediata fuoruscita dal circuito processuale», poiché tale obiettivo non esclude che debba comunque essere adottata la decisione a lui più favorevole, «ponendolo nelle condizioni di ottenere, ove ne sussistano i presupposti, la formula di proscioglimento più adeguata alla natura del fatto contestato e ai profili soggettivi del suo comportamento».

¹³ Cfr. M.G. COPPETTA, *Il proscioglimento per irrilevanza del fatto*, in *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di E. Palermo Fabris – P. Zatti – A. Presutti, Milano, 2011, 592, per la quale «il riferimento ai criteri di cui all'art. 133 c.p., seppur imprescindibile, quale unica via per limitare la discrezionalità giudiziale e, quindi, per ridurre i margini di indeterminatezza della clausola, non appare sufficiente ad evitare i rischi di disparità di conclusioni, nella decisione sulla ricorrenza o meno della levità. Rischi, peraltro, accentuati qualora si ritenga incluso nel giudizio sulla tenuità anche la valutazione delle "risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne" ex art. 9».

In secondo luogo, il comportamento del minore deve essere “occasionale”. Occorre, dunque, aver riguardo alla mancanza di reiterazione di condotte penalmente rilevanti. In sostanza, deve risultare che il comportamento deviante sia determinato da fattori ambientali, sociali e personali non prevedibilmente ripetibili.

Infine, deve potersi ritenere che la prosecuzione dell'*iter* processuale possa arrecare un pregiudizio alle esigenze educative del minore e, quindi, il processo debba essere considerato come una risorsa non utile per il minore a fronte di un percorso di crescita e di responsabilizzazione da questi compiuto. Tale ultima condizione postula un giudizio prognostico di segno negativo improntato, più che alla repressione, al recupero della devianza del minore¹⁴ e in cui assumono un ruolo fondamentale le risorse familiari, personali, sociali ed ambientali del minore stesso. Si conferma, sotto quest'ultimo profilo, la centralità della persona nel processo a carico di imputati minorenni¹⁵.

Ai suddetti, secondo l'opinione prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza, si affianca un ulteriore presupposto implicito: l'insussistenza delle condizioni per l'emissione di un provvedimento di archiviazione.

La Corte costituzionale, invero, si è più volte espressa nel senso che la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto presupponga un accertamento di responsabilità¹⁶. Parimenti, la Cassazione ritiene che «la declaratoria di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto pretende, sulla base del materiale investigativo allo stato disponibile, la verifica di merito dell'ipotesi accusatoria circa l'esistenza e l'entità del fatto e la sua effettiva riferibilità alla persona dell'imputato minorenne»¹⁷.

In tal senso, si spiegherebbe la disciplina del procedimento per irrilevanza del fatto e, in particolare, la garanzia del contraddittorio necessario nel procedimento stesso, la cui struttura è articolata dal D.P.R. n. 448 del 1988, art. 27, comma 2, secondo il modello partecipato dell'udienza camerale di cui all'art. 127 c.p.p., prevedendosi l'audizione del minorenne, dell'esercente la potestà genitoriale e della persona offesa, se comparsi, ed altresì la conclusione con sentenza.

Dalle considerazioni finora svolte, si evince un ampio potere discrezionale nella valutazione delle citate condizioni. Si tratta, in effetti, di una discrezionalità piuttosto diffusa nell'ambito del procedimento minorile, ed intesa come essenziale e strumentale per adeguare alle esigenze del minore gli interventi indispensabili, volti alla sua rapida uscita dal circuito penale ed al suo recupero nella società. Tuttavia, se per alcuni versi questo intento assume una spiccata valenza positiva, non bisogna trascurare quelli che sono i rischi, *in primis* le sperequazioni trattamentali¹⁸.

¹⁴ Cass., Sez. VI, 7 ottobre 2015 (dep. 9 novembre 2015), n. 44773.

¹⁵ G. SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, in *Dir. giust. min.*, 1/2015, 17.

¹⁶ Così Corte cost., ord. n. 110 del 2004. *Contra*, nel senso dell'assenza di forza pregiudicante per l'imparzialità del Giudice nella valutazione meramente formale oggetto dell'eventuale pronuncia reiettiva, si è espressa Corte cost., sent. n. 311 del 1997.

¹⁷ Cass., Sez. I, 30 marzo 2006 (ud. 17 marzo 2006), n. 11350.

¹⁸ Così M. COLAMUSSI, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza penale del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 5/1996, 1672. In maniera conforme, si segnala P. DUSI, *Irrilevanza del fatto e la nuova formulazione*, in *Esp. giust. min.*, 1/1992, 19, che evidenzia come una tale tendenza «sembra contraddire l'impostazione generale del nuovo processo minorile, dato che là dove ci si propone un intento educativo nei confronti di un determinato soggetto sarebbe opportuno liberare il percorso dalle generalizzazioni o dai pregiudizi che derivano dal riferimento a qualsiasi tipo di categoria».

2.1. Il concetto di irrilevanza del fatto è correlato alla categoria dei reati cc.dd. bagatellari, e, difatti, si pone come reazione alla diffusione della criminalità di massa. Trattasi di un fenomeno che pone un problema di efficienza del sistema penale, dato che, affinché lo stesso mantenga non solo funzionalità, ma anche credibilità, è necessario individuare di quali fattispecie il sistema giustizia può e deve occuparsi¹⁹: la risposta alla diffusione della criminalità non può essere quella di una penalizzazione di massa, ma è necessario scegliere i «pochi comportamenti da punire effettivamente tra i molti comportamenti punibili potenzialmente»²⁰.

L'irrilevanza del fatto fa da contraltare all'ipertrofia del diritto penale, espungendo, dal circuito penale, i reati bagatellari cc.dd. impropri, ossia quelle condotte che, pur costituendo reato, appaiono prive di «significato criminoso»²¹. Questa l'esigenza generale, cui deve affiancarsi la peculiarità che involge l'intero sottosistema minorile: la necessità di sottrarre «il più rapidamente possibile» il giovane imputato al processo penale²², che «risulta, in concreto, non rispondente alle esigenze educative del minore»²³.

«Deflazione ed educazione»²⁴ sono, quindi, gli obiettivi che orientano la sentenza di non luogo a procedere ex art. 27 d.P.R. n. 448/1988.

Il *focus* dell'istituto è il fatto, ritenuto penalmente irrilevante agli occhi dell'ordinamento, al punto da rendere “superfluo” il processo, che deve essere evitato poiché potrebbe trasformarsi da evento educativo e responsabilizzante in un'occasione traumatizzante per una personalità ancora *in fieri*. In questo modo, «si evita anche la stigmatizzazione penale del minore, il quale subendo un processo “inutile” rischia di trasformarsi in vittima, a causa dell'etichettamento negativo»²⁵.

Si impone, al riguardo, un chiarimento. «“Fatto irrilevante” non equivale a “fatto inoffensivo”»²⁶. La sentenza di non luogo a procedere postula un reato – un fatto tipico, antigiuridico e colpevole – nonché un'offesa, sebbene tenue; diversamente, una condotta del tutto priva di carica offensiva non supererebbe il vaglio di tipicità, e in tal caso, la formula del proscioglimento dovrebbe essere quella del “fatto non sussiste”. In altre parole, «nel bilanciamento degli interessi in gioco, la pretesa punitiva dello Stato viene sacrificata in favore della tutela del minore, quando ricorrano le condizioni previste dall'art. 27 c.p.m.»²⁷.

Una siffatta premessa pare necessaria per affrontare la *quaestio* della natura giuridica della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, che genera una serie di problematiche in ordine alla collocazione dommatica, ponendosi su una incerta linea di confine tra il diritto sostanziale e quello processuale²⁸.

Nella Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, il legislatore precisava che «il meccanismo processuale prescelto non incide sulla

¹⁹ A. CONTI, *L'irrilevanza del fatto nella prassi del Tribunale per i Minorenni di Milano*, in *Cass. pen.*, 2012, 1, 288.

²⁰ C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 209.

²¹ *Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, 213 ss.

²² Corte cost., ord. n. 103 del 1997.

²³ *Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, cit., 213 ss.

²⁴ Così, G. VASSALLI, *Prefazione*, in *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, di F. Palomba, Milano, 1989, IX.

²⁵ M. COLAMUSSI, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza penale del fatto*, cit., 1641.

²⁶ M.G. COPPETTA, *Il proscioglimento per irrilevanza del fatto*, cit., 592.

²⁷ M. COLAMUSSI, *op. cit.*, 1673.

²⁸ A. CONTI, *L'irrilevanza del fatto nella prassi del Tribunale per i Minorenni di Milano*, cit., 291.

fattispecie sostanziale del reato (e cioè sui suoi elementi costitutivi o sulle condizioni di punibilità), ma si limita a consentire l'anticipata conclusione del processo con una pronuncia fondata sulla valutazione comparativa degli effetti positivi e negativi dello svolgimento del normale *iter* processuale, in considerazione delle concrete caratteristiche del fatto e della personalità del minorenne imputato»²⁹. Evidente, dunque, la volontà del legislatore del 1988: quella di porre a fondamento del proscioglimento per irrilevanza del fatto l'esigenza educativa di sottrarre prontamente il minore al circuito penale, e che, sul piano operativo, si traduceva in una causa di improcedibilità del processo penale³⁰.

Tuttavia, la collocazione dell'istituto in seno alla disciplina processuale non si è rivelata sufficiente a sopire i dibattiti sull'inquadramento giuridico. Invero, sia la dottrina maggioritaria che la giurisprudenza costituzionale hanno riconosciuto rilevanza sostanziale al proscioglimento per irrilevanza del fatto³¹.

La Consulta, già nella sentenza n. 250 del 1991 – con cui dichiarava incostituzionale per eccesso di delega l'art. 27 d.P.R. n. 447/1988 – riteneva si trattasse di una norma che «non attiene alla materia processuale bensì a quella sostanziale», risolvendosi in una «nuova causa di non punibilità dell'imputato minorenne»³², che «non interviene sul momento precettivo ma sulla reazione sanzionatoria alla trasgressione»³³.

Occorre precisare che l'art. 27 d.P.R. 448/1988 come causa di non punibilità non può ricondursi, a livello dogmatico, né alle scriminanti, che rendono lecito un fatto che diversamente avrebbe un disvalore penale, né alle cause di esclusione della colpevolezza (o scusanti). In sostanza: il fatto è antigiuridico e colpevole, ma non viene sanzionato.

A confortare l'ipotesi esegetica della natura di “esimente”, vi è l'irrilevanza del consenso del minore alla chiusura anticipata del procedimento³⁴ e la sola facoltà riconosciuta allo stesso di appellare la sentenza di non luogo a procedere anche nel merito *ex art. 27*, comma terzo, d.P.R. n. 448/1988. Tale norma, invero, attribuisce al minore il potere di contestare l'affermazione di illiceità

²⁹ *Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, cit., 218.

³⁰ Secondo parte della dottrina, la norma costituirebbe una tecnica di diversione del processo. Con tale locuzione, si fa riferimento agli istituti volti sottrarre al procedimento penale quei reati per i quali il processo, nella sua forma classica, viene ritenuto superfluo, se non dannoso. Ciò non significa che lo Stato rinunci a reagire al reato in assoluto, ma che esso viene affrontato in maniera diversa, tramite modalità informali tese a raggiungere i medesimi obiettivi di prevenzione, recupero e reinserimento sociale propri della giustizia formale. Per un'analisi dell'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 sotto la lente delle tecniche di diversione, si rimanda a B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di “diversione” nell'ordinamento processuale italiano? primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. contem.*, 4/2015, 47 ss.

³¹ Cfr. R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. contem.*, 2000, 1494.

³² Corte cost., sent. n. 250 del 1991. Dopo l'introduzione della norma nel 1988, la Corte Costituzionale, con la sentenza *de qua*, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 27 d.P.R. 448/1988 per eccesso di delega, poiché la legge n. 81 del 1987 aveva circoscritto l'intervento del Governo alla predisposizione della disciplina processuale, senza alcun cenno al nuovo istituto tra i principi ed i criteri direttivi da essa enunciati. L'istituto veniva, quindi, reintrodotta con la legge 5 febbraio 1992, n. 123. Difformemente dalla suddetta pronuncia, il giudice delle leggi, con sentenza n. 103 del 1997, riteneva infondate le “rinnovate” questioni di legittimità costituzionale, asserendo che l'istituto della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto tiene conto delle finalità della giustizia minorile ed è volto a privilegiare le esigenze educative del minore.

³³ V. PATANÈ, *L'irrilevanza del fatto nel processo minorile*, in *Esp. giust. min.*, 3/1992, 61.

³⁴ Corte cost., sent. n. 195 del 2002, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 32, comma 1, del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni), come modificato dall'art. 22 della legge 1° marzo 2001, n. 63 (Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione), nella parte in cui, in mancanza del consenso dell'imputato, preclude al giudice di pronunciare sentenza di non luogo a procedere che non presuppone un accertamento di responsabilità.

del fatto e di responsabilità implicita, che deve ritenersi sottesa alla pronuncia di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, tanto che la stessa, secondo taluni, si risolverebbe in una «cripto-condanna»³⁵.

La dicotomia tra cause di improcedibilità e cause di non punibilità non è meramente teorica. Le prime elevano il fatto a condizione per poter esercitare l'azione penale, sicché, in presenza dei caratteri sanciti dall'art. 27 d.P.R. n. 448/1988, l'azione non risulta esperibile e, ove promossa, non può essere proseguita. Da qui la possibilità che il difetto di una condizione di procedibilità sia fatto valere già come causa di archiviazione (art. 411 c.p.p.) e, nel prosieguo dell'*iter* processuale, fondi una sentenza di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.), una decisione di proscioglimento predibattimentale (art. 469 c.p.p.), una sentenza di non doversi procedere (art. 529 c.p.p.), nonché, in qualsiasi momento del processo e nei limiti in cui trovi spazi applicativi al di fuori delle ipotesi rammentate, l'immediata declaratoria di improcedibilità (art. 129 c.p.p.)³⁶.

Le cause di non punibilità, invece, condizionano la sola applicabilità della sanzione penale. In tal caso, si deve comunque esercitare l'azione penale e pervenire quantomeno all'esito dell'udienza preliminare, essendo preclusa la definizione anticipata con provvedimento archiviativo.

Rebus sic stantibus, si spiegano le censure della dottrina che ritenevano più favorevole la riconduzione della irrilevanza del fatto all'alveo delle cause di improcedibilità dell'azione, in maniera da garantire una più rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale³⁷. Tuttavia, – come si avrà modo di esplicitare – la scelta circa la formula dell'improcedibilità o della non punibilità diviene superflua, ove si interpreti correttamente il principio di obbligatorietà dell'azione penale, nella declinazione arricchita dall'offensività in concreto.

2.2. Sul versante del procedere, due sono gli scenari che possono condurre all'esito di cui all'art. 27, a seconda, cioè, che l'azione penale sia stata o meno esercitata.

Nel primo caso, il pubblico ministero ha ritenuto che vi fossero elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio. In tale ipotesi, il controllo giurisdizionale sul corretto esercizio dell'azione penale può – opportunamente – rivelarsi funzionale all'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto da parte del giudice all'esito dell'udienza preliminare. Il giudice, in tal caso, ha il dovere/potere di applicare l'art. 129 c.p.p., dando precedenza a una formula di

³⁵ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 283.

³⁶ C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2001, 727.

³⁷ Così C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 176 ss.; R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, cit., 1494. L'A. sottolinea la peculiarità che connota l'art. 27 d.P.R. n. 448/1988, che sembra divergere dalla *ratio* comune delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto (o esimenti). Queste, infatti, rispondono a circostanze inerenti alla persona e sussistenti nel momento in cui l'autore ha commesso il reato. «Le esigenze educative pregiudicabili dall'ulteriore corso del procedimento, invece, costituiscono sì condizioni che riguardano la persona dell'autore considerata in un momento successivo alla commissione e, più precisamente, nel momento in cui ha luogo il procedimento. Sicuramente più appropriata, pertanto, sarebbe la qualificazione dell'istituto come condizione di improcedibilità, e questo proprio perché la disposizione prevede un criterio valutativo di interessi esterni al fatto e al suo autore, collegato più all'esercizio della giurisdizione penale e al dovere di procedere che alla punibilità del reato. Tuttavia, tale concezione sembra essere esclusa dalla circostanza che l'irrilevanza del fatto può essere dichiarata soltanto con sentenza del giudice. Se tutto questo è vero, allora, bisogna ritenere che l'istituto in esame costituisca, per le ragioni suddette, una condizione di improcedibilità - per così dire - "anomala"».

proscioglimento più favorevole³⁸: l'irrelevanza del fatto occupa una «posizione di coda»³⁹ nella gerarchia. Nello scenario descritto, l'istituto pare conciliare in maniera ragionevole la duplice esigenza di deflazione ed educazione, *sub specie* di diritto al non processo del minore.

Nella seconda ipotesi – e, dunque, «durante le indagini preliminari» – è il pubblico ministero a dover fare richiesta, e la relativa decisione appartiene alla competenza del giudice per le indagini preliminari, che provvede in camera di consiglio, sentiti il minorenne e l'esercente la potestà dei genitori, nonché la vittima del reato.

È questo lo scenario che suscita maggiori criticità, sia sul fronte deflattivo che su quello educativo.

La logica è la seguente: l'organo dell'accusa, seppur orientato a espungere il minore dal circuito penale, è tenuto a esercitare l'azione penale ai fini di un provvedimento che si pone quale “antigene” dell'azione stessa. Il procedere si tramuta in un (in)esercizio superfluo che, addirittura, finisce per dilatare i tempi della definizione, contravvenendo a una delle principali *rationes* dell'istituto.

In tale ipotesi, oltretutto, la Corte di Cassazione ritiene preclusa la possibilità per il G.i.p. – investito di una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto – di prosciogliere *ex art.* 129 c.p.p. L'art. 27, comma secondo, d.P.R. n. 448 del 1988 subordina la declaratoria del G.i.p. di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, nella fase delle indagini preliminari, al duplice presupposto della richiesta del P.M., che in tal modo esercita l'azione penale, e dell'insussistenza delle condizioni per l'emissione di un provvedimento di archiviazione: «ne consegue che il G.i.p. è posto nella rigorosa alternativa di accogliere la richiesta del P.M. o di ordinare la restituzione degli atti al P.M. affinché eserciti l'azione penale nelle forme ordinarie, senza che egli possa pronunciare sentenza di proscioglimento con formula più favorevole per l'imputato, poiché l'art. 129 c.p.p. non attribuisce al giudice un potere di giudizio autonomo ed avulso dalle specifiche norme che disciplinano i diversi segmenti processuali»⁴⁰.

Il ragionamento della Corte non appare del tutto convincente sul piano della coerenza interna del sistema e della norma stessa, e finisce per peccare di «commistioni tra istituti che non rispettano l'autenticità del modulo procedurale di cui all'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988, soprattutto nell'identificazione della richiesta con l'esercizio dell'azione penale e, quindi, con l'atto genetico del processo»⁴¹.

In altri termini, qualora il pubblico ministero si convinca dell'irrelevanza del fatto – *ergo*, della non punibilità del minore – è costretto a esercitare l'azione penale in via del tutto “apparente”, donde il mutamento di *status* del minore, da indagato a imputato, arrecando un evidente *vulnus* alle esigenze

³⁸ A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di E. Zappalà, Torino, 2009, 150. Si tratta di una conclusione diversa da quella della Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 311 del 1997, si esprime, rispetto all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, in termini di valutazione semplicemente ipotetica.

³⁹ S. VINCIGUERRA, *Irrilevanza del fatto nel processo minorile*, in *Dif. pen.*, 78.

⁴⁰ Cass., Sez. I, 30 marzo 2006 (ud. 17 marzo 2006), n. 11350. In maniera conforme, Cass., Sez. un., 30 marzo 2005 (ud. 25 gennaio 2005), n. 12283, secondo cui il giudice dell'udienza preliminare, investito della richiesta del P.M. di rinvio a giudizio dell'imputato, non può emettere sentenza di non doversi procedere per la ritenuta sussistenza di una causa di non punibilità senza la previa fissazione della udienza in camera di consiglio. «L'art. 129 cod. proc. pen. non attribuisce al giudice un potere di giudizio ulteriore ed autonomo rispetto a quello già riconosciutogli dalle specifiche norme che regolano l'epilogo proscioglitivo nelle varie fasi e nei diversi gradi del processo - artt. 425, 469, 529, 530 e 531 stesso codice -, ma enuncia una regola di condotta rivolta al giudice che, operando in ogni stato e grado del processo, presuppone un esercizio della giurisdizione con effettiva pienezza del contraddittorio».

⁴¹ C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 200.

educative, soprattutto nella declinazione del diritto al non processo. Una *fictio*, dunque, che appare distonica con il principio di irretrattabilità dell'azione penale vera e propria, oltre con la logica interna del sistema, perché risulta irragionevole e contraddittorio esercitare l'azione penale con la consapevolezza di un epilogo scontato contrario ai contenuti dell'accusa.

3. L'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 non rappresenta un *unicum*, poiché l'ordinamento registra altri istituti dai medesimi connotati. Il riferimento è all'art. 131-*bis* del Codice penale e, per quanto riguarda i reati di competenza del giudice di pace, all'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000.

L'art. 131-*bis* c.p., rubricato “Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto”, è stato introdotto dal d.lgs. n. 28/2015, sulla falsariga dell'analogo istituto di matrice processual-minorile. La norma richiamata esclude la punibilità di un fatto che, seppur tipico, antigiusuridico e colpevole, sia connotato da un'offesa tenue, al punto che la pena non riuscirebbe – anche se irrogata – a esplicare le proprie funzioni di prevenzione generale e speciale, contribuendo, tale disposizione, a dare attuazione ai principi di proporzionalità, sussidiarietà ed *extrema ratio* della sanzione penale.

Sul versante della natura giuridica, l'opinione assolutamente prevalente ritiene si tratta di una causa di non punibilità in senso stretto (o esimente). Diversi gli argomenti che depongono in tal senso: *in primis*, la rubrica che parla di “esclusione della punibilità”; in secondo luogo, la collocazione sistematica dell'art. 131-*bis* nel Capo I del Titolo V del Libro I del Codice, prima delle norme dedicate alla commisurazione della pena (artt. 132 e 133 c.p.), il che evidenzia l'attinenza rispetto al momento sanzionatorio; ancora, la circostanza che il provvedimento di archiviazione (o proscioglimento) per particolare tenuità sia iscritto nel casellario giudiziale, a conferma che si tratti di una causa di non punibilità che lascia intatto il disvalore del fatto.

La natura sostanziale dell'istituto ne ha comportato l'applicabilità anche ai procedimenti in corso, con conseguente retroattività della legge più favorevole, secondo quanto stabilito dall'articolo 2 c.p., comma 4⁴².

L'art. 131-*bis* c.p. delinea preliminarmente il proprio perimetro applicativo attraverso l'individuazione di limiti edittali di pena: si applica, infatti, ai soli reati puniti con pena edittale massima non superiore a cinque anni di reclusione, da sola o congiunta a pena pecuniaria⁴³.

La norma, inoltre, annovera due “indici-criteri”: la tenuità dell'offesa e la non abitudine della condotta illecita.

Ai fini dell'apprezzamento del primo indice-criterio, la tenuità dell'offesa, occorre valutare in positivo gli “indici-requisiti” di cui all'art. 133 co 1. c.p., ossia vagliare complessivamente le modalità della condotta e il contesto spazio-temporale in cui si è realizzata l'azione illecita. Non rilevano, in tal senso, la condotta antecedente o successiva al reato; i motivi a delinquere; la personalità del reo⁴⁴.

⁴² Cass., Sez. III, 15 aprile 2015 (ud. 8 aprile 2015), n. 15449.

⁴³ I criteri di determinazione della pena sono indicati dal comma 4, il quale precisa che non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In tale ultimo caso non si tiene conto del giudizio di bilanciamento di cui all'articolo 69. Il comma 5, inoltre, chiarisce che la non punibilità si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante.

⁴⁴ Il legislatore stabilisce anche delle cause ostative al riconoscimento della particolare tenuità del fatto: quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. Inoltre, l'art. 16 comma 1 lett. b) del D.L. 14 giugno 2019 n. 53 è intervenuto sull'art. 131-*bis*, co. 2, c.p. prevedendo altresì che

Per quanto concerne il secondo parametro, la non abitualità della condotta, esso è ricavabile *a contrario*: la condotta non può ritenersi “non abituale” qualora vi sia stata una dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza; vi sia la commissione di più reati della stessa indole, anche se tutti di particolare tenuità; ove si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Così impostata la disciplina sul piano sostanziale, occorre indagare come l’istituto si riflette sul piano processuale.

Ebbene, la norma di riferimento è l’art. 411 c.p.p. che, nel caso in cui il soggetto (indagato) non sia punibile per la particolare tenuità del fatto, prevede la strada dell’archiviazione. Ai sensi del comma 1-*bis*, infatti, il pubblico ministero è tenuto ad avvisare sia la persona offesa che la persona sottoposta alle indagini, rendendo le stesse edotte della possibilità di prendere visione degli atti e presentare opposizione, nel termine di dieci giorni.

La necessità di dare avviso anche all’indagato e la previsione di un inedito potere di opposizione si spiegano in virtù della natura di tale provvedimento archiviativo. Esso, difatti, si fonda su un implicito accertamento di colpevolezza ed è suscettibile di essere iscritto nel casellario giudiziale, costituendo una premessa per escludere nuovi giudizi di tenuità in successivi procedimenti penali. Da qui l’interesse dell’indagato di interloquire nella prospettiva di ottenere una archiviazione con formula più favorevole⁴⁵.

Dal raffronto tra gli artt. 27 d.P.R. n. 448/1988 e 131-*bis* c.p., emerge una serie di divergenze, che vale la pena porre in evidenza.

Innanzitutto, la norma in tema di irrilevanza del fatto minorile non prevede alcun limite edittale oltre il quale verrebbe sancita l’impossibilità dell’applicazione, a differenza dell’art. 131-*bis* c.p., che indica una soglia per la pena detentiva che non deve superare nel massimo i cinque anni, nonché, tra i criteri richiesti, anche l’assenza di recidiva e la sussistenza di un danno dalla particolare tenuità.

Inoltre, per quanto concerne la valutazione richiesta al giudice, solo nell’art. 27 la stessa si estende ad eventuali interessi individuali per i quali si rende inopportuna l’inflizione di una sanzione penale, vale a dire «quando l’ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore».

Infine, la differenza di maggiore rilievo attiene al tipo di procedimento prescritto: l’archiviazione – e, quindi, la non azione – nel processo penale per adulti, a fronte della sentenza di non luogo a procedere, per i minori.

L’art. 131-*bis* c.p. è solo «apparentemente incompatibile con la procedura di archiviazione», ma, nella realtà, si iscrive nella «medesima logica che è quella di evitare un processo superfluo, impedendo l’accesso al giudizio di una notizia di reato suscettibile di tradursi in una decisione di proscioglimento»⁴⁶. Sapientemente, allora, il legislatore ha scelto di prescrivere il procedimento di cui agli artt. 408 ss., c.p.p., conferendo (nuovo) vigore al principio di obbligatorietà dell’azione penale.

l’offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341 *bis*, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell’esercizio delle proprie funzioni.

⁴⁵ G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 560.

⁴⁶ G. CONSO - V. GREVI, *op. cit.*, 559.

L'archiviazione per particolare tenuità del fatto, invero, non deroga all'art. 112 Cost., ma ne costituisce valida espressione!

3.1. Proseguendo nell'indagine comparatistica, l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 disciplina, invece, la tenuità del fatto, ove questo sia di competenza del giudice di pace. Esso, a differenza dell'art. 131-*bis*, costruisce l'istituto quale causa di improcedibilità dell'azione, come emerge dalla stessa rubrica⁴⁷.

Oltre gli elementi comuni, *id est* la tenuità del fatto e l'occasionalità della condotta, l'art. 34 richiede ulteriori requisiti ai fini della operatività della causa di esclusione della procedibilità: l'eventuale pregiudizio derivante dall'ulteriore corso del procedimento, delle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagine o dell'imputato e la mancata opposizione della persona offesa. Quest'ultima, invero, ha un vero e proprio potere di veto, a differenza di quanto si rinviene nella disciplina dettata dall'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 o dall'art. 131-*bis*.

La *ratio* è presto detta e risiede nell'esigenza di tutelare la persona offesa.

Nel processo minorile, la sua posizione è posta in secondo piano rispetto al processo ordinario, in quanto lo scopo precipuo è il recupero del minore. Ne consegue la preclusione di costituirsi parte civile, come statuisce l'art. 10 d.P.R. n. 448/1988, e la mancata legittimazione della parte offesa ad impugnare la sentenza di non doversi procedere per irrilevanza del fatto.

Diversamente, nel processo ordinario, l'art. 651-*bis* c.p.p. stabilisce che la sentenza dibattimentale che riconosce la particolare tenuità del fatto, una volta divenuta irrevocabile, fa stato nel giudizio civile per il risarcimento del danno. Tale assunto sta a significare che, sebbene la pronuncia sia di proscioglimento, essa contiene un implicito accertamento, idoneo a fare stato in ordine all'*an* della responsabilità a favore della parte civile, che si è costituita nel processo penale conclusosi con sentenza di assoluzione perché il fatto è stato ritenuto non punibile ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.

Nei reati di competenza del giudice di pace, invece, l'art. 34 d.lgs. 274 del 2000 si struttura su una causa di improcedibilità che, ove rilevata e accertata in concreto, dà luogo a una pronuncia che non fa stato in ambito civile. Per tale ragione, il legislatore sceglie di valorizzare il ruolo della persona offesa.

Nella fase delle indagini preliminari, l'art. 34, comma secondo, d.lgs. cit., prevede che l'interesse della parte venga valutato ai fini della prosecuzione del procedimento.

Qualora, invece, sia già stata esercitata l'azione penale, il terzo comma della norma *de qua* riconosce sia alla persona offesa, che all'imputato la facoltà di opporsi alla sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto. Le finalità sono, ovviamente, diverse: l'imputato avrà interesse a far valere il proprio diritto a vedere ultimato l'accertamento processuale, con una formula di proscioglimento più favorevole; la persona offesa, invece, attraverso l'opposizione alla declaratoria di improcedibilità *ex* art. 34, intende far valere il proprio diritto ad ottenere un titolo utilizzabile in sede civile.

⁴⁷ «Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto».

Il raffronto tra gli istituti della particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis* ed *ex art. 34 d.lgs. 274 del 2000* permette di evidenziare un dato: tra il non procedere e il non punire, il risultato non cambia! L'esito è il medesimo ed è rappresentato dal provvedimento di archiviazione.

Se le cose stanno così, non si comprende come il processo minorile, volto a salvaguardare il diritto al non processo del minore, postuli un obbligatorio esercizio apparente dell'azione penale. Quello di cui all'art. 27 d.P.R. n. 448/1988, formalmente ispirato a una pregevole *ratio* di tutela delle esigenze educative, si è sostanzialmente tramutato in un meccanismo privo di logicità intrinseca.

Mai come in questo caso, la forma è sostanza e il tipo di provvedimento prescritto dal legislatore finisce per aderire a una linea di politica criminale che stride con le esigenze procedimentali del sottosistema minorile. Il paradosso è evidente: una fuoriuscita dal circuito penale più celere per gli adulti, mediante la previsione della formula archiviativa e della possibilità di opporsi a una siffatta declaratoria, e l'obbligo, per il processo minorile, di esercitare un'azione penale priva di significato.

4. Con la sentenza n. 49494 del 5 dicembre 2019, la Seconda sezione della Corte di Cassazione ha operato un'*actio finium regundorum*, tracciando il *discrimen* tra gli istituti di cui, rispettivamente, agli artt. 131-*bis* c.p. e 27 d.P.R. n. 448/1988.

I giudici hanno posto in evidenza la diversità delle *rationes* che ispirano i due istituti della "irrilevanza" e della "tenuità".

L'art. 27, invero, rimette al pubblico ministero (e al giudice) l'onere di valutare la specifica personalità del minore, al fine di vagliare – in concreto e in via prognostica – gli effetti del processo sullo stesso. Ne deriva un'ampia discrezionalità nella valutazione delle condizioni indispensabili ai fini dell'applicazione della sentenza di non luogo a procedere, proprio allo scopo di garantire un equilibrato sviluppo di una personalità *in fieri*. In tal senso, si spiega la portata generale del rimedio, ossia applicabile alla totalità dei reati a prescindere da limiti edittali espressi.

La *voluntas legis*, nel procedimento/processo minorile, a parere della Corte, non atterrebbe tanto all'esigenza di definire precocemente il procedimento, bensì a bisogno fondamentale di approntare una tutela specifica al minore, nell'ottica di un recupero subordinato a una previa valutazione delle sue caratteristiche.

Al contrario, l'art. 131-*bis* risponderebbe a una logica diversa: quella di definire il più rapidamente possibile i procedimenti che abbiano ad oggetto condotte tenui al punto da non giustificare un ulteriore dispendio di risorse processuali.

La diversità tra le fattispecie, poi, sarebbe corroborata sul piano dei requisiti richiesti ai fini dell'applicazione. Secondo i giudici di legittimità, l'art. 131-*bis*, richiede presupposti ulteriori e incompatibili con il rito minorile. Basti pensare all'indice criterio dell'abitualità della condotta. Il fatto che il soggetto agente possa essere stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza postula che la norma sia applicabile a personalità che abbiano già raggiunto un sufficiente grado di maturità. Ancora, la stessa idoneità del provvedimento di declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* a essere iscritto nel certificato del casellario giudiziale⁴⁸ si pone in tensione con i principi generali del processo minorile.

⁴⁸ Sul punto si segnala Cass., Sez. un., 24 settembre 2019 (ud. 30 maggio 2019), n. 38954, con cui la Suprema Corte ha affermato che il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis* cod. pen. deve essere

Nell'iter motivazionale, poi, la Corte ha scelto di dare seguito alle coordinate ermeneutiche già esposte in una sentenza del 2017⁴⁹, con cui le Sezioni Unite hanno dato risposta negativa al quesito circa l'operatività nel procedimento dinanzi al giudice di pace della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. In tale occasione, la Corte ha ritenuto che la fattispecie della particolare tenuità del fatto, in relazione a reati di competenza del giudice di pace, sia regolata dalla causa di improcedibilità di cui all'art. 34 d.lgs. 274/2000, in ragione delle peculiarità che caratterizzano tale procedimento, al punto da delineare una sorta di «microcosmo punitivo».

«La sostanziale diversità di regolamentazione di istituti previsti in relazione ad ambiti applicativi diversi e connessi a presupposti diversi, sia pure entrambi volti a disciplinare il fenomeno giuridico della irrilevanza penale del fatto in ragione della sua particolare tenuità, non chiama in campo automaticamente - come criterio di risoluzione del concorso apparente fra due discipline riguardanti lo stesso oggetto, né il principio della necessaria operatività, anche nel procedimento dinanzi al giudice specializzato, del precetto introdotto dal legislatore del 2015 con riferimento al processo comune posto che la individuazione di un nucleo comune presente in entrambe le discipline in questione, con aggiunta di uno o più elementi specializzanti in assenza dei quali la norma speciale torni ad essere integralmente sostituibile dalla norma generale, non risulterebbe essere l'operazione ermeneutica in grado di dare una risposta soddisfacente ed una chiave di lettura utile al rapporto»⁵⁰.

La questione richiama la più generale problematica del concorso apparente di norme. In altri termini, calando i suddetti principi nel rapporto tra gli artt. 131-bis e 27 d.P.R. n. 448/1988, tra gli stessi vi sarebbe un rapporto di specialità reciproca o bilaterale, nel senso che «ciascuna norma è ad un tempo generale e speciale, perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra»⁵¹.

In particolare, i due istituti contemplerebbero, quale nucleo comune, la tenuità del fatto, mentre divergerebbero sotto altro profilo, poiché, da un lato, solo l'art. 27 richiede l'occasionalità – e non la non abitudine – e, dall'altro, solo l'art. 131-bis presenta un limite edittale di pena.

iscritto nel casellario giudiziale, fermo restando che non ne deve essere fatta menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione.

⁴⁹ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 22 giugno 2017 (dep. 28 novembre 2017), n. 53683, ric. Perini. Vale la pena passare rapidamente in rassegna i tratti principali della questione, su cui si registravano due orientamenti. In base ad una prima soluzione interpretativa, la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. non sarebbe stata applicabile nei procedimenti di competenza del giudice di pace, in virtù delle numerose differenze che caratterizzano i due istituti, per quanto concerne i presupposti applicativi, la valutazione richiesta al giudice, il ruolo riconosciuto alla persona offesa ai fini della loro stessa operatività. Secondo un altro orientamento, proprio gli elementi richiamati sarebbero divenuti il punto di partenza per pervenire ad un esito opposto. Negare l'applicabilità dell'art. 131-bis al procedimento dinanzi al giudice di pace si sarebbe risolto in un inaccettabile paradosso: una simile preclusione, infatti, avrebbe finito per eludere la finalità deflattiva cui è ispirata la causa di non punibilità in questione e, ancor prima, l'intera riforma del 2015, nonostante l'intrinseca minor offensività propria dei reati di competenza di tale giudice; inoltre, la natura sostanziale dell'istituto di cui all'art. 131-bis, espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza, avrebbe rappresentato la ragione principale del diverso ambito applicativo dell'istituto in parola rispetto a quello delineato dall'art. 34 d.lgs. 274/2000. Ebbene, le Sezioni Unite hanno condiviso il primo orientamento, concludendo per l'inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai procedimenti dinanzi al giudice di pace, mettendo in rilievo il diverso spirito che muove i due istituti: la finalità deflattiva, per quanto attiene alla causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., che, come indicato nella Relazione di accompagnamento al decreto introduttivo, sarebbe stata destinata ad operare «nella giustizia ordinaria»; l'obiettivo conciliativo, quanto all'art. 34 d.lgs. 274/2000, come testimoniato dall'attribuzione alla persona offesa di un potere di veto alla concreta operatività di tale causa di improcedibilità. Per una più accurata analisi, si rinvia a C. MOSTARDINI, *A proposito della inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace*, in *Dir. pen. contem.*, 4/2018, 168 ss.

⁵⁰ Cass., Sez. un., 22 giugno 2017 (dep. 28 novembre 2017), n. 53683, ric. Perini.

⁵¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 464.

L'impossibilità di individuare una normativa prevalente rispetto all'altra – in sostanza, unilateralmente speciale – implicherebbe, per i giudici della Cassazione, l'inapplicabilità dell'art. 15 c.p. e la conseguente necessità di ricondurre la relazione tra le fattispecie all'art. 16 c.p., secondo cui le norme contenute nel Codice penale si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali «in quanto non sia da queste stabilito diversamente»: un limite che ha la natura di una clausola di salvaguardia della disciplina speciale, complessivamente richiamata.

La normativa in materia di processo penale minorile è, a tutti gli effetti, una “legge penale speciale” che, ai sensi dell'art. 16 c.p., preclude l'applicabilità della norma generale (l'art. 131-*bis*), in virtù dell'autosufficienza normativa dell'art. 27. Una norma, questa, espressamente tesa alle finalità del procedimento e tale, perciò, da precludere, in astratto, l'operazione di confronto tra singole fattispecie di cui all'art. 15 c.p. nell'ottica di una possibile applicazione residuale o congiunta dell'art. 131-*bis* c.p. nel processo a carico di imputati minori.

5. Le considerazioni sin qui avanzate consentono di porre in risalto le disfunzioni che connotano l'istituto dell'irrilevanza del fatto nell'ambito della giustizia minorile.

La coerenza del sistema, invero, viene completamente meno se si tiene conto del raffronto tra l'art. 27 d.P.R. n. 448 /1988 con l'art. 131-*bis* c.p. Il mancato coordinamento di tale esimente generale con il precedente istituto speciale dell'irrilevanza del fatto minorile ha comportato l'incongruente risultato di trasformare il trattamento per i minori, prima privilegiato, in uno più rigoroso rispetto a quello previsto per gli adulti⁵².

Poco condivisibile appare, altresì, la citata sentenza n. 49494 del 2019 della Corte di Cassazione, dal momento che, con il vessillo formale delle “esigenze educative”, finisce per disegnare l'irrilevanza e la tenuità come compartimenti stagni, misconoscendo la circostanza che il 131-*bis* c.p. è, per alcuni aspetti, più favorevole rispetto all'antesigiano art. 27 d.P.R. n. 488 del 1988.

L'esigenza di tutela del minore, perseguibile anche (e soprattutto) promuovendo la sua rapida fuoriuscita dal circuito penale, non ci appare debitamente soddisfatta da un provvedimento, come quello della sentenza di non luogo a procedere, che postula un apparente esercizio dell'azione penale e una pleonastica dilazione procedimentale.

«I contenuti sostanziali dell'art. 27 d.P.R. n. 488 del 1988 sono stati ispirati ad un'idea di archiviazione, compressa in una forma ad essa non corrispondente. Da qui l'emanazione di una sentenza senza esercizio dell'azione penale, che costringe e giurisprudenza e dottrina a cercarne la legittimazione nell'astrattezza dell'azione»⁵³.

Probabilmente, una siffatta previsione trovava spiegazione nell'originaria volontà del legislatore di salvaguardare, a tutti i costi, la tenuta del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale. Trattandosi, invero, di un fatto sì tenue, ma comunque integrante un'ipotesi di illecito penalmente perseguibile, si è scelto di prescrivere una sentenza in luogo del decreto di archiviazione, come, invece prefigurava il testo provvisorio.

Il fondamento, tuttavia, non persuade. La scelta del provvedimento (la sentenza di non luogo a procedere) e della forma apparente dell'esercizio dell'azione penale, invero, presuppongono una fallacia nel ragionamento.

⁵² Così, F. MANTOVANI, *op.cit.*, 794 ss., secondo cui, infatti, le due norme dovrebbero integrarsi e non escludersi.

⁵³ C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 154.

Il principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost. deve integrarsi, in maniera sistematica, con quanto disposto dagli artt. 50 e 408 c.p.p. e 125 Disp. Att. Da un tale reticolo di norme emerge l'onere, per il pubblico ministero, di porre in essere una valutazione prognostica di superfluità del dibattimento, e, laddove l'esito si riveli positivo, di chiedere l'archiviazione.

La non punibilità per irrilevanza del fatto non rappresenta una forma di surrettizio aggiramento della regola fissata dall'art. 112 Cost., quanto, piuttosto, una «causa speciale di insostenibilità dell'azione per mancanza di offensività»⁵⁴. La norma costituzionale, se da una parte sancisce l'obbligatorietà dell'azione penale – per una *ratio* chiaramente rispondente alle esigenze punitive dell'ordinamento, affinché le stesse non restino insolute – per altro verso, sugella il principio di obbligatorietà dell'archiviazione, qualora non vi siano i presupposti per andare a giudizio: «l'art. 112 Cost. statuisce l'obbligo di esercizio soltanto in presenza del presupposto di concretezza»⁵⁵.

Del resto, l'(in)esercizio dell'azione penale, da parte del pubblico ministero, è soggetto al controllo di garanzia del giudice per le indagini preliminari, cui viene sottoposto il fascicolo contenente le risultanze delle indagini ottenute fino a quel momento con la possibilità di accertare la personalità del minore. Se il giudice non convenisse con la scelta dell'accusa, invero, avrebbe il potere di dare impulso al processo. Se il principio di obbligatorietà dell'azione penale viene inteso come principio di legalità processuale, che preclude al pubblico ministero ogni margine di apprezzamento ispirato a valutazioni di opportunità, esso ci sembra comunque rispettato, dal momento che determinati sono i presupposti e sussistente è il controllo di garanzia del giudice.

Ebbene, una norma che, pur in mancanza dei presupposti per andare a processo – in sostanza, per giungere a una pena – obblighi il pubblico ministero a deviare dal naturale procedere, pare porsi in tensione con i principi imposti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali. Tra queste, in particolare, le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile statuiscono la necessità di risparmiare al minore l'esperienza penale complessivamente intesa, mediante la rinuncia in via di principio allo stesso esercizio dell'azione penale⁵⁶, dovendosi considerare l'opportunità, ove possibile, «di trattare i casi dei giovani che delinquono senza ricorrere al processo formale da parte dell'autorità competente»⁵⁷.

De jure condendo, occorre sfatare il mito dell'obbligatorietà dell'azione penale⁵⁸ e riflettere su un opportuno intervento normativo, che consenta di ripristinare l'equilibrio e la coerenza del sistema, adeguando gli esiti dell'irrilevanza del fatto alla forma del decreto di archiviazione, durante o a conclusione delle indagini preliminari, anche nella giustizia minorile. Solo così è possibile neutralizzare formule processuali che si pongono in contrasto col principio di eguaglianza e rendere effettivo il principio di obbligatorietà dell'azione (e dell'inazione) penale.

⁵⁴ In tali termini, C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 189.

⁵⁵ C. IASEVOLI, *ibidem*, 214.

⁵⁶ G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino, 2012, 55 ss.

⁵⁷ V. art. 11.1 delle Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile. In maniera conforme, si esprime anche l'art. 40, comma 3, lett. b) della Convenzione sui diritti dell'infanzia.

⁵⁸ In tali termini M. COLAMUSSI, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza penale del fatto*, cit., 1679.

NOTE A SENTENZA

L'immediata declaratoria della non imputabilità nella giurisprudenza di legittimità

GENNARO DEMETRIO PAIPAIS

SOMMARIO: 1 Il favor *innocentiae*: la necessità del contraddittorio e la priorità del proscioglimento nel merito. - 2. Il fatto. - 3. Gli spunti per la ricostruzione sistematica della declaratoria di non imputabilità. - 4. L'approccio correttivo e la necessità di ricostruzione del fatto commesso dal minore infraquattordicenne ricollegata esclusivamente alla contestuale applicazione di una misura di sicurezza.

1. Ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità del minore infraquattordicenne, il giudice deve fissare l'udienza preliminare e darne avviso all'esercente la responsabilità genitoriale, al fine di assicurare il diritto di difesa e il principio del contraddittorio.

In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione, con sentenza n. 11541 del 30 gennaio 2020, in linea con il recente corso giurisprudenziale a mente del quale l'estromissione del minore degli anni quattordici dal circuito processuale richiede, prima della pronuncia, la fissazione dell'udienza preliminare affinché l'esercente la responsabilità genitoriale possa presentare le proprie deduzioni, così attuando il principio del contraddittorio¹.

La questione impone una osservazione sul delicatissimo problema epistemologico del temperamento tra garanzie del contraddittorio ed esigenza di fuoriuscita del minore dal circuito processuale per difetto di imputabilità.

Il bisogno di coniugare la garanzia del giusto processo e la definizione anticipata del procedimento si annida, seppur marginalmente, su un terreno scivoloso.

Tant'è che alcune considerazioni si impongono all'esito della richiamata pronuncia.

In breve: la Corte ha inteso espressamente ribadire la necessità di assicurare al minore, ancorché infraquattordicenne e come tale non imputabile, la più ampia difesa consentendogli la partecipazione al processo nel pieno contraddittorio; di talché si sarebbe evitato qualsiasi effetto pregiudizievole derivante dal coinvolgimento in un affare penale, ivi compresi effetti diversi dall'applicazione della sanzione penale, quali l'applicazione di una misura di sicurezza o, anche, la semplice annotazione della sentenza di proscioglimento su certificato del casellario penale.

Con questo arresto giurisprudenziale si supera l'indirizzo interpretativo secondo il quale sarebbe consentita una pronuncia *de plano* sull'assunto che la previsione di cui all'art. 26 del d.p.r. 22 settembre 1988 n. 448 impone al giudice di dichiarare immediatamente con sentenza, in ogni stato e grado del procedimento, il non luogo a procedere, quando accerti che l'imputato sia minore degli anni quattordici. Invero, osserva la Corte nella sentenza in commento, non solo la declaratoria di non luogo a procedere è pronunciata con sentenza, cioè con un provvedimento di contenuto intrinsecamente giurisdizionale, senza che l'interessato sia neppure informato del contenuto dell'accusa, ma comporta conseguenze virtualmente pregiudizievoli, quale l'applicazione di misure di sicurezza ex art. 224 c.p., laddove il minore infraquattordicenne sia ritenuto pericoloso, o anche la

¹ Cass. pen., sez. V, 22 giugno 2011, n. 35189; Cass. pen., sez. V, 22 maggio 2008, n. 23612.

semplice iscrizione nel casellario giudiziale che viene cancellata solo al raggiungimento della maggiore età².

Di tal guisa, giova tra l'altro evidenziare che sia le disposizioni costituzionali³, sia le disposizioni sovranazionali, in particolare, l'art. 40 della Convenzione di New York e l'art. 6 CEDU, tutelano il diritto dell'imputato, e segnatamente del minore infraquattordicenne, ad un proscioglimento nel merito e precludono l'emissione di provvedimenti giurisdizionali in materia penale senza che l'indagato o l'imputato sia informato del contenuto dell'accusa. Si richiama, in proposito, anche la giurisprudenza della Corte EDU, e in particolare la sentenza C. edu, 11 dicembre 2008, n. 4268/04, Panovits c. Cipro, la quale ha evidenziato che l'art. 6 CEDU impone di salvaguardare la condizione di particolare vulnerabilità del minore nel processo penale e di tenere conto dell'età, del livello di maturità e del grado di sviluppo delle capacità intellettive ed emotive dell'accusato, in modo da consentirgli di comprendere la natura dell'indagine ed il significato di qualsiasi sanzione, nonché di partecipare attivamente al procedimento, esercitando pienamente il diritto alla difesa (per questo riferimento, v. Sez. IV, 30 gennaio 2020, n. 11541, cit.)⁴.

2. Di qui la necessità di una ricostruzione della questione giuridica sottesa alla pronuncia richiamata, che segni i richiamati tratteggiati garantistici, seppur senza addentrarsi oltre sulle insidie interpretative cui è sottoposto l'art. 26 del d.P.R. n. 448 del 1988⁵.

Più dettagliatamente, la vicenda processuale trae origine dalla decisione del gip del tribunale per i minorenni di Roma, con la quale è stato dichiarato il non luogo a procedere, ai sensi dell'art. 26 d.P.R. 448 del 1988, per carenza assoluta di imputabilità nei confronti di due minorenni, in ordine al reato di furto aggravato in concorso, in quanto al momento del fatto non avevano compiuto l'età di quattordici anni.

Avverso tale sentenza, il difensore d'ufficio degli imputati ha presentato ricorso per cassazione formulando un unico motivo di ricorso, con il quale ha dedotto la violazione di legge processuale in relazione al disposto di cui all'art. 26 D.P.R. n. 448 del 1988 per avere il giudice pronunciato immediata declaratoria di non imputabilità degli imputati violandone il diritto di difesa. Lamenta il difensore che l'interpretazione della norma, espressa nella decisione, prescinde dal positivo accertamento della responsabilità per il reato ascritto; ne consegue l'impossibilità per il minorenne di partecipare al procedimento, in violazione dell'art. 6 CEDU e dell'art. 40 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, aggiungendo il pregiudizio dell'iscrizione nel casellario giudiziale ed ipoteticamente, nei casi più gravi, anche l'adozione di una misura di sicurezza.

La Corte accoglie il ricorso evidenziando che il provvedimento del gip del tribunale di Roma è stato pronunciato senza provvedere all'instaurazione del contraddittorio, tramite fissazione

² Al fine di inquadrare la portata delle conseguenze pregiudizievoli per il minore, va ipotizzato il caso in cui l'imputato infraquattordicenne non abbia commesso il fatto e si trovi, senza ricevere la contestazione e senza poter svolgere alcuna attività a sua difesa, destinatario di una sentenza che, se anche di proscioglimento per minore età, lo dichiara comunque responsabile e permane iscritto nel casellario fino al raggiungimento della maggior età. In tal senso, M. COVELLI, *Manuale di legislazione penale minorile*, Napoli, 2006, 202 e ss.

³ Artt. 3, 26 comma 2, 111, 112, 76, 10 e 117 Cost.

⁴ In tal senso, A. CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, fasc.6, 1 giugno 2020, 174.

⁵ Si segnala sul punto, C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, 100 e ss.

dell'udienza preliminare ed il previo avviso all'esercente la responsabilità genitoriale, ai sensi dell'art. 31, co. 3, del d.P.R. n. 448 citato.

Il richiamo all'art. 31, ricalca parte della dottrina⁶, potrebbe indurre a ritenere sufficiente che sia dato avviso all'imputato, al suo difensore ed all'esercente la responsabilità genitoriale dell'avvenuta presentazione della richiesta del pubblico ministero, consentendo così agli stessi di presentare, in forma scritta, le proprie argomentazioni o potrebbe richiedere la fissazione di una udienza camerale in cui le parti potrebbero confrontarsi sulla richiesta del pubblico ministero e sugli elementi probatori su cui la stessa si fonda.

Di talchè, la preventiva valutazione, condotta in apposita udienza partecipata, in ordine alla concreta responsabilità penale dell'infraquattordicenne, ove caratterizzata da esito negativo, consentirebbe il ricorso alle formule assolutorie di cui all'art. 425 c.p.p., riespandendosi così le garanzie difensive dell'imputato⁷.

In questa proiezione funzionale si inquadra l'interazione tra l'immediata declaratoria di non imputabilità, il diritto di ogni accusato ad essere informato nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico ed il diritto di difesa.

L'opposto orientamento calpesterebbe le potenzialità di garanzie di questa norma e determinerebbe una errata lettura ermeneutica che resta imbrigliata dalle antinomie interne all'art. 26.

3. La sentenza in esame costituisce l'occasione per un inquadramento sistematico dell'art. 26 del d.p.r. n. 448 del 1988 in relazione al diritto di difesa e al principio del giusto processo.

Ebbene, l'obbligo di immediata declaratoria della non imputabilità nei confronti del minore degli anni quattordici costituisce il risvolto processuale dell'art. 97 c. p. ("Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni") e si informa ad alcuni dei canoni fondamentali del processo minorile, quali i principi di minima offensività e di destigmatizzazione (esigenza di dichiarare la superfluità del processo il più presto possibile al fine di evitare inutili effetti di etichettamento), nonché di autoselettività e di deflazione (esigenza di escludere dal processo fatti e soggetti penalmente non rilevanti)⁸.

Come noto, la presunzione di cui all'art. 97 c.p. è assoluta e insuperabile: esclude l'assoggettabilità alla pena dell'infraquattordicenne, però il fatto commesso dal minore di quattordici anni rimane pur sempre tipico e antiggiuridico: il risvolto processuale sarà pertanto il non luogo a procedere ex art. 26 del d.P.R. n. 448 del 1988 "in ogni stato e grado del procedimento il giudice, quando accerta che l'imputato è minore degli anni quattordici, pronuncia, anche d'ufficio, sentenza di non luogo a procedere trattandosi di persona non imputabile"⁹.

La priorità sistematica dell'art. 26 induce senz'altro a qualificare l'imputabilità come preconditione del procedere, rispetto ad ogni successiva determinazione processuale.

La *ratio* della norma va individuata nell'esigenza dell'immediata declaratoria della non imputabilità, senza distinzione tra fase procedimentale e processuale, vertendosi in tema di minore

⁶ A. MACRILLÒ, F. FILOCAMPO, G. MUSSINI, D. TRIPICIONE, *Il processo penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2017.

⁷ L. CAMALDO, *La Cassazione nega l'ammissibilità della declaratoria de plano del difetto di imputabilità del minore infraquattordicenne*, *Sistema penale*, 2020.

⁸ G. SPANGHER, *Giust. pen.*, Torino, 1992, 212.

⁹ A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Torino, 2019, 603,

età che, essendo ablativa di ogni potere di azione e di giurisdizione nei confronti della persona che non ha la *legitimatio ad causam*, rende illegittimo qualsiasi provvedimento diverso, e abnorme il mantenere aperto un rapporto preprocessuale che non doveva mai essere instaurato¹⁰.

La disposizione recepisce il principio fondamentale che condiziona la legge a ritenere *ex ante* il minore di anni quattordici incapace a stare nel processo.

Tuttavia, appare inconferente l'opzione legislativa circa la tipologia del provvedimento: sentenza di non luogo a procedere; essa comporta l'iscrizione nel casellario giudiziale di un soggetto privo della capacità processuale, sia pure temporaneamente, ed in tal modo diventando successivamente oggetto di valutazione della personalità del minore coinvolto in altre vicende penali¹¹.

Ed invero, nonostante la *ratio* dell'art. 26 sia essenzialmente ispirata al *favor minoris*, oltre che ad esigenze di economia processuale, la sentenza di proscioglimento per difetto della capacità di intendere e di volere non è priva di esiti pregiudizievoli per il suo destinatario.

È infatti previsto che l'infraquattordicenne autore di un fatto previsto dalla legge come reato, in caso di accertata pericolosità, sia in ogni caso assoggettabile alla misura di sicurezza provvisoria *ex art. 37 del d.P.R. n. 448 del 1988*, applicata con la declaratoria di non imputabilità di cui all'articolo 26. Di talchè, l'età inferiore ai quattordici anni, pur escludendo la responsabilità, non esclude interventi incidenti non sull'imputabilità ma sulla pericolosità.

Sulla scorta di siffatta ricostruzione, sembrerebbe che la completa operatività della norma sviscusi la potenzialità delle garanzie racchiuse nella rubrica della disposizione: le strategie normative a tutela dell'inderogabilità del diritto all'educazione del minore, che hanno ispirato la ricostruzione dei contenuti definitivi nel rito minorile, si sono tradotte in una maldestra opera di tecnica legislativa.

4. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario predilige l'interpretazione sistematica che subordina la decisione *ex art. 26* al preventivo contraddittorio, nonché la puntuale indicazione, nella motivazione del provvedimento, delle ragioni del mancato proscioglimento nel merito.

La sentenza in commento, infatti, obietta che l'interpretazione letterale non è conforme a Costituzione, poiché l'immediata declaratoria di non imputabilità andrebbe a minare il diritto di difesa e il diritto al contraddittorio fra le parti e a limitare l'attività di indagine, tanto più che l'art. 224 c.p. prevede la possibilità di applicare al minore infraquattordicenne le misure di sicurezza del riformatorio giudiziario¹² e della libertà vigilata¹³.

Come ampiamente richiamato, si è andato così consolidando un indirizzo giurisprudenziale secondo cui, prima di pronunciare declaratoria di non imputabilità, il giudice deve accertare sia la responsabilità dell'imputato sia le ragioni del suo mancato proscioglimento nel merito.

¹⁰ A. MACRILLÒ, F. FILOCAMPO, G. MUSSINI, D. TRIPICCIÓN, *op. cit.*, 112.

¹¹ D'altro canto, non vi sono ragioni che impediscano al giudice per le indagini preliminari, che abbia riscontrato il mancato raggiungimento della soglia minima di età imputabile, di accogliere la richiesta del pubblico ministero con decreto motivato. In tal senso, C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, 118.

¹² Pur facendo la norma in esame tutt'ora riferimento al riformatorio giudiziario, in realtà quest'ultima struttura non esiste più dal 1988, quando con l'introduzione del D.P.R. 448/88 si prevede all'art. 36 che tale misura di sicurezza potesse essere eseguita solo nelle forme di cui all'art. 22 D.P.R. 448/88, ovvero tramite il collocamento in comunità.

¹³ La libertà vigilata è una misura di sicurezza non detentiva disciplinata, in via generale, agli artt. 228-232 c.p. Tale misura, ai sensi dell'art. 36 D.P.R. 448/88, si applica anche nei confronti del minorenni autore di reato e, in tal caso, deve essere eseguita nelle forme previste dagli artt. 20 e 21, che hanno ad oggetto "Prescrizioni" e "Permanenza in casa". In tale contesto, il giudice può prescrivere al minorenni attività di studio o di lavoro o altre attività utili a fini educativi.

La Corte, però, per risolvere la questione, ha ritenuto che l'assenza di imputabilità del soggetto infraquattordicenne deriva da un'espressa previsione di legge con obbligo della immediata declaratoria della non imputabilità; l'eventuale applicazione di una misura di sicurezza deriva, invece, oltre che dall'accertata commissione di un reato che costituisce delitto, dalla valutazione in concreto della pericolosità sociale del *reo*.

La necessità di ricostruzione del fatto commesso dal minore infraquattordicenne si ricollegerebbe quindi, esclusivamente alla contestuale applicazione di una misura di sicurezza.

In sintesi, in ossequio al primo orientamento, l'art. 26 d.P.R. 448 del 1988 pone al pubblico ministero una preclusione di ogni accertamento supplementare diretto a conseguire eventuali epiloghi più favorevoli all'imputato¹⁴. Il testo della norma, infatti, non lascerebbe margini così ampi all'organo di accusa, imponendogli l'attivazione del meccanismo di definizione anticipata del procedimento, salvo che ritenga di chiedere l'applicazione di una misura di sicurezza; nel qual caso sarebbe lo stesso art. 224 c.p. ad imporre l'accertamento della commissione del reato¹⁵.

Sul punto, giova richiamare il recente orientamento giurisprudenziale, che offre un *quid pluris* rispetto all'indirizzo ermeneutico tratteggiato dalla sentenza in commento: la necessità di procedere all'accertamento in concreto del fatto di reato nonché della pericolosità sociale del minore degli anni quattordici nell'esclusiva eventualità dell'applicazione di una misura di sicurezza¹⁶.

Sicché, il contraddittorio finalizzato alla ricostruzione del fatto commesso dal minore infraquattordicenne si ricollega esclusivamente alla contestuale applicazione di una misura di sicurezza.

Chiarisce la Corte che al giudice non è consentito il preventivo accertamento per verificare l'eventuale insussistenza del fatto o la non attribuibilità dello stesso al minore imputato qualora non sia applicabile una misura di sicurezza. Soltanto in tal ultimo caso, resta salva la necessità di procedere all'accertamento in concreto del fatto di reato nonché della pericolosità sociale dell'autore, nell'eventualità di applicazione di misura di sicurezza, siccome desumibile dall'art. 224 c.p. e dall'art. 37 del d.P.R. n. 448 del 1988.

Ne discende la declaratoria di inammissibilità, per carenza d'interesse, del ricorso per cassazione avverso la sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità proposto dall'imputato per erronea applicazione della legge e vizio di motivazione in ordine all'omesso proscioglimento nel merito, atteso che la necessità di ricostruzione del fatto si ricollega esclusivamente alla contestuale applicazione di una misura di sicurezza mentre l'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale è meramente temporanea e viene cancellata al raggiungimento della maggiore età, ai sensi del D.P.R. 14 novembre del 2002, n. 313, art. 5, comma 4" (in senso conforme, Cass. pen., sez. 1, n. 16118 del 14 febbraio 2019, C, Rv. 275892).

¹⁴ M. CHIAVARIO, *Il processo minorile*, Torino, 1994, 278 e ss.

¹⁵ G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, Torino, 2001, 283 e ss.

¹⁶ Cass. pen., sez.IV, sent. 5 novembre 2020, n. 30868.

RECENSIONI

Prevaricazione giurisdizionale ed abuso d'autorità: la comparazione come strumento di conoscenza critica. Rileggendo E.R. ZAFFARONI - N.S.ESPINA, *Prevaricato de los jueces*, Buenos Aires, 2020

ANTONINO SESSA

ABSTRACT

The study of jurisdictional abuse in the Argentine penal code highlights a series of problems and tensions with fundamental values which, in a gender-to-species relationship, are also found in the case of abuse of office of the Italian penal code. A tension between common problems and common solutions that leads to questioning of a rationality in the nature of things that does not escape those who want to seek it.

1. Il recente volume di E. Raúl Zaffaroni – Nadia S. Espina, avente ad oggetto il “Prevaricato de los jueces (2020)”, offre l’occasione per approfondire, anche in una prospettiva comparatistica, un tema di grande attualità e ricco di implicazioni sistematiche: l’incriminazione della prevaricazione giurisdizionale e i suoi rapporti, nell’ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, con la più generale fattispecie di abuso d’autorità. Su tali basi, muovendo in via preliminare dallo studio della tipicità penale, quella di cui agli artt. 269-272 del codice penale argentino (CPA), gli Autori, condivisibilmente, si interrogano sulle ragioni che, costruite sulla strumentalizzazione della funzione giurisdizionale quale ipotesi autonoma rispetto all’abuso d’autorità (art. 248 CPA), confermano, anche nella loro evoluzione storico-domatica, quella precisa opzione di politica criminale che, ispirata al codice penale spagnolo, ha trovato seguito nella maggioranza dei sistemi penali latinoamericani. Infatti, e questo non è senza rilievo, un tale percorso ricostruttivo si è avvalso di quel vivace dibattito che, sviluppatosi tra oggettivismo e soggettivismo della tipicità penale, ha reso chiaro anche il tentativo di sottrarre gli elementi costitutivi dell’art. 269 CPA al rischio di una soggettivizzazione dell’imputazione che, ai limiti del colposo, rispondesse discutibilmente ad un ampliamento simbolico, per quanto ineffettivo, della risposta penale.

Del resto, una conferma di tale assunto è possibile rinvenirla anche nella assolutizzazione di ogni riferimento tipico ad una prevaricazione giurisdizionale che, abbandonando la possibile strumentalizzazione di una sentenza anche maliziosamente ingiusta, è destinata a concretizzarsi in una decisione contraria ad una legge espressa ed invocata dalle parti, e ciò sicuramente in nome di quella valorizzazione della teoria dei doveri funzionali come unica via volta ad impedire la possibile dissoluzione del dolo del fatto in una motivazione interiore (*Gesinnung*). Si tratta, per questa via, della evidente presa d’atto con cui gli Autori denunciano gli esiti di quella profonda discussione filosofica che, pronta a tesoriare la dialettica tra positivismo e giusnaturalismo - anche in ordinamenti come quello tedesco, dove pure si registra l’assenza di ogni riferimento tipico ad una

prevaricazione giudiziaria mediante una sentenza ingiusta -, ha affrontato il problema su che cosa intendere per strumentalizzazione del diritto ovvero contro il diritto.

Su tali argomentazioni, allora, lo studio analitico della norma sulla prevaricazione di base (art. 269 CPA), per quanto a soggettività attiva ristretta¹, ha consentito di rafforzare la convinzione con cui, più che gli autori, sono determinanti, ai fini del tipo penale di riferimento, gli assunti sottoposti alla decisione, *rectius* la materia, e ciò in ragione del fatto che essi possono rendere così penalmente atipiche le decisioni di mero tramite, seppur rilevanti come ipotesi generali di abuso di autorità ex art. 248 CPA.

Ma accanto alla condotta di prevaricazione, pertanto, caratterizzata dal pronunciare decisioni che, emesse nell'esercizio della funzione giurisdizionale, sono relative ad un qualsiasi atto giurisdizionale ora non più necessariamente definitivo, ma in ogni caso caratterizzato da un eccesso di competenza ovvero da una decisione annullabile, assume particolare valore la bipartizione che, rispetto all'evento tipico, ex art. 269 CPA, investe il rapporto tra prevaricazione di diritto – perché riferita ad una risoluzione contraria alla legge espressa invocata dalla parte o dal giudice - e prevaricazione in atti – perché riferita ad una risoluzione fondata su atti o false risoluzioni. E se, sul punto, si può concordare sulla consumazione della prevaricazione coincidente con il momento in cui si pronuncia la decisione, ne risulta conseguentemente isolata l'opinione in dottrina secondo cui, in caso di revoca di una decisione per nullità, non ricorre prevaricazione, a differenza di quanto avviene in un giudizio di appello che dovesse revocare una sentenza di grado inferiore, confermandosi così di particolare interesse la differenza tra evento e offesa del bene, che qui, come pure si vedrà, si rinviene non come individuale, ma collettivo.

Ecco perché, alla luce di quanto appena sopra, la evidente carenza di tipicità del fatto di prevaricazione giurisdizionale ex art. 269 CPA si manifesta non solo nelle ipotesi in cui la decisione risulti infondata per mancanza di debita motivazione, per come anche il diritto convenzionale riconosce alla base del sillogismo giuridico come requisito di corretta amministrazione della giustizia a garanzia del diritto dei cittadini di essere giudicati per ragioni vantate ai fini della credibilità di una decisione degna di una società democratica, ma anche nel caso in cui, superando l'inversione dell'onere della prova, la contrarietà alla legge espressa ed esistente non venga invocata dalla parte.

Infatti, è proprio rispetto alla astrattezza del requisito normativo della contrarietà alla legge del risultato della prevaricazione giudiziaria che, in sintonia con la dottrina tedesca, e per quanto agganciato alla possibilità di affinarlo ulteriormente con il tipo soggettivo della 'maliziosa' e volontaria contrarietà alla legge, anche il tentativo di utilizzare il filtro della 'notoria' contrarietà alla legge ha evidenziato il difetto della pretesa di limitare la tipicità oggettiva con il tipo soggettivo. Del resto, il riferimento alla malizia, ed al conseguente dolo specifico, non ha tardato a rivelarsi insidioso dal momento che, non lontano da possibili derive anche del diritto positivo argentino verso il diritto penale della volontà, ha finito per rafforzare l'esigenza con cui il criterio tipico di un oggettivo che precede il soggettivo deve necessariamente imporsi a quello per cui si mira ad indagare l'oggettivo attraverso il soggettivo: il dolo va inteso solo come volontà di realizzare l'evento tipico, laddove senza la prova dell'oggettivo il diritto penale, cedendo a forme discutibili di dolo presunto, non sarebbe rispettoso dei diritti fondamentali.

¹ Giudici e arbitri, con esclusione dei giudici municipali, quando non decidono su contravvenzioni.

Appaiono evidenti, allora, le insidie, sul piano delle garanzie, derivanti dalla tendenza alla sovrapposizione, nella tipicità della prevaricazione di cui all'art. 269 CPA, di una convinzione personale con la contrarietà alla legge di un provvedimento, quando una cosa è la legge, altra è l'opinione su di essa. Ed è così che la dottrina ha avvertito la necessità di impegnarsi a chiarire il concetto di contrarietà alla legge espressa, specificando che esso ricorre solo quando la legge dispone contrariamente a quanto permette: se, in diverse applicazioni della legge, la contrarietà ad una di esse si esaurisce nella contrarietà alla morale del giudice che la applica con proposito immorale, ne consegue in modo evidente la non realizzazione tipica della prevaricazione.

Nell'ambito di una tale dialettica sistematica, dunque, appare facile comprendere come i fattori di indeterminatezza del tipo penale qui oggetto di studio si arricchiscono a fronte di discrasie tra dottrina e giurisprudenza che, investendo la nozione tipica di legge e di atto, si pongono a fondamento della variabilità della decisione in cui, con il ricorso ad elementi elastici riferibili a parametri valutativi e non giuridici, si pone il problema su come ricondurla a ragionevole opinabilità non delittuosa. E ciò può avvenire solo in nome di una atipicità della prevaricazione ogni volta in cui il risultato della condotta del giudice coincide con la stretta legalità della decisione, pur in presenza di dolo.

Si tratta, per questa via, di riconoscere al giudice quella necessaria indipendenza che sia in grado di sottrarlo alla dittatura giurisprudenziale collegiale per un fatto di prevaricazione giurisdizionale appannaggio dei giudici superiori. Pertanto, una chiara alternativa ad una tale bancarotta istituzionale sarebbe rinvenibile solo in una remissione immediata che potrebbe essere assunta come regola di condotta, diretta o mediata, secondo gli usi che impongono la remissione scientifica.

Inutile dire che un tale interscambio permanente di culture è estremamente vivace in Argentina dove, di fronte a giudici-professori, l'elemento normativo si arricchisce di presupposti dottrinari e giurisprudenziali tali da orientare casisticamente, ed anche intuitivamente, ipotesi non considerate che, seppur sempre ragionevoli e possibili, rendono atipica una decisione contraria alla legge non solo quando non invocata dalla parte e dallo stesso giudice, ma anche quando fondata su di una legge inesistente, oltre che quando essa non si riveli contraria ad alcuna legge vigente.

Ed un tale assunto, infatti, trova inesorabile riscontro anche nella casistica che permette di verificare la contrarietà alla legge come elemento normativo nella forma per come sopra concettualizzata e funzionalizzata a limitarne la rilevanza tipica ex art. 269 CPA. Vengono a porsi in evidenza, così, quei casi in cui la tipicità oggettiva è indiscutibile², a fronte di quei casi in cui la stessa atipicità pure appare chiara³, specialmente quando il parametro oggettivo si rivela insufficiente per qualità e contenuto scientifico⁴. Tuttavia, alla luce di tutto ciò, un caso resta ancora problematico, ed

² Per tergiversazione del testo; ovvero per nessun conforto dottrinale e giurisprudenziale; come pure per la conformità ad un criterio ultralegale radicato nella coscienza soggettiva del giudice, ma oggettivamente contrario alla legge.

³ Si pensi al contrasto dottrinario e giurisprudenziale per opinabilità ragionevole della decisione; alla ipotesi di dottrina minoritaria rigettata dalla giurisprudenza, ma fondata tecnicamente su principi costituzionali; al riferimento ad alcuna dottrina, ma in conformità alla giurisprudenza internazionale; alle sentenze interpretative fondate per il controllo costituzionale; alle decisioni contraddittorie che, pure se malvagie, rendono impossibile stabilire quale di esse sia corretta, al punto da non passare la verifica del tipo oggettivo di cui all'art. 269 CPA, per una confluenza delle condotte nell'abuso di autorità di cui all'art. 248 CPA.

⁴ In presenza di alcun fondamento dottrinario ovvero di antecedenti giurisprudenziali, ma per uno sforzo innovatore non tipico della prevaricazione.

è quello della remissione mediata della decisione alla scienza giuridica che, orfana del criterio tipico oggettivo, individua un fondamento convenzionale nello sforzo della sua attuazione.

Volendo adesso passare ad una analisi compiuta degli eventi tipici, accanto all'elemento normativo della contrarietà della decisione alla legge espressa, un ulteriore elemento strutturale del tipo ad evento bipartito di cui all'art. 269 CPA è costituito da una decisione fondata su atti falsi che, seppur sicuramente meno problematica rispetto alla precedente, non si sottrae a spunti critici. E tutto ciò sia con riferimento alla configurabilità della omessa decisione, ma anche e soprattutto per la estraneità al tipo di mere citazioni funzionali alla struttura letteraria dell'atto, benché false, ovvero ad irrazionali citazioni inesistenti ed esistenti. Insomma, ai fini della tipicità della norma qui assunta a riferimento, deve trattarsi di atti o decisioni manifestamente falsi; del resto, nell'euristica processuale la critica interna e la sintesi sono sempre mezzi discutibili per l'accertamento della certezza della verità processuale, tanto che la falsità tipica, di regola, lo sarà nelle tappe della euristica e della critica esterna.

2. Ma le problematiche della tipicità oggettiva della prevaricazione giurisdizionale non mancano di riflettersi anche nella simmetricità del corrispondente tipo soggettivo doloso ex art. 269 CPA. Tutto ciò, a ben vedere, con particolare riferimento alla coscienza e alla volontà di realizzare la tipicità oggettiva del fatto quando, in assenza di una motivazione lucrativa, che per la realizzazione di interessi personali porterebbe alla qualificazione di ipotesi di corruzione, si afferma la consapevolezza di un risultato falsamente fondato ovvero caratterizzato dalla manifesta contrarietà alla legge nell'agire del giudice contro il diritto, per quanto compatibile con un *dolus malus* e strutturato in termini di dolo diretto. In verità, una tale ultima qualificazione soggettiva, sulla base proprio di un possibile errore vincibile con riferimento alla contrarietà alla legge, corre il rischio di vedersi ampliata fino ad annoverare, poi, sostenitori della prevaricazione giurisdizionale nella forma colposa, per una figura che, problematicamente, porterebbe a dubbi pur sulla diffusa ammissibilità del tentativo.

Infatti, mentre il tentativo compiuto è unanimemente ammissibile, il tentativo incompiuto nella prevaricazione giurisdizionale, a ben vedere, dipende dalla tesi che si accoglie sulla struttura del tentativo, ossia su quando si ritiene inizi l'esecuzione, vale a dire quali atti siano definibili preparatori e quali di tentativo, assumendo così in alternativa la tesi obiettivo-formale (iniziare a decidere) o quella obiettivo-materiale (preparare il progetto di risoluzione). E' solo aderendo alla prima, allora, che è chiara, come già evidenziato, l'ammissibilità del tentativo, perché si sarà di fronte a decisioni dettate per tappe, come in ipotesi di differenziazione tra il momento che si decide e quello fondativo dell'atto, da tenere in conto specie con riferimento al caso di decisioni che richiedono passi formali posteriori alla firma del giudice. In una tale ottica, pertanto, e per quanto attiene alla consumazione riferibile ad un reato istantaneo, come nel nostro caso, pure appare consequenziale che quest'ultima si realizzi indipendentemente dalla revoca della decisione da parte dell'autorità superiore, laddove risulta sufficiente in qualche caso che il disposto nella decisione non sia esecutivo: si pensi all'ordine di detenzione illecito che, senza richiedere che la persona sia privata della libertà, è sufficiente che sia emanato.

3. Volendo a questo punto passare ad una più compiuta analisi della prevaricazione giurisdizionale rispetto alle forme di manifestazione del reato, accanto ai problemi relativi alla fattispecie tentata, si agitano, nel volume qui oggetto di approfondimento, quelli pure interessanti e riferibili alla disciplina del concorso di persone, ed in particolare relativamente a quanto si registra nella adozione di misure cautelari relativamente alla ipotesi in cui un atto precedente risulta collegato al successivo in termini di partecipazione al provvedimento che dispone la detenzione. Nella prevaricazione giurisdizionale ex art. 269 CPA, allora, da questo punto di vista emergono due problemi:

a) il primo, più evidente, attiene, fuori da ipotesi di autoria e coautoria, alla ammissibilità della complicità in un reato proprio o di mano propria, che non sarebbe da escludere nel limite della realizzazione di un contributo intellettuale, come nel caso del contributo dei subalterni del giudice alla elaborazione della decisione. E ciò in nome di una conseguenza sanzionatoria in termini di disvalore di autoria mediata che, tuttavia, in assenza delle qualità soggettive per imputarla, potrebbe solo formalmente essere configurata nei limiti della istigazione-determinazione dell'art. 45 CPA;

b) il secondo, più problematico, è quello riferibile alla decisione adottata dai tribunali collegiali. In quest'ultimo caso, se nella prevaricazione giurisdizionale appare pacifica una ipotesi di coautoria funzionale da parte della maggioranza che decide, perché senza il suo voto non può pronunciarsi la sentenza, allo stesso modo risulta pacifico immaginare per la minoranza la costruzione di un reato omissivo improprio sulla base della posizione di garanzia dei dissidenti rispetto alla legalità della decisione (anche se il fondamento analogico di una tale ricostruzione porterebbe alla violazione del principio di legalità).

4. Una volta affrontate le problematiche strutturali e di manifestazione del reato, appare interessante per gli Autori, anche se in via subordinata, porre la questione attinente al problema della definizione del bene giuridico protetto che, nella incriminazione di cui all'art. 269 CPA, investe anche quello dell'offensività del fatto. Non manca nel sistema penale argentino, come in quello italiano, il rinvio ad un florilegio di beni di riferimento⁵, anche se, pur in assenza di un titolo dedicato ai reati contro l'amministrazione della giustizia, e valorizzando l'infedeltà e slealtà degli esercenti il potere giurisdizionale, la dottrina argentina non ha mancato di individuare l'oggettività della tutela penale nelle aspettative della collettività al corretto esercizio della funzione giurisdizionale: e questo senza neppure trascurare un'opzione plurioffensiva del fatto rispetto agli effetti della decisione prevaricatoria sulla libertà personale e sulla proprietà.

Di fronte ad un tale scenario sistematico, appare chiaro, come noto, quanto l'individuazione del bene-oggetto della tutela penale possa rivelarsi determinante ai fini della definizione della tipicità anche della prevaricazione giurisdizionale che, speciale rispetto alla lesione dell'imperio del diritto di cui all'abuso innominato di autorità ex art. 248 CPA, pure non manca, nel riprendere la *Rechtsbeugung* tedesca, e attraverso una conseguente qualificazione di essa come reato di pericolo per l'amministrazione della giustizia, di dar vita anche al rischio di debilitare le aspettative pubbliche

⁵ Si pensi alla corretta amministrazione della giustizia; alla funzione statale di amministrazione della giustizia da parte degli esercenti il potere giudiziale attraverso il processo; al servizio pubblico che presta l'amministrazione della giustizia; al processo come bene; al correttezza e alla regolarità dell'attività giurisdizionale; alla corretta e leale amministrazione della giustizia.

nella stessa tutela del bene di riferimento, al punto da generare una preferenza nella soluzione violenta dei conflitti.

Infatti, occorre osservare che quando una condotta generalizzata, perché elusiva del principio di offensività, non si rivela sufficiente a ledere l'imperio del diritto, è perché non sembra si possa escludere in via ulteriore che, pur nella lesione delle aspettative al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, si possa giungere ad incitare alla risoluzione di un conflitto indipendentemente dalla produzione o meno di un tale ultimo effetto, e ciò sempre in ragione del fatto di essere in presenza di un reato di pericolo per cui è sufficiente sapere che per esso basta la sola possibilità rilevante di produrlo.

D'altro canto, ed a conferma di un tale ultimo assunto, pure sembra chiaro che a tutto questo finisce per fornire un rilevante contributo anche la natura pubblica del bene di riferimento, laddove non è possibile giungere, evidentemente, ad alcuna acquiescenza lesiva in nessuna delle sue forme, ossia tanto in quella del consenso quanto in quella dell'accordo con la persona che, parte del processo, può ritenersi pregiudicata dalla decisione. Una tale asistematicità sostanziale, inoltre, troverebbe una ulteriore conferma anche nel caso di prevaricazione da adempimento di un dovere giuridico, per cui se è vero che il potere giudiziale non ha una struttura gerarchizzata, distinguendosi solo per competenza differenziata, è anche vero che agli stessi giudici pure si impongono doveri, dal momento che tanto il giudice quanto il tribunale di minore istanza devono realizzare la decisione in ragione della loro attività.

Si tratta qui, a ben vedere, di un dovere giuridico elementare quanto necessario per assicurare il funzionamento dell'amministrazione della giustizia, e ciò in nome di un indispensabile principio di ordine che impone al giudice di minore istanza di attenersi al risultato di una ipotesi di provocato ex art. 269 CPA. Così, se il giudice superiore revoca una decisione del giudice di prima istanza, in ragione di un presupposto legale inventato su cui si fonda l'ordine al giudice di prima istanza di provvedere alla restrizione della persona, allora la decisione avviene nell'adempimento del dovere di emettere l'ordine, ma la condotta sarà caratterizzata da atipicità strutturale in ragione del compimento di un dovere giuridico. Qui il conflitto di doveri, infatti, si rivela solo apparente, posto che deve dominare l'ordine di istanza per non provocare un caos nel funzionamento della amministrazione della giustizia. Ed in un tale contesto sistematico, allora, non è la condotta del giudice di prima istanza a porre in pericolo il bene giuridico, creando un conflitto, ma quella del giudice superiore che impone al giudice inferiore di adempiere il suo disposto, ossia quello che priva di antinormatività la sua condotta.

5. Passando, poi, all'esame dei presupposti di giustificazione e scusa delle condotte tipiche di prevaricazione giurisdizionale, gli Autori non mancano di evidenziare come i casi di giustificazione più comuni – con riferimento alla coazione con minaccia alla famiglia, sequestro e minaccia alla vita dello stesso giudice – saranno quelli riferibili allo stato di necessità, anche scusante, posto che la tipicità della prevaricazione qui oggetto di studio non ammette legittima difesa. Il male minacciato, allora, deve essere sempre maggiore di quello per cui è causa ed inoltre, essendo inconcepibile che un giudice decida *contra legem* sulla base che ciò sia permesso da una causa di giustificazione, sarà pure inammissibile, di conseguenza, tanto l'errore di proibizione quanto quello sul precetto diretto, mentre compatibile con la struttura della decisione sarà l'errore sul precetto indiretto originato da

erronea supposizione di una giustificazione (si pensi al caso di supposizione della minaccia di morte in luogo di un mero atto con intenzione di intimorire). Più comune ipotesi di male minacciato, di contro, si rivela sicuramente quella di destituzione mediante apparato politico, che può costituire esimente, anche per il minacciante, ma solo quando viene coinvolta la vita di un familiare stretto mediante un trattamento che lo porterebbe alla morte. Un'ulteriore rilevante distinzione sul punto, e ai nostri fini, appare, infine, quella tra due forme di incapacità psichica:

- a) quella che fa venire meno la colpevolezza, incidendo sull'imputabilità in ragione di alterazioni psichiche originate da una cospirazione inesistente;
- b) quella che fa venire meno la tipicità, escludendo il dolo mediante allucinazioni incidenti sulla mancata conoscenza di elementi del tipo, e tali da portare ad un ritardo nella escussione dei testi.

6. Ma una volta esaurita la disamina della struttura del delitto di prevaricazione giurisdizionale di base, il lavoro di R. Zaffaroni e N. S. Espina si confronta con il fatto che il codice penale argentino conosce anche la figura della prevaricazione giurisdizionale aggravata, e questo si realizza quando la decisione illegittima o falsa viene assunta in un processo penale. Qui è opportuno subito dire che, nel diritto penale argentino, non si realizza una offesa di più beni, ma solo una maggiore gravità dell'offesa da collegare al peso del processo, per come avviene nelle cause penali, quale espressione del maggior rischio per il bene di riferimento. Perché ricorra una tale ipotesi, deve trattarsi tassativamente, infatti, di prevaricazione finalizzata ad una sentenza definitiva di assoluzione ovvero di condanna penale, per una conseguente messa in pericolo del bene che si rivela più grave rispetto ad altri tipi di sentenze, posto che la condanna di un innocente desta maggior allarme sociale. Tra i soggetti attivi, pertanto, oltre a quelli del delitto base, sono anche recuperati i giurati del verdetto di condanna, purché si tratti di coautoria fuori dalle funzioni di giudici correzionali e, valorizzando la bipartizione tra delitti e contravvenzioni, anche di quelli municipali amministrativi. La tipicità qualificata, dunque, nei termini di cui appena sopra, non la decide la condizione del giudice penale che emette la sentenza di condanna, ma la causa penale in cui si emette la sentenza.

7. Rispetto al fatto di cui all'art. 269 CPA, particolare attenzione, inoltre, merita, per tutto quanto sopra, anche la prevaricazione di cui all'art. 270 CPA che, prevedendo la disposizione di prigione preventiva illegale, per quanto sconosciuta al diritto comparato (ma forse riconducibile al nostro art. 606 c.p.), trova le sue origini nel progetto di codice penale argentino del 1891 come delitto contro la libertà. Si tratta di un fatto, proprio per questo, plurioffensivo, rispetto al quale resta il problema della sua natura che, tra reato di danno o di pericolo, viene qui risolta per una sua qualificazione concorrente in termini di pericolo, per l'amministrazione della giustizia, e di danno, contro la libertà personale, dal momento che la privazione della libertà avviene in termini illegali. Vincolante ai fini del giudizio di tipicità, allora, è la privazione con misura in via cautelare della libertà personale, escludendo dal fatto penalmente rilevante tutte le altre forme di aggressione al bene, e ciò al fine di negare strutturalmente la possibilità di ogni ricorso analogico.

L'art. 270 CPA è destinato ad individuare, dunque, un reato proprio speciale, in cui il soggetto attivo è solo il giudice penalmente competente ad ordinare non solo la misura cautelare, ma la stessa secondo modalità fuori da quelle tipiche: decretare la prigione in via cautelare per un delitto in virtù del quale non procede ovvero prolungare la prigione più del tempo massimo per la pena prevista,

salvo l'ipotesi di riqualificazione tipica del fatto in sentenza (rapina in luogo di furto). L'art. 270 CPA, pertanto, individua un'ipotesi non impossibile, anche se limitatissima, dal momento che, pur creando più discussioni che sentenze, esige un'effettiva privazione illegale della libertà nelle modalità tipiche.

Aspetto interessante, allora, che ruota intorno a questo tipo penale è la sua imputazione soggettiva, e questo proprio perché, accanto a quelli che ne sostengono il carattere doloso, non mancano quelli che lo ricostruiscono in termini pure colposi. Superando la regola generale della eccezionalità della colpa, infatti, questi ultimi vi rinviano con riferimento all'argomento del disvalore, vale a dire quello fondato sulla commisurazione penale che, rispetto alla dolosa, è privilegiata e più benigna non solo rispetto alla prevaricazione comune, ma anche rispetto ai delitti contro la libertà personale e di abuso di autorità. Probabilmente la spiegazione di tutto ciò potrebbe essere rinvenuta nel disvalore complessivo dell'illecito, in cui la misura cautelare illegale, presupponendone una legale, non dismette la finalità solidaristica che, caratterizzandola, è tale da rendere proporzionato il disvalore del fatto che, pur strutturalmente doloso, si rende compatibile con il disvalore di una punibilità colposa all'interno di un illecito gradato. Del resto, se il fatto resta doloso, non residuerebbe alcun problema per l'ammissibilità del tentativo e per la consumazione come già analizzate sopra; se, invece, si opta per il recupero di una imputazione colposa riemergono, per il fatto di cui all'art. 270 CPA, improvvisamente tutti quei problemi già agitati non solo rispetto all'ammissibilità per esso del tentativo, ma anche rispetto al dubbio a che un tale tipo penale corrisponda al tipo base di prevaricazione, posto che non possa riferirsi ad una distorsione della legge o del diritto che sembra implicare necessariamente l'idea del dolo come esclusivo criterio di imputazione. Infine, ed in ragione del bene di riferimento, sembra sostenibile anche che, nel diritto penale argentino, accanto alla configurabilità di un concorso apparente tra prevaricazione e abuso innominato d'autorità ex art. 248 CPA, pure possa corrispondere un concorso materiale tra prevaricazione e delitto di corruzione.

8. Una volta esaurito lo studio delle fattispecie penali di cui agli artt. 269-270 CPA, gli Autori si occupano, poi, dei problemi di prescrizione del reato, di sospensione del giudizio e della prova, nonché della pregiudizialità tra giudicati.

8.1 Per quanto attiene alla prescrizione del reato essa segue la regola generale prevista per la commissione e la continuazione, registrandone la sospensione per il tempo in cui il giudice, a differenza del pubblico funzionario, resta nelle sue funzioni. Sebbene sia un reato istantaneo, la prevaricazione giurisdizionale è riferibile ad una decisione che può constare di diversi atti e, pertanto, la prescrizione inizia a decorrere dall'ultimo di quelli di essi che la perfeziona. Dubbi sulla prescrizione in ipotesi di continuazione si hanno quando, in presenza dell'identità del bene giuridico, si registra la successione di più atti decisionali pregiudizievoli che, intensificando la gravità dell'ingiustizia del fatto, non integrano la stessa continuazione, che sarebbe confermata solo da un dolo unitario. La continuazione tra fatti si avrebbe, pertanto, solo se il soggetto adotta una decisione tipica, che implica altra ugualmente tipica, ed è chiaro che solo in questo caso si evidenzia una volontà totale o unica capace di investire tutti gli atti per cui si avrà reato continuato. Non possono considerarsi, infatti, due condotte prevaricatorie quando si dispone in un processo una decisione fondata su atti falsi o si ordina una custodia cautelare e, in continuazione, si dispone il corrispondente

ordine di detenzione in base al quale, data la falsità dell'atto presupposto, risulta di conseguenza la falsità del risultato. Più che di un dolo unitario, si avrebbe in quest'ultimo caso una unità di motivazione, che non è problema di tipicità, ma di colpevolezza; ed ecco perché non si avrà concorso materiale tra successive condotte tipiche di prevaricazione quando la pluralità di atti con unità di motivazione non determina una unità della condotta, ma solo una unità di colpevolezza: non avremo condotte diverse per continuità, ma motivazione comune per una sua valutazione da commisurare nel giudizio di colpevolezza.

8.2 Per quanto attiene, poi, alla sospensione del giudizio e della prova, affinché la qualifica soggettiva non assurga a fonte di doppio disvalore, il riferimento alla mancata sospensione del giudizio per il funzionario pubblico ex art. 76 del codice importa che l'unica possibilità per cui tale disposizione trovi applicazione, rispetto alla prevaricazione giurisdizionale, sarà nel presupposto qualificato del secondo paragrafo dell'art. 269 CPA, dove il ricorso all'aggravante – decisione in un processo penale - potrebbe ricondurre alla sospensione della prova. Ed ecco perché, la pessima redazione di questa norma non ha mancato di generare una serie di dubbi circa la sua effettiva previsione contenutistica, vale a dire se essa vada riferita ad una partecipazione eventuale del soggetto qualificato, ovvero se comprenda anche i casi in cui necessariamente l'autore debba essere un funzionario pubblico, trattandosi di tipo proprio.

8.3 Per quanto attiene, infine, al problema della pregiudizialità tra giudicati occorre osservare, con gli Autori, che tanto la garanzia costituzionale del giudice quanto l'esercizio della giurisdizione penale, nel caso di prevaricazione giurisdizionale, pongono diversi problemi, dal momento che su tale requisito pure si registra una pluralità di vedute. Sulla natura della pregiudizialità tra giudicati nella prevaricazione giurisdizionale, nonché della sua disciplina costituzionale, occorre dire che essa nasce come mediazione tra il privilegio della sottrazione del giudice al processo penale, come fonte di un trattamento di favore democraticamente insopportabile, con la necessità, di contro, di preservare tale categoria di soggetti da ingiuste accuse e vendette. E proprio per evitare una tale ultima deriva, allora, si è subordinata la possibile condanna penale di un giudice al presupposto di una pregiudiziale necessaria che, come previa condizione alla prosecuzione dell'azione penale, potesse consistere tanto in un giudizio politico dei giudici della Corte suprema quanto in un giudizio di destituzione.

Nel primo caso, senza frizioni con il principio di uguaglianza ex art. 16 Cost. argentina, per una immunità che neppure impedisce la conoscenza delle cause nelle quali risultano coinvolti i giudici, la pregiudiziale 'politica' si fonda anche su ragioni di ordine pubblico che, emergenti dalla Carta fondamentale, sono corrispondenti all'esercizio non frustrato della funzione giudiziale. E tutto ciò senza che i giudici non solo venissero esposti alla domanda di litiganti infastiditi dalle loro decisioni, ma anche che fossero assicurati da una ulteriore ed evidente garanzia legata alla loro indipendenza e inamovibilità. Per tale motivo la pregiudizialità 'politica', senza decidere della responsabilità penale del giudice, è tenuta ad osservare le garanzie processuali, come quelle di legalità e difesa che, poste anche a tutela della separazione dei poteri all'interno di un sistema di bilanciamento razionale tra pesi e contrappesi, si completano con l'esigenza di assicurare i giudici nella permanenza delle loro funzioni, sottraendoli decisamente, e solo così, ad eventuali pressioni esterne rispetto al loro esercizio. Ed allora, in attuazione degli artt. 53, 110 e 115 Cost. argentina, al fine di evitare la libera rimozione

dell'organo giudicante, con conseguente forte riduzione della persecuzione politica, si è dimostrato chiaramente che la necessità della pregiudizialità 'politica' non significa che, rispetto alla commissione di delitti nell'esercizio delle loro funzioni, il principio di inamovibilità implica una situazione di impunità dei giudici, quanto piuttosto che la garanzia del principio di uguaglianza riafferma che i giudici non vengano esposti alla mercé di qualche espressione di potere, confidando in un giudizio che, teso a determinare la responsabilità politica del giudice nell'ordinamento federale, come previsto per i giudici supremi, crea il vigente meccanismo di rimozione per i restanti giudici federali e nazionali di altra istanza. La differenza con il meccanismo attuale di rimozione di altri giudici dei tribunali, allora, sta nel fatto che il giudizio politico si svolge davanti al congresso della nazione, dove la Camera dei deputati assume il ruolo dell'accusa e il Senato quello di giudice, mentre il processo di destituzione dei restanti giudici si svolge davanti al Consiglio della magistratura, dove i giurati fungono, rispettivamente, da accusatori e giudici.

Breve: se è vero che solo i giudici federali e nazionali possono essere sottoposti a pregiudiziale 'politica' o a processo di destituzione per cattivo impegno, per commissione di delitti nell'esercizio delle loro funzioni o per commissione di crimini comuni, è anche vero che, nel nostro caso, assurge ad interesse particolare il secondo dei presupposti di rimozione appena sopra individuati, vale a dire quello che, assumendo a riferimento i delitti di cui agli artt. 269 e 270 CPA, rinvia a quei delitti 'propri tipici speciali' e commessi esclusivamente dai giudici nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali.

8.4 Ed un tale ultimo assunto, trova ulteriore applicazione, per come pure osservato da R. Zaffaroni e N.S. Espina, anche nel processo pregiudiziale di destituzione, laddove il giudice che viola funzioni deve essere destituito prima di essere processato penalmente, e ciò conformemente alla estensione ai giudici delle immunità che, ex art. 70 Cost. argentina, consentono letteralmente di avvalersi della regola per cui quando si forma per iscritto istanza davanti ai giudici ordinari contro senatori e deputati, il merito va esaminato in un giudizio pubblico in cui ogni camera, con due terzi dei voti, può sospendere l'accusato dalle sue funzioni e porlo a disposizione del giudice competente per il suo giudizio.

Una tale determinante pregiudiziale, infatti, richiede che, per quanto disposto costituzionalmente, essa sia svolta anche per i giudici della Corte suprema, e ciò secondo giurisprudenza costante. Conformemente ad essa, pertanto, il principio generale della pregiudiziale destituzione o quello della pregiudiziale 'politica' della Corte suprema stabilisce le peculiarità per la disciplina per i processi penali contro i giudici. Infatti, l'art. 1 di questa legge stabilisce una immunità di arresto e di altro mezzo coattivo contro i giudici salvo che, pur non impedendo la prosecuzione di un processo, il giudice che presta dichiarazione indagatoria non abbia concorso nel mezzo cautelare. Nella pratica, però, il processo penale contro i giudici può proseguire fino a sentenza passata in giudicato, e finché i giudici non vengono destituiti come condizione di pregiudizialità. Nella storia argentina, ed in materia di giudizio politico per accusa ad un giudice di prevaricazione da decisione contraria alla legge ovvero da decisione falsa come invocata dalle parti nella negazione di benefici (ad es. destituzione senza interdizione; ovvero destituzione di magistrato accusato di disimpegno), si registra, ad esempio, quello di destituzione di tutti i giudici della Corte suprema ad eccezione di uno.

9. Volendo a questo punto, ed in via di sintesi, operare una comparazione tra l'art. 269 CPA ed il nostro art. 323 c.p., sembra potersi dire che, per quanto accomunati da modalità di aggressione qualificate per delitti di infedeltà mediante strumentalizzazione di doveri funzionali, il nostro delitto di abuso d'ufficio, nel comprendere al suo interno le ipotesi speciali di prevaricazione giurisdizionale tipiche del diritto penale argentino, condivide con queste ultime gli stessi problemi. Oggettivismo e soggettivismo, diritto penale della volontà e indeterminatezza del tipo; problemi nella individuazione categoriale dell'oggetto della tutela penale; possibile deriva nell'anticipazione della tutela penale in ragione di una discutibile ridefinizione dell'imputazione soggettiva; dubbi su fondamento e limiti del concorso di persone in un reato esclusivo di infedeltà; discutibile commistione tra concorso di reati e concorso di norme nella paventata impermeabilità al bene di riferimento rappresentano, nel loro insieme, una panoramica piattaforma di rivendicazioni comuni di razionalità che, a ben vedere, neppure sembrano ridursi anche alla luce della recentissima riforma italiana dell'art. 323 c.p. ad opera del d.l. n.76/2020.

Qui, infatti, ancora continua ad essere evidente come, con una chiara opzione di politica criminale, a conferma della criminalizzazione di un conflitto di interessi aperto a verifiche seppur limitate di eccessi di poteri (da discrezionalità tecnica e mista), l'ordinamento continua ad alimentare quella antica dialettica tra restrizioni legislative e riespansione giurisprudenziale dell'ambito di operatività penalistica di una norma con la quale, e neppure in via malcelata, mantenere nelle mani del giudice penale il compito onnivoro di controllare la correttezza dell'azione amministrativa pubblica in senso ampio.

Ed è proprio da questo punto di vista che, se prevaricazione giudiziaria (art. 269 CPA) e abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) divergono per natura e bene di riferimento, è nella struttura, come delitti di infedeltà, che, a ben vedere, essi trovano i margini per una loro possibile *reductio ad unum*. Quest'ultima, in ogni caso, e per quanto proiettata nelle conseguenze bipartite del primo ovvero nella doppia-illegittimità del secondo, sulla base di un danno ovvero di un vantaggio penalisticamente filtrati come ingiusti rispetto alla condotta, solo recependo anche i limiti di una imputazione soggettiva per dolo intenzionale potrà rivelarsi in grado di attuire, da un lato, il rischio di una possibile deriva soggettiva verso un diritto penale della volontà e, dall'altro, il comune richiamo simbolico di una norma penale strumentalmente votata alla assunzione stigmatizzante di un procedimento/processo penale come sanzione. Una tale inquietante conseguenza, per come rafforzata in Italia dal forte divario tra 'legalità offerta' (numero dei procedimenti penali avviati) e 'legalità raggiunta' (sentenze di condanna definitiva), può essere ovviata, a ben vedere, solo ricorrendo, in termini di 'legalità definita' (*de jure condendo*) ad una coraggiosa scelta di ridefinizione ordinamentale dei rapporti normativi tra incriminazione e giustificazione (procedurale) in funzione di tutela primaria di beni, per un risultato che in Argentina pure sembra ottenibile incentivando il rafforzamento di meccanismi di pregiudizialità del giudicato. Insomma, problemi comuni per soluzioni comuni: ma c'è sempre una razionalità nella natura delle cose, per chi vuole trovarla!

ESPERIENZE

“Umanizzazione” della pena e ruolo della giurisdizione

TERESA ABATE

ABSTRACT

This paper analyzed the principle of humanization of the sentence sanctioned by the Constitution (article 27) which is strengthened at the moment of the execution of the sentence in prison with the aim of recovering the offender, for which the penalty must tend to reintegrate the prisoner in a social and working dimension, as required by article 3 of the Constitution. Thanks to the input of the jurisdiction of the ECHR, our legislator has widened the variety of opportunities to be guaranteed to the prisoner, who constitutes the fundamental glue to humanize the sentence.

Il principio di umanizzazione è sancito all'art. 27 della Costituzione “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”, ribadito dall'art. 1 della legge n.354/75 di riforma dell'ordinamento penitenziario “il trattamento penitenziario dev'essere conforme ad umanità e deve attuare il rispetto della dignità della persona”, nonché ripreso nell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea “nessuno può essere sottoposto a torture, né a pene o trattamenti inumani o degradanti”. In tal modo il principio di “umanizzazione” è rafforzato nel momento della esecuzione della pena in carcere, valorizzando la persona con i suoi diritti inviolabili. L'umanizzazione s'intrinseca con la finalità di “recupero del reo” a cui la pena deve tendere, per cui lo Stato ha il dovere di rendere il processo detentivo “rieducativo”, cercando tutti gli strumenti per reinserire il detenuto in una dimensione sociale e lavorativa “migliorata”. Tuttavia è bene sottolineare che il termine “tendere” se da un lato sottende il dovere dello Stato a recuperare la persona, dall'altro sottende anche uno sforzo che non può raggiungere il risultato se non vi è la piena adesione della persona al processo rieducativo.

Ma l'umanizzazione s'intrinseca anche con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 (2° comma) della Costituzione, per cui lo Stato ha il dovere di programmare interventi idonei alla rieducazione e al reinserimento sociale dei soggetti particolarmente deboli perché privati della libertà, fornendo loro opportunità analoghe alle persone libere. Quindi il reinserimento sociale, che avviene soprattutto con i contatti con l'ambiente esterno, deve avvenire subito con l'inizio della pena e non nell'imminenza del fine pena come recita il d.P.R. n. 230 del 2000 (Reg. esecuzione della legge 354/75).

Questo concetto è stato fatto proprio dal sistema penitenziario italiano, che favorendo la partecipazione degli enti locali e dell'associazionismo alla vita del carcere, soprattutto con i volontari, ha realizzato le occasioni di reintegrazione nel tessuto sociale del detenuto, scardinando le forti resistenze culturali ancora esistenti. In particolare il mondo penitenziario ha preso maggiore consapevolezza dell'importanza del “lavoro”, quale motore fondamentale del reinserimento sociale del detenuto perché accresce la stima di sé stessi e gratifica. Le statistiche dimostrano che il lavoro riduce la recidiva e le ricadute nella devianza. Muovendosi in quest'ottica la legge n. 67 del 2014 di

delega al Governo sulla riforma del sistema sanzionatorio e di pene alternative non carcerarie, ha attribuito un ruolo fondamentale al “lavoro di utilità sociale o di pubblica utilità” consistente in prestazioni non retribuite a favore della collettività, quale pena alternativa al carcere, con durata giornaliera della prestazione che non superi le otto ore. Questa modalità di esecuzione della pena ha preso velocemente piede nel nostro paese e anche nella nostra Regione, superando forti resistenze culturali. In tutte le province sono stati formati e sono attivi protocolli di lavoro di pubblica utilità, che vanno dalla manutenzione del verde alla pulizia degli spazi, al decoro urbano, alle funzioni bibliotecarie e alla movimentazione dei fascicoli presso le Procure e i Tribunali.

Il lavoro di pubblica utilità ha integrato fortemente il mondo penitenziario con la società esterna, favorendo più di ogni altra misura “l’umanizzazione della pena”. Occorre fare però un ulteriore passo in avanti, ossia utilizzare edifici dismessi o sottratti alla camorra per far scontare la pena ai detenuti con basso livello di pericolosità, che devono svolgere lavori di pubblica utilità, assicurando loro assidue frequentazioni del nucleo familiare e assistenza quotidiana di psicologi e volontari, così da creare luoghi poco custodiali ma molto risocializzanti. Ma l’umanizzazione della pena passa soprattutto attraverso l’ampliamento delle sanzioni alternative alla detenzione che dovrebbe essere la *extrema ratio*.

In quest’ottica la legge n. 67 del 2014 ha previsto modifiche al codice penale con gli istituti della “messa alla prova” e del “risarcimento del danno” causato dal reato, che hanno prodotto buoni risultati. Ma bisognerebbe potenziare la “pena pecuniaria”, prevista dalla legge n.689 del 1981, che incide direttamente sulla libertà personale e sulla sfera patrimoniale, contribuendo al processo di responsabilizzazione e crescita del reo di cui è intriso il concetto di “umanizzazione della pena”. Si potrebbe seguire il modello tedesco della “pena patrimoniale” che va a gravare sul patrimonio del reo in relazione alla consistenza del reddito e al grado di colpevolezza. In questo modo si applica una sanzione che realizza la finalità rieducativa della pena e che evita gli effetti negativi del carcere. La legge n.67 del 2014 ha previsto che le sanzioni pecuniarie civili da comminare per i reati di lieve entità siano modulate in relazione ad una serie di parametri, tra cui anche la “personalità del reo e le sue condizioni economiche”, oltre alla gravità della violazione. Pertanto l’applicazione del principio di proporzione nella comminazione della pena da parte dei giudici, contribuisce a realizzare l’obiettivo dell’umanizzazione della pena e ad evitare fatti arbitrari, in linea con quanto afferma la Carta di Nizza all’art. 49 (3° comma), ossia che “le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”.

Il principio di umanizzazione della pena ha avuto la sua spinta realizzativa più forte grazie alla giurisprudenza della Corte Edu, che a partire dalla sentenza Torregiani del 2013 condanna l’Italia sotto il profilo delle condizioni spaziali, per non aver garantito almeno 3 mq. di spazio vitale a ogni detenuto e invita l’Italia a introdurre nell’ordinamento rimedi con effetti preventivi o compensativi ossia la possibilità di ricorsi da parte dei detenuti. Di conseguenza la Corte costituzionale con la sentenza n. 279 del 2013 prevede che si garantisca una riparazione effettiva delle violazioni della CEDU e il legislatore con l’introduzione dell’art. 35 ter nella legge penitenziaria n. 354/75, assicura al detenuto una riduzione della pena ancora da espiare o un ristoro economico adendo il magistrato di sorveglianza o il giudice civile. La giurisprudenza successiva ha ampliato la gamma di fattori da

garantire ai detenuti, per cui alle condizioni di spazio si sono aggiunte le strutture adeguate e salubri nonché le opportunità ricreative, culturali e lavorative fuori dalle celle.

Queste opportunità sono un collante fondamentale per l'umanizzazione della pena. Infatti proprio nell'ottica di migliorare le condizioni di vita dei detenuti e dare risposte concrete in tema di umanizzazione, sono stati elaborati ed eseguiti tantissimi progetti in Italia tra le Direzioni penitenziarie, gli U.I.E.P.E. (Ufficio interdistrettuale di esecuzione penale esterna), le Regioni, i Comuni, le associazioni, le cooperative sociali, le società sportive e altri enti che hanno presentato progetti di vario tipo: teatro, sport, cultura, gastronomia, informatica. Sono scesi in campo anche gli assessori alle politiche sociali per dare risposte concrete in tema di umanizzazione della pena, prevedendo corsi di formazione utile per imparare un mestiere, laboratori per acquisire competenze spendibili una volta estinta la pena, ma anche percorsi di accompagnamento della persona per facilitare il loro reinserimento in società. In particolare l'azione rivolta a realizzare attività in area penale esterna si articola su diversi livelli: percorsi di accoglienza, di accompagnamento sociale, tirocini formativi e inserimenti lavorativi delle persone coinvolte in area penale, di condannati in esecuzione penale e di soggetti che abbiano finito di scontare la pena da non più di sei mesi, residenti sul territorio. In Emilia Romagna si provvede al sostegno anche con il pagamento dei canoni d'affitto, di utenze e di spese di mobilità, dei dimettendi, per agevolarne il graduale rientro nella società su segnalazione dell'équipe per i dimettendi istituita all'interno delle carceri.

Tuttavia occorre sottolineare che l'approccio del legislatore italiano alla questione carceri è sempre stato dettato dall'emergenza, più che da un piano organico, per gestire il periodo della detenzione e quello successivo al reinserimento nella società. Se analizziamo il profilo anagrafico appare evidente che la popolazione carceraria in Italia è composta in netta prevalenza da uomini: in media ci sono solo n. 4 donne ogni 100 detenuti. Molto alta è sempre la percentuale di stranieri che sono un terzo della popolazione carceraria, contro una media europea attorno al 20%. Naturalmente per gli stranieri è più difficile accedere alle pene alternative perché molti non hanno un domicilio dove scontarle. Ma nonostante ciò, la quota di stranieri in carcere è diminuita di 4 punti percentuali nell'ultimo decennio, perché i reati in cui sono coinvolti hanno pene in media più lievi rispetto agli illeciti commessi dagli italiani, e quindi hanno maggiori probabilità di ottenere la detenzione domiciliare.

Negli ultimi 10 anni è aumentata l'età media dei detenuti, mentre è diminuita la capacità del ministero di raccogliere informazioni complete sul loro livello di istruzione. I reati più frequenti sono quelli contro il patrimonio, contro la persona e in violazione del testo unico sigli stupefacenti. Quasi un quarto dei condannati sta scontando una pena inferiore ai tre anni: ossia una fetta di popolazione detenuta che potrebbe fruire della detenzione domiciliare. Rispetto a 10 anni fa la popolazione detenuta è invecchiata, gli over 70 sono aumentati, mentre gli under 30 sono diminuiti di più del 30%. Questo cambiamento è in parte dovuto al decreto legge 92/2014, per cui chi ha commesso un reato da minorenni oggi può scontare la pena nel carcere minorile fino al compimento dei 25 anni, mentre prima il limite era fissato a 21 anni. In Italia i detenuti con almeno una condanna definitiva sono circa 35.000 (su una presenza media di circa 55.000) e quasi un quarto di essi sta scontando pene inferiori a tre anni, per le quali le recenti riforme hanno incentivato la possibilità di detenzione domiciliare.

Occorre precisare che dopo l'esperienza fallimentare dell'indulto del 2006, il cui effetto durò un paio d'anni, i governi successivi hanno perseguito un duplice strategia: ampliare la dimensione e il numero degli istituti, attraverso i piani edilizi straordinari e allargare la possibilità di scontare la pena fuori dal carcere con la detenzione domiciliare. Il primo obiettivo è in gran parte non raggiunto, il secondo ha prodotto alcuni effetti di rilievo: il sovraffollamento è diminuito così come il ricorso alla carcerazione preventiva. Questi dati ci permisero di evitare gli effetti della sentenza Torreggiani, ma restano molti i punti critici, per cui siamo ancora sesti in Europa per tasso di affollamento e i suicidi continuano a verificarsi sia tra i detenuti che tra il personale di polizia. La sensazione certa è che i cambiamenti per il legislatore italiano sono stati dettati dalla necessità di fare il minimo indispensabile per non essere sanzionati. Ad ogni modo ciò ha consentito di riavvicinarci a parametri più consoni a un paese civile, ma resta ancora molto da fare soprattutto sul versante del reinserimento sociale del detenuto quando torna in libertà.

Bisogna indubbiamente insistere nel solco della legge n.67 del 2014 verso una forte depenalizzazione e superare l'idea del carcere come unica possibilità di "pena", riservandola solo ai reati gravissimi che mettono a rischio la vita, l'integrità fisica e psichica e la dignità delle persone. In questo modo si potrebbe realizzare un sistema penale minimo, che razionalizza e umanizza la pena raggiungendo l'obiettivo fondamentale del reinserimento sociale del reo. Naturalmente affinché si realizzi l'obiettivo del reinserimento del colpevole nella società, occorre in primis intervenire sul funzionamento dell'amministrazione della giustizia che, con l'irragionevole durata dei processi, provoca il sovraffollamento delle carceri e quindi il mancato raggiungimento dell'obiettivo sopracitato. Infatti, l'eccessiva durata dei processi si traduce in una "denegata giustizia", che vanifica ogni sforzo di umanizzazione e finalità rieducativa della pena. Purtroppo nonostante la novellata versione dell'art. 111 della Costituzione, ed interventi a livello internazionale e comunitario, tendenti ad assicurare la ragionevole durata dei processi, le nostre istituzioni non sono state in grado di voltare definitivamente pagina. Occorre una presa di coscienza collettiva di tutti i cittadini, e non solo del Parlamento e delle forze politiche, affinché l'Italia possa superare questa condizione.

Nelle more di una soluzione definitiva ed organica di questo problema, occorre una presa di coraggio ed intervenire con rimedi straordinari, ossia con provvedimenti di clemenza, per porre fine alle situazioni di sovraffollamento che determinano degrado e sofferenza umana. Appare utile ricordare che l'art. 27 (3°comm.) della Costituzione, nel sancire: "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", ha stabilito il principio costituzionale più importante in materia penitenziaria, a cui la Corte costituzionale si riferisce in numerosissime sentenze per valutare la costituzionalità delle leggi dell'ordinamento penitenziario. Su questo punto ha sollevato molti dubbi in passato la pena dell'ergastolo, che non prevedendo la riacquisizione della libertà, sembrava a molti non poter assicurare la rieducazione del reo e quindi contraria al senso di umanità. La Corte costituzionale infatti con sentenza 28 aprile 1994 n.168 dichiarò l'illegittimità costituzionale degli articoli 17 e 22 c.p. nella parte in cui non escludono l'applicazione dell'ergastolo al minore imputabile. Più di recente la Corte costituzionale con sentenza n. 204 del 21 luglio 2016, ha affermato che sarebbe fuori di ogni logica di sistema e in contrasto con i principi Costituzionali, ritenere che durante la detenzione il magistrato di sorveglianza debba negare alla persona condannata all'ergastolo il ristoro economico

ex art. 35 ter ord. pen., dovuto per una pena espiata in condizione disumane, per la sola ragione che non vi è alcuna riduzione di pena da operare. Questa sentenza è un'ulteriore affermazione della rilevanza del principio costituzionale “dell’umanizzazione della pena” e della rilevanza “del ruolo della giurisdizione” nell’applicazione e nel rispetto di questo principio.

Minori...troppe misure di prevenzione

ANDREA ESPOSITO

ABSTRACT

Minorstoo many preventive measures

1. Il minore G.C. è stato destinatario dell'avvio di procedimento amministrativo finalizzato all'applicazione della misura di prevenzione del divieto di accesso a determinati locali pubblici (D.A.L.PU.) ai sensi dell'art. 13 d.l. 20.2.2017 n. 14, convertito in legge 18.4.2017 n.48, modificato dal d.l. n. 130/2020, in quanto arrestato per spaccio di sostanza stupefacente.

Il minore per tale fatto è stato condannato alla pena di anni 2 di reclusione e 12.000,00 € di multa; la sentenza è stata ritualmente impugnata e confermata dalla Corte d'Appello di Napoli – Sez. Minorenni; allo stato non è ancora divenuta irrevocabile.

2. Il Sig. G.S., nella qualità di esercente la responsabilità genitoriale sul figlio G.C., a mezzo dello scrivente, ha proposto esposto contro il Questore di Napoli, in quanto il figlio veniva fermato ed identificato più volte dalla polizia giudiziaria, mentre era nella pubblica via e non all'interno di locali pubblici o nei pressi di Scuole o Università.

L'esposto è stato proposto per vari motivi.

In primo luogo il procedimento amministrativo, secondo l'avviso, si sarebbe dovuto concludere entro 30 giorni dal suo inizio, con l'adozione del provvedimento definitivo, avverso il quale l'esercente la responsabilità genitoriale avrebbe potuto proporre uno dei mezzi d'impugnazione previsti dalla legge.

Di tale provvedimento definitivo alcun avviso è stato dato al padre quale esercente la responsabilità genitoriale sul figlio minore, per cui l'interessato non è stato messo in grado né di conoscere il provvedimento adottato (se adottato) né di proporre contro lo stesso le impugnazioni previste dall'ordinamento.

Di conseguenza neppure il minore ha avuto conoscenza di alcun provvedimento, per cui non si comprende quale comportamento illecito gli possa essere stato addebitato.

In tutte le occasioni in cui il minore è stato fermato ed identificato non solo non svolgeva alcuna attività di spaccio, né deteneva sulla sua persona sostanza stupefacente, ma non era entrato in alcun pubblico locale né si intratteneva nei pressi di Istituti scolastici o Sedi universitarie.

Il minore, semplicemente, transitava per la strada.

Inevitabilmente nel transito il destinatario del provvedimento amministrativo si trova a passare dinanzi a locali pubblici o ad altre istituzioni, ma passare non significa frequentare o trattenersi per svolgere l'attività di spaccio di sostanze stupefacenti.

L'interpretazione data dalla Questura di Napoli è palesemente vessatoria e persecutoria, in quanto costringerebbe il soggetto a non uscire dal proprio domicilio e parificherebbe una misura di prevenzione, già di per sé iniqua e costituzionalmente illegittima come si dirà in seguito, ad una sorta

di arresti domiciliari o di detenzione domiciliare: in sostanza il destinatario del provvedimento, per evitare sanzioni, dovrebbe vivere in un deserto!

Per di più lo scrivente, anticipando quelli che saranno i motivi di impugnazione avverso il provvedimento, qualora adottato dal Questore e qualora debitamente comunicato, ritiene costituzionalmente illegittimo l'art. 13 d.l. 20.2.2017 n.14, convertito in legge 18.4.2017 n.48, modificato dal d.l. n. 130/2020 in quanto in contrasto con gli artt. 2, 3, 10, 25, 27 Co. 2 E 3, 30, 31, 111, 117 Cost. nonché con le convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia.

Il divieto di accesso a determinati locali pubblici (D.A.L.PU.) è una misura di prevenzione atipica, adottata per prevenire il ripetersi di fenomeni di spaccio.

Va in primo luogo rilevato che dottrina e giurisprudenza costanti ritenevano unica misura di prevenzione possibile nei confronti dei soggetti minorenni l'art. 25 r.d.l. 1404/1934.

Detta misura può essere adottata non solo *post factum* per il recupero educativo del minore che ha commesso reati, ma anche *ante factum* per prevenirne la commissione.

Non è possibile nei confronti dei soggetti minorenni l'adozione dei provvedimenti di prevenzione (ad esempio l'F.V.O.) previsti dal d.lgs. 159/2011.

Tuttavia il legislatore ha iniziato a derogare a tale impostazione, applicando anche ai minori misure interdittive in numerose circostanze.

La prima eccezione è stata rappresentata dal DASPO (divieto accesso manifestazioni sportive) previsto dall'art. 6 l. 401/1989 applicabile anche ai minorenni.

Il legislatore aveva originariamente attribuito la convalida del provvedimento questorile al GIP presso il tribunale ordinario, ma la Corte costituzionale, nel dichiarare illegittima la norma, riportò la competenza al GIP presso il tribunale per i minorenni (sentenza Corte cost. 143/1996).

In tal modo la competenza del tribunale minorile è stata mantenuta.

La seconda eccezione è stata costituita dall'art. 75 bis, introdotto nel testo del d.P.R. 309/90 con d.l. 272/2005, convertito con modificazioni nella legge 49/2006. Tuttavia il legislatore, anche in questo caso, aveva riservato al tribunale per i minorenni la convalida dei provvedimenti questorili.

In ogni caso la Corte costituzionale con la sentenza 94/2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo in questione.

Altra misura di prevenzione è quella prevista dall'art. 7 della legge n.71/2017 che disciplina l'ammonimento per il minore autore di atti di cyber-bullismo, diretta ad evitare il coinvolgimento del minore, sia quale autore del reato sia quale vittima, in procedimenti penali.

E' possibile ricorrere all'ammonimento soltanto nel caso in cui non siano stati commessi reati perseguibili d'ufficio o non sia stata formalizzata querela o presentata denuncia per le condotte di ingiuria (reato depenalizzato), diffamazione, minaccia o trattamento illecito dei dati personali, commessi mediante la rete Internet nei confronti di un altro minorenne.

La misura in parola è stata presentata come una misura monitoria di "diritto mite", in quanto finalizzata a tutelare preventivamente la vittima dal perpetuarsi di condotte lesive della sua dignità personale, ma anche a preservare l'autore dei fatti, in ragione della minore età, da un eventuale processo penale, richiamandolo sul disvalore sociale dei suoi comportamenti.

In realtà, ad avviso dello scrivente, tale misura estromette la competenza del tribunale minorile devolvendola totalmente al Questore, né prevede che l'ammonimento sia rivolto dalla P.G.

specializzata costituita dalle squadre esistenti presso le procure minorili, i cui componenti, opportunamente scelti, hanno effettivamente la capacità di relazionarsi con i soggetti minorenni nonché capacità mediative tra autore e vittima del reato.

Il legislatore nel suo negativo procedere ha infine con il D.A.L.PU. estromesso del tutto l'autorità giudiziaria minorile, attribuendone il potere unicamente al Questore.

Come si è detto in precedenza dottrina e giurisprudenza concordavano nell'escludere la possibilità di adottare nei confronti del minore provvedimenti di prevenzione, affermando che l'unica misura applicabile ad essi è l'art. 25, che prevede le due forme dell'affidamento al servizio sociale o del collocamento in casa-famiglia.

Nel primo caso i genitori provvedono, con l'aiuto del servizio sociale, all'educazione del minore; nel secondo, quest'ultimo viene collocato in una casa-famiglia per seguire un percorso educativo.

L'art. 25 è uno strumento flessibile, in quanto consente di avviare il minore a percorsi scolastici o di formazione professionale, ad attività di volontariato, ludiche e sportive; consente altresì di sottoscrivere con il minore un patto educativo flessibile, adeguato alle sue esigenze di formazione e di recupero.

Vero è che l'art. 25 ha necessità di un intervento legislativo, in quanto è fondato sull'adesione del minore, in ogni caso la norma, a differenza di quella in esame, risulta in linea con i parametri costituzionali e con le convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia.

La giurisprudenza della Consulta, in attuazione dei principi della Carta costituzionale, ha affermato che la finalità del processo minorile è il recupero del minore: *“il pubblico ministero assume, nel processo minorile, un ruolo e una fisionomia del tutto singolare che si ricollega al fine proprio della legge istitutiva del tribunale dei minorenni. Esso non è soltanto l'organo titolare dell'esercizio dell'azione penale in funzione della eventuale realizzazione della pretesa punitiva da parte dello Stato, ma anche, ed è questo un aspetto rilevante, l'organo che presiede e coopera al conseguimento del peculiare interesse - dovere dello Stato al ricupero del minore: a questo interesse è addirittura subordinata la realizzazione o meno della pretesa punitiva. Anche sotto questo profilo la scelta del legislatore corrisponde ad un accettabile criterio di ragionevolezza, che serve a legittimarla”* (Sentenza Corte Cost. n°49/1973)

Se la finalità di recupero deve prevalere sull'esercizio dell'azione penale, la misura inibitoria adottata nel caso di specie dal Legislatore (basta perfino la sola denuncia) appare *ictu oculi* in contrasto con quanto affermato dalla Consulta.

Un minore denunciato o condannato per spaccio di sostanze stupefacenti non può essere destinatario di una misura di prevenzione che gli interdice l'accesso ai luoghi pubblici, ma deve essere recuperato offrendogli possibilità di istruzione, formazione professionale e di socializzazione che siano finalizzate al recupero ed al reinserimento sociale.

Ad avviso dello scrivente l'art. 13 d.l. 20.2.2017 n.14, convertito in legge 18.4.2017 n.48, modificato dal d.l. n. 130/2020, si pone in contrasto con le norme costituzionali e con le convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia.

In particolare, a seguito di un'attenta riflessione, risultano violate le seguenti norme costituzionali: artt. 2, 3, 10, 25, 27 co.2 e co. 3, 31, 111, 117 co.1.

a) Art. 31 Cost. che sancisce il dovere di protezione della gioventù

Questo principio, applicato in materia penale, comporta per il minore autore o vittima del reato il diritto ad un trattamento differenziato rispetto al soggetto maggiorenne, in tutte le fasi ed i gradi del procedimento penale.

Tale principio è stato sintetizzato dalla dottrina (Giostra-Palomba) nei criteri della minima offensività e dell'adeguatezza applicativa, nel senso che il giudice minorile deve applicare le norme in modo adeguato a realizzare il *favor minoris*, autore o vittima del reato.

Detto articolo va letto in relazione agli artt. 2 e 3 della Costituzione, in quanto il primo tutela l'individuo in ogni formazione sociale nella quale si svolge la propria personalità e, *a fortiori*, tutela il minore che è persona *in fieri* e l'art. 3, che afferma il principio di uguaglianza, vieta ogni discriminazione in relazione all'età.

Al contrario la norma in questione parifica il minore al maggiorenne, non considerando che quest'ultimo, se ha deciso di praticare l'attività di spaccio, è autore di una scelta consapevole, laddove il minore, che deve essere recuperato e reinserito, non può essere destinatario di meri divieti, ma di adeguati programmi educativi.

"La "tutela dei minori" si colloca così tra gli interessi costituzionalmente garantiti, come questa Corte ha sottolineato in varie pronunce (sentenze n. 25 del 1965, nn. 16 e 17 del 1981); ed il tribunale per i minorenni, considerato nelle sue complessive attribuzioni, oltre che penali, civili ed amministrative, ben può essere annoverato tra quegli "istituti" dei quali la Repubblica deve favorire lo sviluppo ed il funzionamento, così adempiendo al precetto costituzionale che la impegna alla "protezione della gioventù" (sentenza Corte costituzionale n. 222/1983).

La norma in oggetto, in luogo di predisporre strumenti educativi e di reinserimento sociale a favore del minore che abbia commesso il reato di spaccio, si limita a svolgere una funzione meramente interdittiva, con possibilità di ulteriori sanzioni in caso di violazione.

b) Art. 30 che sancisce il diritto del minore all'educazione

La norma attribuisce ai genitori il diritto-dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, con un crescendo che va dal mantenimento materiale all'apprendimento di nozioni utili, fino all'educazione morale.

In caso di inadeguatezza dei genitori lo Stato provvede con gli istituti dell'affidamento o dell'adozione.

Il minore che abbia subito disfunzioni educative è destinato a diventare autore di reato.

"Passando all'esame del merito, deve innanzitutto ricordarsi che questa Corte ha numerose volte sottolineato che la tutela del minore è interesse assistito da garanzia costituzionale (artt. 30 e 31 Cost.) e che, in caso di commissione di reati, la giustizia minorile deve essere improntata all'essenziale finalità di recupero del minore deviante mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale" (Sentenza Corte Cost. n° 125/1992)

Lo Stato pertanto ha il dovere di colmare le lacune educative con interventi di recupero del minore deviante e non ha il potere di adottare provvedimenti interdittivi, come fa la norma *de qua*.

c) Art. 25 che afferma per tutti i cittadini il diritto al giudice naturale

Per i minori il giudice naturale va inteso anche come giudice specializzato, ovvero giudice che sia formato da una componente togata e da una componente onoraria, rappresentata da cittadini (un uomo e una donna) che abbiano compiuto almeno 30 anni e siano specializzati nelle materie socio-psico-pedagogiche.

Ogni decisione di merito del tribunale per i minorenni deve essere assunta da un organo collegiale così composto (ad eccezione delle sentenze di improcedibilità rese dal GIP ex art. 26 o 27 d.P.R. 448/88, in quanto sono pronunciate comunque a favore del minore).

In materia l'ordinanza n.330/2003 della Consulta ha chiarito che la specializzazione del Tribunale per i Minorenni è data proprio dalla composizione che favorisce l'incontro del sapere giuridico con il sapere sociale, onde poter individuare la migliore soluzione possibile per il recupero del minore che viene processato.

"Il tribunale per i minorenni - si legge nella relazione del Consiglio superiore della magistratura per il 1971 sullo stato della giustizia - fu istituito proprio perché si ritenne che il minore, spesso portato al delitto da complesse carenze di personalità dovute a fattori familiari, ambientali e sociali, dovesse essere valutato da giudici specializzati che avessero strumenti tecnici e capacità personali particolari per vagliare adeguatamente la personalità del minore al fine di individuare il trattamento rieducativo più appropriato". Questa Corte - che già nella sentenza n. 25 del 1964 aveva osservato come la giustizia minorile abbia una particolare struttura "in quanto è diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni" - ha fatto in proposito richiamo, nella sentenza n. 46 del 1978, alla "necessità di valutazioni del giudice fondate su prognosi ovviamente individualizzate in ordine alla prospettiva di recupero del minore deviante", nell'ambito di quella "protezione della gioventù", che trova fondamento nell'ultimo comma dell'art. 31 della Costituzione (sentenza Corte costituzionale n. 222/1983).

La norma in oggetto, in violazione dell'art. 25 Cost., non prevede alcun intervento del Tribunale minorile, lasciando il potere inibitorio al Questore e l'eventuale impugnativa dinanzi agli organi della giustizia amministrativa.

d) Art. 27 co.2 che afferma il principio di presunzione di non colpevolezza fino alla sentenza irrevocabile

Nella specie la sentenza non è divenuta irrevocabile, per cui va presunta la non colpevolezza del minore; in ogni caso la norma ritiene sufficiente per il provvedimento inibitorio addirittura la mera denuncia da parte degli organi di polizia, in palese contrasto con il principio costituzionale di cui trattasi.

e) Art. 27 co. 3 che enuncia il principio della funzione rieducativa della pena

Detto principio che vale per tutti, sia maggiori che minori d'età, assume una portata di certo più vasta in ambito minorile, in quanto comporta l'obbligo dello Stato di provvedere al reinserimento sociale del minore che sia entrato in area penale.

"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» (sentenze

n. 143 del 1996, n. 182 del 1991, n. 128 del 1987, n. 222 del 1983 e n. 46 del 1978), anzi su «prognosi particolarmente individualizzate» (sentenza n. 78 del 1989), questo essendo «l'ambito di quella protezione della gioventù che trova fondamento nell'ultimo comma dell'art. 31 Cost.» (sentenze n. 128 del 1987 e n. 222 del 1983): vale a dire della «esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono» (sentenza n. 125 del 1992) [sentenza Corte cost n. 90/2017]

Di certo la norma in questione non ha una funzione rieducativa, al contrario, risulta maggiormente stigmatizzante per il minorenni, favorendone il mantenimento nell'area penale in luogo della fuoriuscita dalla stessa.

f) Art. 111 Cost. che afferma il diritto del minore al *giusto processo*

Il minore con l'istituto del consenso, che è stato riconosciuto legittimo dalla Consulta con la sentenza n.195/2002, è divenuto responsabile attore del processo penale.

L'art. 111 Cost. riconosce anche al minore il diritto al contraddittorio, alla prova ed alla ragionevole durata del procedimento.

Al contrario la norma de qua esclude il minore dal rapporto processuale, in quanto nell'eventuale ricorso alla giustizia amministrativa avverso il provvedimento questoriole, è indirettamente rappresentato dall'esercente, in violazione dell'art. 111 Cost. e delle convenzioni internazionali, come si specificherà di seguito.

g) artt. 10 e 117 Cost. che enunciano l'obbligo dell'Italia di conformarsi alle Convenzioni internazionali sottoscritte

“Per quel che concerne poi le convenzioni che riguardano in particolare la condizione dei minori, appare utile la menzione di alcune importanti proposizioni in esse contenute che hanno riguardo alla materia in esame. Così nella "Dichiarazione dei diritti del fanciullo" della Società delle Nazioni, del 1924, le disposizioni che maggiormente potrebbero riferirsi all'oggetto della questione riguardano (punti 1 e 5) l'esigenza che "il fanciullo deve essere messo in grado di svilupparsi normalmente, materialmente e spiritualmente" e che "deve essere allevato nel sentimento che le sue migliori qualità dovranno essere poste al servizio dei suoi fratelli".

Così ancora è da dirsi per la "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" (ONU, New York, 10 dicembre 1948), secondo cui (punto 25) "la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza"; per la "Dichiarazione dei diritti del fanciullo" (ONU, New York, 20 novembre 1959), in cui si prevede (principio secondo) che "il fanciullo deve beneficiare di una speciale protezione e godere di possibilità e facilitazioni, in base alla legge e ad altri provvedimenti, così da essere in grado di crescere in modo sano e normale sul piano fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale". Analoghi concetti sono espressi nelle "Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile" (ONU, New York, 29 novembre 1985; c.d. Regole di Pechino), le quali prevedono (punto 3) che "un minore è un ragazzo o una persona che nel rispettivo sistema legale può essere imputato per un reato, ma non è penalmente responsabile come un adulto", che (punto 5) "il sistema della giustizia minorile deve avere per obbiettivo la tutela del giovane ed assicurare che la misura adottata nei confronti del

giovane sia proporzionale alle circostanze del reato o all'autore dello stesso" ed ancora (punto 17) che, nell'ambito del processo, la decisione "deve essere sempre proporzionata non soltanto alle circostanze e alla gravità del reato, ma anche alle condizioni e ai bisogni del soggetto che ha delinquito come anche ai bisogni della società", che "la tutela del minore deve essere il criterio determinante nella valutazione del suo caso" e che "la pena capitale non è applicabile ai reati commessi da minori". Analogamente infine è da dirsi per la Convenzione di New York "sui diritti del fanciullo" del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, che, oltre a riaffermare i principi enunciati in precedenza, prescrive all'art. 37 che "Nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti" (sentenza Corte cost. n. 168/1994).

Il sommario elenco delle convenzioni internazionali ricordate nella sentenza della Consulta che ha dichiarato incostituzionale per i minori la pena dell'ergastolo va quantomeno integrato ricordandone altre riguardanti i minori, come il Patto Internazionale sui diritti civili e politici, il Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali di New York del 1966, la Convenzione di Strasburgo del 1966 che riguarda i procedimenti civili, che riconoscono i diritti del minore alla partecipazione sociale e alla partecipazione ai procedimenti che li riguardano.

Per quanto riguarda l'Unione Europea va infine ricordato che l'art. 2 del Trattato di Lisbona (2009) afferma che l'Unione: *"combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore"*.

La norma in questione è palesemente in contrasto, come si specificherà di seguito, con le Convenzioni e gli obblighi assunti dall'Italia in quanto esclude il minore da interventi di sostegno, di recupero e rieducativi; lo esclude ancora dalla partecipazione al procedimento rendendolo mero destinatario di una misura inibitoria.

In particolare va esaminato il problema della partecipazione del minore al procedimento che lo riguarda.

Nell'ambito del diritto sia del CDE sia dell'UE, il diritto di agire in giudizio è un elemento importante dell'accesso alla giustizia, dal momento che i tribunali assicurano la protezione contro le pratiche illecite e sostengono lo Stato di diritto. Nell'ambito del diritto della CEDU, l'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU stabilisce quanto segue: *"Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti"*.

Nella specie la norma in oggetto esclude la partecipazione del minore all'eventuale opposizione dinanzi alla giurisdizione amministrativa.

Trattasi di Autorità Giudiziaria non specializzata per i minori; il minore oltretutto è indirettamente rappresentato dall'esercente solo se quest'ultimo ritenga di proporre opposizione e non ha alcun diritto di essere audito.

Il legislatore con l'art. 13 d.l. 20.2.2017 n.14, convertito in Legge 18.4.2017 n.48, modificato dal d.l. n. 130/2020 ha adottato una norma palesemente inficiata da irragionevolezza, in netto contrasto

con i principi costituzionali e con le convenzioni internazionali che tutelano il minore sottoscritte dall'Italia.

Dobbiamo tutti auspicare un'inversione di tendenza del legislatore che in luogo di adottare misure di prevenzione opti per una politica di educazione e reinserimento.

La prevenzione della radicalizzazione di soggetti minori e di minori adulti in carcere Prospettiva europea

FERNANDA IANNONE

ABSTRACT

“There is not a single reason why young people radicalise. ... There is not a single root cause. Radicalisation [is] a process that [can] occur in any society”, Professor Neumann, Director of the International Centre for the Study of Radicalisation (ICSR) at King’s College London affirmed when addressing the United Nations Security Council.

The aim of this work is to explore some of the facets of the phenomena, underlining that both religious and political movements have similar ways of drawing children and young people into their circle of influence, and that the vulnerability of these age groups to such movements has similar root causes. When looking at the causes of radicalisation, we need to distinguish “pull” and “push” factors, that is factors actively drawing people into extremist movements and those pushing them into such movements. This paper highlights the root causes as observed in the Parliamentary Assembly and how determined by Ombudsman for Children's Rights of the Federation of Wallonia-Brussels, who has been observing the radicalisation of minors for several years, has notably addressed the issue with young people in disadvantaged areas of Brussels, which has attracted much attention following the latest Paris attacks. In this work, afterwards, has been reported two main root causes for their radicalisation: 1) feelings of profound injustice, segregation or marginalisation, often due to exclusion from “mainstream” society and discrimination experienced by themselves or others (for example in accessing higher education or the labour market); and 2) a lack of social purpose and utility.

Some legal instruments and some standards by the Council of Europe legal framework has been identified as leading factors to counter radicalization of minors too.

1. Introduzione

Gli attacchi terroristici commessi da islamisti radicali a Parigi (Francia) il 13 novembre 2015 hanno colpito l'Europa come un'onda d'urto. Gli attacchi francesi sono stati percepiti come un aperto assalto ai valori europei fondamentali della convivenza pacifica in una società multiculturale. Qualcosa era cambiato dall'oggi al domani. Mentre massicci attacchi terroristici avevano colpito altri Paesi Europei, come la Turchia, e paesi vicini, come la Tunisia, nei mesi precedenti molte persone, in particolare nell'Europa occidentale, hanno iniziato a chiedersi se fossero ancora al sicuro nelle loro faccende quotidiane.

Nel novembre 2015, le persone si sono rese conto che gli autori degli attacchi terroristici non erano cittadini stranieri, ma giovani nati e cresciuti in Europa come membri delle comunità europee

e vissuti come cittadini europei. Erano vicini, conoscenti, amici o parenti coinvolti in movimenti estremisti, quindi “radicalizzati”, un processo spesso inosservato da chi li circonda. Dagli ultimi attacchi, funzionari governativi ed esperti hanno iniziato a chiedere un'azione preventiva contro la radicalizzazione giovanile, comprese misure per affrontare le "cause profonde".

Nella sua *Risoluzione 2031 (2015) "Attacchi terroristici a Parigi: insieme per una risposta democratica"* adottata nel gennaio 2015, l'Assemblea parlamentare ha invitato gli Stati membri ad adottare "misure preventive volte a sradicare le cause profonde della radicalizzazione tra i giovani" e "misure per combattere l'emarginazione, l'esclusione sociale, la discriminazione e la segregazione tra i giovani nei quartieri svantaggiati".

Come seguito ed effetto diretto a questo testo, sono state intraprese e definite linee di azione che ritenute politiche efficaci contro la radicalizzazione dei minori.

Si è data priorità alle misure volte a prevenire efficacemente i processi di radicalizzazione, siano essi di natura religiosa o politica, che coinvolgono i giovani e bambini fin dalla tenera età.

A questo fine è stato enucleato come, da un lato, le "cause profonde" della radicalizzazione dei bambini nei vari contesti, senza escludere del tutto i giovani (fino a 24anni), rappresentano le azioni necessarie per evitare che bambini e giovani cadano vittime di movimenti estremisti di qualsiasi tipo che li privano del loro futuro e mettono in pericolo la loro vita e quella degli altri.

Importante è la premessa che la lotta alla radicalizzazione non è rilevante solo per le questioni di sicurezza europee; è fondamentale dal punto di vista dei diritti dei bambini. I bambini e i giovani radicalizzati non sono estremisti “per nascita”. Sono attirati in movimenti estremisti da circoli terroristici viziosi per i quali sono un "bersaglio facile", suscettibili all'influenza di ideologie politiche e religiose che apparentemente forniscono loro un posto significativo all'interno delle loro "comunità" scelte. Nella forma più estrema di radicalizzazione, quella degli "attentatori suicidi", si fa credere ai giovani di essere gli "eroi" di una causa globale, mentre vengono maltrattati per la feroce lotta di ideologi pronti a sacrificare la vita di persone pacifiche.

Per agire rapidamente in seguito ai drammatici eventi dell'inizio del 2015 a Parigi, la commissione europea per gli affari sociali, la salute e lo sviluppo sostenibile ha richiesto la consulenza esterna del Sig. Bernard De Vos, Difensore civico per i diritti dei bambini della Federazione Vallonia-Bruxelles (Belgio), come attraverso un'audizione congiunta di esperti sul tema *"Prevenire l'islamofobia combattendo la radicalizzazione dei giovani"* con la *"No Hate Parliamentary Alliance"* dell'Assemblea nel giugno 2015.

Nel suo lavoro con i bambini e i giovani a Bruxelles, M. De Vos ha identificato due principali cause alla radice della loro radicalizzazione: 1) sentimenti di profonda ingiustizia, segregazione o emarginazione, spesso dovuti all'esclusione dalla società "tradizionale" e alla discriminazione vissuta da loro stessi o altri (ad esempio per l'accesso all'istruzione superiore o al mercato del lavoro); e 2) mancanza di scopo e utilità sociale. Questi sentimenti portano i giovani a sviluppare un interesse per qualsiasi azione sociale loro proposta, anche da leader radicali abili nell'approccio ai giovani in diversi contesti (Internet, comunità, associazioni, centri di detenzione). Molti giovani, in Belgio e altrove, sono discriminati sin dall'inizio nel quadro educativo nazionale e in seguito nelle opportunità di lavoro - uno sviluppo che può certamente essere visto come una bomba a orologeria e una delle principali cause alla radice della radicalizzazione.

Altri giovani si ritrovano stigmatizzati dopo aver lasciato i movimenti radicali e hanno ancora più difficoltà a reintegrarsi nella società. Possiamo quindi vedere che la discriminazione e la radicalizzazione sono due elementi dello stesso circolo vizioso, che prima spinge i giovani verso idee estremiste, poi rende sempre più difficile per loro abbandonare i movimenti estremisti una volta entrati in contatto con loro. In questo contesto, l'ideologia consente spesso ai *giovani di "essere qualcuno"* in un modo apparentemente legittimato da un quadro politico-religioso, e *"il desiderio fondamentale di importare, di essere qualcuno, di avere rispetto [diventa] un elemento chiave nei percorsi verso l'estremismo violento"*.

Per contrastare le dinamiche negative osservate sul campo, gli esperti invocano un discorso pubblico non ambiguo, che indichi chiaramente i movimenti radicali o il terrorismo, ma non li confonda con l'Islam in quanto tale. Il dialogo interreligioso e interetnico dovrebbe andare oltre i rituali religiosi, affrontando abitudini culturali problematiche (come l'educazione del "piccolo principe" per i ragazzi in alcune culture, così come l'eccessivo controllo sociale esercitato sulle ragazze). Come parte della soluzione, le società europee devono rompere questi cicli di svantaggio fornendo pari opportunità a tutti i giovani e combattendo l'"islamofobia" come ad esempio espressa a volte attraverso i mass media. A livello individuale, la resistenza morale dei bambini e dei giovani deve essere rafforzata e dovrebbe essere dato a ciascuno di loro un posto significativo nella società, attraverso l'istruzione e l'occupazione o l'impegno civile. A livello collettivo, il concetto di comunità deve essere rafforzato. La radicalizzazione è principalmente una sfida socioeconomica, con i giovani musulmani che non ricevono le stesse opportunità dei loro coetanei e i crimini d'odio islamofobici in aumento.

Importanti raccomandazioni per prevenire l'estremismo, in particolare l'estremismo politico, sono già state avanzate dall'Assemblea nella risoluzione 2011 (2014) sulla lotta contro le manifestazioni del neonazismo e dell'estremismo di destra. Alla luce degli ultimi attacchi terroristici che sono stati effettuati con una motivazione religiosa estremista, sono state riassunte le tendenze di radicalizzazione guidate da estremisti islamici e che coinvolgono bambini e i giovani in particolare.

Anche la prevenzione della radicalizzazione è stata definita una priorità per il Consiglio d'Europa, come dimostrato dal Comitato dei Ministri nella sua Dichiarazione intitolata *"Uniti attorno ai nostri principi contro l'estremismo violento e la radicalizzazione che porta al terrorismo"*, adottata a Bruxelles nel maggio 2015, che introduce un piano d'azione del Consiglio d'Europa sulla *"Lotta contro l'estremismo violento e la radicalizzazione che porta al terrorismo"*.

Questi documenti servono da riferimento quando si tratta di elaborare le azioni pertinenti che devono essere intraprese dai governi e dai parlamenti nazionali, insieme alla risoluzione del Parlamento europeo del Novembre 2015, mentre per l'azione da sviluppare a livello locale, i recenti testi del Congresso dei poteri locali e regionali del Consiglio d'Europa contengono raccomandazioni utili.

2. Bambini e radicalizzazione

Occorre ricordare che *"I bambini sono ancora in fase di costruzione e sono più facili da influenzare: hanno bisogno di riabilitazione"*.

Sia che si parli di bambini che arrivano già radicalizzati in carcere o se sono particolarmente vulnerabili alla radicalizzazione mentre sono in carcere, il focus del trattamento che ricevono mentre sono in carcere deve essere sulla riabilitazione e non sulla punizione. Se consideriamo i primi bambini che vengono arrestati per reati ordinari, ad esempio furto e crimini associati alla sopravvivenza, perché potrebbero essere vulnerabili alla radicalizzazione in carcere?

È difficile sottovalutare quanto possa essere spaventosa l'esperienza della detenzione per i bambini, per quanto spavalderia possano mostrare. Associarsi a gruppi o individui forti può essere un tentativo opportunistico di trovare sicurezza e protezione. Dato che ciò è opportunistico, è anche possibile che tali rapporti finiscano quando non servono più al loro scopo, cioè quando il bambino lascia la detenzione.

I bambini in alcune giurisdizioni sono ancora regolarmente detenuti insieme agli adulti, il che comporta una moltitudine di rischi, tra cui il rischio di radicalizzazione. La separazione dagli adulti è uno standard essenziale per i diritti umani e da esso deriva l'importanza di un'adeguata registrazione e documentazione delle nascite.

A causa del loro stadio di sviluppo, gli effetti negativi di essere lontani dalla famiglia, dagli amici, dall'istruzione e da un normale ambiente sociale sono molto acuti per i bambini.

Ma il rischio di radicalizzazione non dovrebbe essere sopravvalutato e i normali sentimenti di insicurezza, incertezza e paura all'arrivo in carcere non dovrebbero essere visti attraverso il prisma del rischio di radicalizzazione. Le valutazioni devono essere sfumate ed evitare un'eccessiva semplificazione.

L'attività terroristica e le agitazioni politiche possono porre un enorme stress sui sistemi di giustizia minorile: i bambini possono essere visti come facili bersagli per l'arresto e l'intelligence da parte delle forze di sicurezza; oppure possono essere processati in tribunali per adulti o militari e privati di garanzie cruciali come il loro diritto a un avvocato. Ma se le normali salvaguardie che proteggono i diritti dei bambini in conflitto con la legge si sgretolano di fronte all'attività terroristica e / o vengono messe da parte in nome della sicurezza nazionale, allora dobbiamo chiederci se questo serve a creare ulteriore reclamo e alienazione tra i bambini e i giovani ed è infatti controproducente.

Anche se è stato dichiarato lo stato di emergenza, non è possibile derogare alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e quindi tutte le eccezioni

I regimi giuridici che rispondono al terrorismo devono avere disposizioni esplicite sul trattamento dei minori di 18 anni che devono essere conformi alla Convenzione.

I bambini sono in grado di commettere crimini veramente orrendi e dovrebbero essere ritenuti responsabili ma nel contesto della loro capacità di riabilitazione. Ad esempio, gli standard internazionali stabiliscono chiaramente che i bambini non possono essere soggetti alla pena di morte o all'ergastolo senza prospettiva di libertà condizionale. Le procedure di condanna devono essere individualizzate e proporzionate sia alla natura del reato che alle origini e alle caratteristiche del minore.

Che tipo di misure di prevenzione e lotta potrebbero essere utili per i bambini?

I bambini sono eccezionalmente capaci di riabilitazione. Usiamo molto questo termine e può significare cose diverse, ma alcune delle sue sfaccettature includono: costruire relazioni costruttive basate sulla fiducia con il personale; sviluppare un senso di ottimismo sul futuro del bambino al

momento del rilascio attraverso lo sviluppo dell'istruzione, della formazione e dell'occupazione e dei legami con la famiglia e gli amici (purché ciò sia nell'interesse del bambino). Inoltre, è probabile che ci sia un forte effetto riabilitativo nel mantenere il contatto con altri bambini, il che suggerisce che la segregazione potrebbe non essere benefica. Le decisioni sulla segregazione dovrebbero essere prese sulla base dell'analisi dei rischi.

La riabilitazione dei bambini richiede tempi lunghi. Sebbene l'attenzione allo sport sia spesso l'opzione predefinita, non è sufficiente e occorre anche concentrarsi su arte, teatro e musica.

I radicali prendono di mira i bambini più intelligenti e li preparano a diventare futuri leader.

L'UNICEF ha sottolineato l'importanza della diversione e ha sottolineato che cinque paesi della regione (Giordania, Sudan, Marocco, Tunisia ed Egitto) avevano piani d'azione nazionali per la deviazione. Tale diversione non è un'opzione morbida anche per reati gravi ed è difficile risarcire sia la vittima che la comunità.

Un approccio per prevenire la radicalizzazione che si concentri solo sulla sicurezza non è sufficiente. Qualsiasi approccio deve essere fondato sul diritto e sugli standard internazionali dei diritti umani, sullo Stato di diritto, sulla democrazia e sulla giustizia.

Sono necessarie ulteriori ricerche per analizzare e determinare l'entità e la portata della radicalizzazione nelle carceri di tutto il mondo, nonché la documentazione e la promozione di modelli di buone pratiche.

Contrastare la radicalizzazione e i programmi estremisti violenti dovrebbero far parte di un piano generale di riforma carceraria che includa: garantire che buoni standard di gestione carceraria siano in atto; adeguati sistemi di archiviazione e classificazione; miglioramento delle condizioni e dei servizi carcerari, comprese le infrastrutture e le condizioni di vita; ed efficienti e completi programmi di riabilitazione per i detenuti.

La riforma carceraria non dovrebbe essere trattata isolatamente. Dovrebbe essere sviluppata una strategia di riforma della giustizia penale coerente e globale che rifletta la complessità del sistema giudiziario e la natura e le relazioni interconnesse tra le diverse istituzioni e attori del sistema. La riforma giudiziaria dovrebbe garantire che i detenuti non siano tenuti in custodia cautelare per lunghi periodi di tempo e dovrebbe essere adottata l'adozione di alternative alla reclusione come strumento per ridurre il sovraffollamento carcerario.

Tutte le entità governative impegnate nella prevenzione dell'estremismo violento dovrebbero cooperare strettamente (inclusi polizia, magistratura, procura, carceri, agenzie di intelligence, servizi sanitari, ecc.).

Il personale penitenziario deve essere accuratamente selezionato e formato per essere in grado di riconoscere i segni di radicalizzazione, comprendere e rispondere alle complessità delle misure di reinserimento e riabilitazione, nonché per garantire la propria sicurezza e quella dei detenuti.

Devono essere sviluppati strumenti pertinenti per aiutare la valutazione e la classificazione dei detenuti. Questi dovrebbero tenere conto della capacità e delle risorse disponibili del sistema penitenziario e rispondere al contesto locale e alla dimensione del problema.

È necessario sviluppare programmi di formazione e insegnamento sugli approcci basati sui diritti umani per trattare questo gruppo di detenuti per l'insegnamento nelle accademie carcerarie e nei centri di formazione.

Si dovrebbero sviluppare programmi di riabilitazione e reinserimento sensibili al genere che tengano conto della storia dietro il coinvolgimento delle donne in atti violenti di estremismo, comprese le esperienze personali, come se fossero state oggetto di abusi sessuali o fisici.

Dovrebbero essere sviluppati programmi a misura di bambino per i bambini che potrebbero essere reclutati durante la detenzione o che sono già radicalizzati. Questi programmi devono concentrarsi sulla riabilitazione e sulla protezione dei bambini dallo sfruttamento

3.Prevenire la radicalizzazione dei bambini combattendo le cause profonde.

Gli attacchi terroristici perpetrati in diversi paesi europei e vicini nell'ultimo anno sono stati il risultato doloroso di una tendenza molto preoccupante: la constatazione di un numero crescente di bambini e giovani coinvolti in movimenti estremisti alla ricerca di identità e di un posto significativo nella società. Profondi sentimenti di ingiustizia e frustrazione per la loro esclusione sociale sono tra le principali cause profonde che contribuiscono alla vulnerabilità dei giovani e aumentano la loro disponibilità ad aderire a gruppi estremisti, a volte violenti, che offrono loro un'apparente finalità sociale.

4.La posta in gioco: minori coinvolti in movimenti radicali ed estremisti

"Non c'è una sola ragione per cui i giovani si radicalizzano. ... Non c'è una sola causa principale. La radicalizzazione [è] un processo che [può] verificarsi in qualsiasi società ", ha affermato il professor Neumann, direttore del Centro internazionale per lo studio della radicalizzazione (ICSR) al King's College di Londra, rivolgendosi al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

Occorre esplorare alcune sfaccettature dei fenomeni in modo da preparare il terreno per successive raccomandazioni e azioni volte ad un'azione immediata che sembra tra l'altro essere urgentemente necessaria.

4.1Processi e cause tipici della radicalizzazione

La radicalizzazione può essere definita come *"il processo di supporto o impegno in attività ritenute (da altri) in violazione di importanti norme sociali (ad esempio l'uccisione di civili)"*.

Gli esperti distinguono la radicalizzazione cognitiva e comportamentale a seconda che le idee radicali siano espresse da convinzioni o azioni, nonché da diverse cause di radicalizzazione, comprese le determinanti domestiche (socio-economiche), geopolitiche (l'influenza di eventi internazionali e giustificazione di atti violenti).

Osservando i più recenti attacchi terroristici commessi da islamisti radicali è possibile dedurre che sia i movimenti religiosi che quelli politici hanno modi simili di attirare bambini e giovani nella loro cerchia di influenza, e che la vulnerabilità di queste età e la formazione di gruppi o l'adesione a tali movimenti ha cause alla radice simili.

I servizi nazionali di prevenzione e sicurezza in Belgio hanno notato tre fasi nel processo di "radicalizzazione": 1) una fase di insicurezza, che poi 2) trova espressione nella violenza o addirittura 3) nel terrorismo. Questo tipo di progressione si può osservare sia nei processi di radicalizzazione di ispirazione politica, come nel movimento neonazista *"Blood and Honor"* presente in vari Paesi, sia

nei processi di radicalizzazione “religiosa”. Per entrambi i tipi di radicalizzazione, i fattori individuali e sociali giocano un ruolo. All'origine, la persona in questione soffre spesso di sentimenti di ingiustizia o frustrazione, ad esempio a causa della sua discriminazione sociale o della mancanza di opportunità socioeconomiche. Nella radicalizzazione politica, le esperienze personali, come gli alterchi con le minoranze che costituiscono facili capri espiatori (stranieri, omosessuali, ecc.), Un contesto familiare svantaggiato o la perdita del lavoro possono accentuare l'impatto dell'ideologia su una persona vulnerabile.

Il carattere sociale di alcuni movimenti e raduni politici, che coinvolgono sia attività comunitarie (concerti, feste, seminari) che distrazioni (alcol, droghe), facilita l'accettazione dei valori di un movimento politico e dissipa il possibile sospetto nei confronti dell'ideologia trasmessa. I sentimenti di solidarietà, la pressione dei pari e il carattere segreto degli incontri spingono ulteriormente i giovani verso movimenti estremisti e, a lungo termine, li isolano dagli altri social network, generando così la motivazione a commettere atti violenti per conto di questa comunità adottiva.

I processi di radicalizzazione "religiosa" si svolgono in modo simile, ma includono anche la ricerca dell'identità religiosa e la volontà di impegnarsi per determinate cause collettive, ad esempio per rendere giustizia ai membri della comunità che soffrono all'estero. Sorprendentemente, in molti casi, i giovani sono piuttosto laici prima di entrare nei processi di radicalizzazione, che spesso avvengono all'interno di reti sociali informali di amici e colleghi e poi sui social media. Un fattore importante di tali processi sembra essere la presenza di una persona carismatica che tiene discorsi persuasivi, in luoghi religiosi, scuole, università, carceri o attraverso i social media.

Quando si esaminano le cause della radicalizzazione, dobbiamo distinguere i fattori “pull” e “push”, cioè fattori che attirano attivamente le persone verso movimenti estremisti e coloro che le spingono verso tali movimenti. Tra i "fattori di attrazione" si collocano gli stessi movimenti estremisti come "seduttori", l'ideologia che offrono alle nuove reclute e i loro metodi per convincere le persone, spesso bambini e giovani, vulnerabili e influenzabili. Dato che gran parte della costruzione dell'ideologia, ma anche del reclutamento stesso, sta avvenendo in paesi lontani o tramite Internet e social media, e che le risorse finanziarie sono messe a disposizione da organizzazioni extraeuropee (come il gruppo terroristico noto come "*Daesh*"), questi fattori devono essere affrontati da forze dell'ordine e servizi di intelligence altamente specializzati.

I "fattori di spinta" per la radicalizzazione sarebbero fattori endogeni legati alle condizioni di vita dei bambini e dei giovani in Europa e che possono renderli vulnerabili a diventare vittime di movimenti estremisti o addirittura terroristici e, infine, a essere sfruttati da loro. Gli attacchi terroristici in Francia hanno attirato l'attenzione su questi fattori, che sono certamente tra i primi ad essere affrontati da un'azione pubblica e privata all'interno degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Naturalmente i fattori “endogeni” ed “esogeni” sono strettamente collegati quando i minori vengono reclutati come combattenti per conflitti stranieri. Tuttavia, il nostro principale interesse personale deve essere concentrato su ciò che si può fare per ridurre la vulnerabilità di questi bambini e impedire che si radicalizzino, quindi i fattori endogeni di tali processi.

Lo studio del Parlamento europeo del 2014 su "*Prevenire e contrastare la radicalizzazione giovanile nell'UE*" ha confermato che varie cause, comprese le cause profonde che risalgono

all'infanzia, potrebbero portare le persone a radicalizzarsi. Ha anche dimostrato che lo Stato, attraverso le condizioni di vita interne e la politica estera, potrebbe - in una certa misura - contribuire al contesto in cui alcune persone sono state coinvolte nei movimenti estremisti. In questo contesto, gli esperti hanno raccomandato di parlare di "escalation" e "de-escalation" invece di utilizzare la nozione di radicalizzazione (spesso vista come una strada a senso unico).

4.2 Processi di radicalizzazione religiosa: osservazioni generali fatte in tutta Europa

La radicalizzazione dei minori è una questione di crescente preoccupazione sia in Europa che in Nord America. Nel Regno Unito, probabilmente il contesto più ricercato in questo campo, come riportato dal professor Abbas della Fatih University (Istanbul) nel giugno 2015, ci sono state diverse ondate di "jihadismo". conflitti: 1) negli anni '80 in Afghanistan e Kashmir; 2) dal 1990, legato alla prima guerra del Golfo, in Iraq; e 3) anche negli anni '90, in Bosnia. L'attuale ondata di "jihadismo" è iniziata all'indomani della Primavera araba e riguarda in particolare Siria e Iraq. Il fenomeno ha attirato l'attenzione di analisti e ricercatori sin dagli anni '80, ma all'epoca non era né riconosciuto né penalizzato dalla legge britannica.

La situazione è cambiata dopo gli eventi dell'11 settembre 2001 a New York, con la "guerra al terrorismo" che ha portato a limitazioni delle libertà civili e ad una presa più stretta su attività considerate legate al terrorismo. Nel Regno Unito, le persone coinvolte nelle prime ondate di "jihadismo" erano musulmani di seconda generazione di origine sud-asiatica (pakistani e bengalesi). Per lo più provenivano da ambienti urbani, spesso da ambienti svantaggiati in città impoverite, con limitate opportunità e aspirazioni socio-economiche. La discriminazione, derivante da sentimenti anti-immigrati e anti-musulmani, ha colpito ulteriormente alcune comunità, in particolare le classi lavoratrici e quelle con un background educativo povero, e ha reso i giovani ancora più vulnerabili alle influenze esterne.

Gli esperti che lavorano in altri paesi, come il Belgio, non sono necessariamente in grado di identificare un profilo tipico per i giovani fondamentalisti. I giovani "radicalizzati" in Belgio sembrano spesso provenire da contesti socio-economici diversi e avere diversi livelli di istruzione; tuttavia, hanno tutti in comune un profondo sentimento di ingiustizia nei loro confronti individualmente o nelle loro comunità (comunità talvolta intese da una prospettiva globale). Ciò potrebbe spingerli a esprimere la loro solidarietà con alcune "grandi cause" espresse dall'estremismo religioso o politico all'estero (vedi focus sulle cause profonde di seguito).

In particolare, i giovani di origine arabo / nordafricana-musulmana nell'Europa occidentale molto spesso sembrano ricevere segnali di essere diversi e inferiori dalle persone nei loro ambienti sociali e non riescono a integrarsi nella società, essendo ancora considerati immigrati dopo molti anni (o generazioni) di residenza. In questi casi, l'estremismo religioso, ma anche la delinquenza, possono essere un modo per manifestare la loro differenza. Può anche essere una forma di protesta contro i limiti delle espressioni della società principale legate alle credenze religiose (come il velo integrale, la festa del sacrificio o il digiuno durante il mese di Ramadan). Il loro crescente interesse per l'ideologia e l'azione radicali spesso consente a questi giovani di proiettare la colpa delle loro sofferenze sulla società

A questo punto, vorrei richiamare un'attenzione particolare sui lavori dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa su "Combattenti stranieri in Siria e Iraq", che ha condotto un'analisi dettagliata di alcune delle cause alla base che spingono i giovani a impegnarsi come combattenti stranieri, comprese le loro condizioni sociali e la ricerca dell'identità. Nella risoluzione adottata, l'Assemblea ha espresso in particolare la sua preoccupazione per il crescente flusso di combattenti stranieri, uomini e donne provenienti da tutta Europa che si recano in Siria e Iraq per unirsi a gruppi estremisti violenti che commettono crimini contro i cittadini europei e le popolazioni locali dei paesi di destinazione, rilevando che più di 20000 combattenti stranieri si erano uniti a organizzazioni militanti in questi due paesi, quasi un quinto dei quali erano residenti o cittadini di paesi dell'Europa occidentale (principalmente Francia, Regno Unito, Germania, Belgio e Paesi Bassi, nonché Svezia e Danimarca in proporzione alla loro popolazione complessiva relativamente piccola)

L'Assemblea ha inoltre giustamente richiamato l'attenzione sulla tendenza più preoccupante di giovani donne sempre più attratte da organizzazioni terroristiche come "Daesh". Dei 3000 migranti occidentali stimati, si stima che circa 550 siano donne e ragazze. Nota C'è stato un aumento significativo del numero dalla dichiarazione del "califfato" nel 2014. Delle 550 donne occidentali, circa 70 erano tedesche, 63 -70 francesi, 60 britannici, 30 olandesi e 14 austriaci. Nota Molto spesso il loro ruolo non consiste nel combattere nel conflitto ma piuttosto nel sostenere indirettamente l'organizzazione terroristica, ad esempio reclutando nuovi sostenitori. La sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) nel 2012 sottolinea quanto sia importante essere consapevoli della radicalizzazione femminile e che i fattori di radicalizzazione sono spesso simili per uomini e donne, ragazzi e ragazze.

Sebbene la disponibilità dei dati vari notevolmente in Europa, studi specifici per paese confermano le tendenze generali e i fattori determinanti, come un recente studio sulla Bosnia-Erzegovina, in cui 156 uomini, 36 donne e 25 bambini sono stati osservati in viaggio in Siria (dicembre 2012-dicembre 2014). Tra le cause principali di questo movimento, gli esperti hanno identificato una rapida erosione dei valori socio-culturali nel paese postbellico, la percezione della violenza e dell'ideologia come le uniche misure disponibili per l'autoaffermazione e protezione e un significativo tasso di disoccupazione del 44% nel complesso e il 63% per i giovani (il più alto al mondo), rendendo i giovani (15-24 anni) un gruppo particolarmente mirato.

Anche 25 paesi dell'Europa orientale hanno familiarità con il fenomeno del radicalismo islamista, dopo l'indipendenza dall'Unione Sovietica. In alcuni di questi paesi, come l'Azerbaijan, si è assistito in particolare all'ascesa di significative comunità salafite basate su un'interpretazione estremista dell'Islam e su una divisione settaria di diverse denominazioni islamiche (sunnita e sciita). I movimenti radicali nel paese cercano regolarmente di reclutare cittadini azeri, compresi i giovani, come combattenti in conflitti stranieri, come in Iraq e Siria.

4.3 L'islamofobia come fattore aggravante

L' Islamofobia, definita come *"ostilità infondata nei confronti dei musulmani, e quindi paura o antipatia per tutti o la maggior parte dei musulmani"* non è una delle cause profonde della radicalizzazione, ma può essere un fattore aggravante in alcuni cerchi che conducono le persone a movimenti estremisti. La radicalizzazione e l'islamofobia sono quindi strettamente interconnesse e sono il prodotto dello stesso contesto sociale in molti paesi. Tutti noi osserviamo regolarmente

dichiarazioni false e disinformazione riguardanti i musulmani europei. I riflettori sul terrorismo e l'estremismo distolgono la nostra attenzione dalla vita dei musulmani comuni, che vivono come cittadini pacifici in tutta Europa. È anche importante notare che i musulmani nati in Europa sono minimamente coinvolti nel "*jihadismo*" violento, considerando che i musulmani rappresentano dal 5% al 10% della popolazione anche nei paesi occidentali come Danimarca, Francia, Germania, Paesi Bassi o il Regno Unito.

Per quanto riguarda il Regno Unito, il professor Abbas della Fatih University di Istanbul, ha sostenuto che l'islamofobia era emersa solo in tempi recenti. In precedenza, non esisteva un concetto reale di una comunità musulmana nel Regno Unito, ma piuttosto di una comunità di origine asiatica, con poca connotazione religiosa. Oggi, tuttavia, l'islamofobia è una minaccia reale e concreta, nonostante gli sforzi per contrastarla nei media e nelle sfere politiche. A livello globale, gli ultimi decenni hanno visto l'emergere di una tesi sullo "scontro di civiltà", con crescente incomprensione tra mondo occidentale e Paesi musulmani. In questo contesto, alcuni giovani musulmani che non hanno una precisa comprensione dell'Islam potrebbero considerare il "jihad" come una forma di salvezza, fornendo empowerment attraverso atti che la loro radicalizzazione rende giustificabile. Molto recentemente, e sia alla luce degli ultimi attacchi terroristici che della crisi dei rifugiati, sembra che l'islamofobia e l'incitamento all'odio nei confronti dei musulmani più in generale, e dei migranti in particolare, siano accolti dai movimenti terroristici internazionali dato che rendono ancora più ricettive le persone a discorso estremista.

In questo contesto, l'attuale crisi dei rifugiati e dei migranti che l'Europa sta affrontando a seguito, tra le altre cause, dei conflitti violenti apparentemente senza fine in Siria e Iraq, è un altro sviluppo delicato. Vari paesi europei attualmente assistono a un aumento di atteggiamenti e atti anti-immigrati e spesso anti-musulmani, come quelli del febbraio 2016 in Germania, dove autobus e campi profughi sono stati attaccati da folle piccole ma furiose che protestavano contro il loro arrivo. Sono destinate ad alimentare ulteriormente l'emarginazione dei giovani di origine immigrata e, di conseguenza, la loro sensibilità al discorso estremista. Mostrano anche come i movimenti estremisti di diversa estrazione, religiosa e politica, possano essere strettamente legati gli uni agli altri.

4.4 Internet come luogo di reclutamento

Una ricerca internazionale condotta dall'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO) ha recentemente confermato che Internet è stata sempre più adottata da gruppi estremisti violenti, che utilizzano questa tecnologia per promuovere l'odio e la violenza su basi etniche, religiose e culturali, per reclutare giovani e creare comunità on-line di portata globale, in cui incoraggiare visioni e comportamenti estremisti violenti, contribuendo in tal modo ai processi di radicalizzazione. Come osserva l'UNESCO, Internet è diventato uno strumento strategico per migliorare la visibilità e l'influenza dei gruppi che sostengono il settarismo e prosperano come comunità virtuali anche se sviluppano una presenza offline ai margini della società. È quindi importante che la comunità internazionale giunga a una più chiara comprensione del ruolo di Internet come strumento di reclutamento per l'estremismo e la radicalizzazione e successivamente crei strumenti efficaci in risposta.

5. Risoluzione Consiglio d'Europa, 2103 (2016) Prevenire la radicalizzazione dei bambini e dei giovani combattendo le cause profonde (dibattito in Assemblea il 19 aprile 2016 (13a seduta))

La radicalizzazione dei giovani non è un fenomeno nuovo: i bambini e i giovani, costruendo la propria identità e cercando uno scopo, hanno maggiori probabilità di essere attratti da idee e movimenti radicali di diverso tipo (politico, ideologico o religioso) rispetto alle persone in altri gruppi di età. Alcuni di quelli radicalizzati si rivolgono alla violenza, con conseguenze dannose, come ha dimostrato la storia.

Il fenomeno della radicalizzazione "autoctona" ha visto un aumento significativo negli ultimi anni. I giovani, compresi molti minori, sensibili al discorso ideologico e all'apparente "senso di scopo sociale" offerto loro dalle organizzazioni radicali, sono trascinati in movimenti estremisti coinvolti in conflitti violenti, ad esempio in Siria e Iraq, e che compiono atti terroristici, anche in Europa.

L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha preso in carico direttamente questi sviluppi, rilevando come la prevenzione sia la soluzione chiave.

L'opera di prevenzione, consistente nell'impedire ai bambini ed ai giovani di rivolgersi a movimenti estremisti deve iniziare in tenera età, quando si formano valori e convinzioni. Le strategie di prevenzione, de-radicalizzazione e riabilitazione devono essere rivolte all'individuo nel suo contesto specifico, essere complete e basate su partnership locali multi-agenzia.

L'incitamento all'odio, l'islamofobia e la discriminazione nei confronti dei giovani di origine musulmana o delle comunità musulmane in quanto tali (compresi i rifugiati che arrivano in Europa) contribuiscono all'esclusione e possono rafforzare ulteriormente la radicalizzazione religiosa dei bambini e dei giovani. Sebbene la risposta europea alle attività terroristiche debba essere fornita in modo altamente mirato da agenzie specializzate, in particolare a mezzo validi servizi di informazione, magistratura e servizi di contrasto, le cause endogene alla radice dovrebbero essere affrontate a livello nazionale e, in particolare, locale, all'interno dell'ambiente di vita quotidiano dei bambini e dei giovani. Una delle sfide principali è quella di prevenire e de-radicare la loro esclusione sociale fin dall'inizio per garantire che godano di un accesso pieno ed equo a standard di vita dignitosi e diritti sociali, compresa l'istruzione e la formazione.

Le strategie pertinenti devono rispettare i diritti umani e le libertà fondamentali per evitare di incitare ulteriore risentimento.

L'Assemblea Parlamentare evidenzia quindi come il credo religioso e la fede svolgano un ruolo estremamente importante nella vita di innumerevoli cittadini in tutti gli Stati membri e si aggiungono al pluralismo e alla diversità nella nostra società, e, a tale riguardo, essa rimanda ulteriormente al contenuto dei diritti sanciti dagli articoli 9 e 2 del Protocollo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (STE n° 9). L'Assemblea ribadisce che il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione è inerente a qualsiasi vera concezione di una società democratica. Pertanto, nell'agire per contrastare le tendenze della radicalizzazione, le autorità degli Stati membri devono garantire il rispetto di questi diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (STE n° 5).

Alla luce di queste preoccupazioni, l'Assemblea parlamentare invita gli Stati membri del Consiglio d'Europa,

per quanto riguarda l'inclusione sociale attraverso l'istruzione e la formazione:

- a fornire a tutti i bambini e i giovani pari opportunità, prospettive di vita e un senso di scopo sociale, nonché prospettive per la mobilità sociale;

- ad educare i bambini ed i giovani alla cittadinanza democratica ed ai valori europei, anche incoraggiando la loro partecipazione a tutte le decisioni che li riguardano e fornendo loro gli strumenti per adottare un approccio critico alle informazioni e per riflettere attentamente su ciò che leggono e viene detto;

- ad attuare misure specifiche per rendere le scuole sicure e libere dal bullismo e da altre manifestazioni di pregiudizio, discriminazione, segregazione e ogni forma di violenza;

- a sviluppare l'insegnamento della storia delle questioni religiose insistendo sulla dimensione orientata alla pace delle religioni, sensibilizzando gli insegnanti e ampliando il curriculum in questo settore;

per quanto riguarda le strategie mirate:

- a sostenere le famiglie di giovani radicalizzati, nonché istituzioni dedicate e organizzazioni della società civile, nominando referenti locali e sviluppando programmi mirati per finalità di prevenzione, de-radicalizzazione e riabilitazione, seguendo approcci di genere, in modo da tenere conto del crescente numero di ragazze e donne radicalizzate;

- a sviluppare contro-narrazioni basate sui racconti di persone che hanno lasciato movimenti estremisti o terroristici, mettendo in evidenza la responsabilità di tutti nella società di contrastare l'estremismo;

- a offrire una formazione specifica per tutte le parti coinvolte (forze dell'ordine, assistenti sociali, organizzazioni non governative, famiglie), fornendo loro gli strumenti per prevenire la (ulteriore) radicalizzazione dei bambini a rischio;

- a condurre campagne di sensibilizzazione del pubblico e a creare programmi specifici per i funzionari governativi per combattere l'islamofobia;

- a incoraggiare le comunità religiose ad adottare un approccio preventivo più forte, sottolineando la dimensione pacifica delle religioni, e a svilupparle ulteriormente

- a sostenere attivamente la de-radicalizzazione dei giovani che abbandonano i movimenti estremisti, facilitando la loro riabilitazione per evitare che vengano utilizzati come “moltiplicatori” per cause terroristiche;

- ad attuare programmi specifici per i giovani nelle carceri;

- a promuovere partenariati multi-stakeholder basati sulla fiducia reciproca, con chiari "firewall" tra la segnalazione e i servizi di supporto;

- a registrare, monitorare e conservare informazioni e statistiche affidabili sui crimini di odio islamofobo commessi all'interno dello Stato e rendere tali rapporti pubblicamente disponibili;

per quanto riguarda le politiche urbane:

- investire nel miglioramento dei quartieri svantaggiati e delle loro infrastrutture sociali e, in particolare, garantire l'attuazione della Raccomandazione del Comitato dei Ministri CM / Rec (2015) 3 agli Stati membri sull'accesso dei giovani dei quartieri svantaggiati ai diritti sociali;

per quanto riguarda l'azione sociale e il dialogo più in generale:

- a facilitare il dialogo tra le comunità religiose e le famiglie per identificare i bambini e i giovani a rischio e per promuovere la comprensione e il rispetto reciproci tra e all'interno delle religioni;

- a sviluppare campagne di sensibilizzazione e prevenzione e misure mirate contro l'islamofobia e altre forme di incitamento all'odio che possono rafforzare ulteriormente i circoli viziosi di discriminazione e sfiducia tra i sistemi politici e religiosi che alimentano l'estremismo;

- a sostenere il lavoro delle associazioni delle vittime del terrorismo e di altre organizzazioni della società civile volte a sensibilizzare i bambini e i giovani sul pericolo di radicalizzazione;

per quanto riguarda i media più sicuri e le politiche Internet:

- a incoraggiare le famiglie e le scuole ad educare i bambini all'uso di Internet per renderli consapevoli dei contenuti estremisti e critici nei confronti dei metodi manipolatori utilizzati dalle organizzazioni radicali;

- ad adottare misure legali per combattere i crimini islamofobi e altri crimini ispirati dall'odio, che possono essere alimentati dall'incitamento all'odio sui social media;

- a combattere la diffusione della propaganda radicale e dell'incitamento all'odio tramite Internet, i social media e altri mezzi di comunicazione rafforzando i meccanismi di allerta;

- a vietare per legge, in conformità con l'articolo 20 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, qualsiasi incitamento alla violenza, in particolare attraverso i media;

per quanto riguarda le forze dell'ordine e i servizi di intelligence:

- a creare sistemi per identificare e facilitare lo scambio di informazioni su persone radicalizzate e condannati al fine di monitorare i loro movimenti attraverso i confini europei e prevenire crimini futuri, nel rispetto dei loro diritti umani e libertà fondamentali.

Accorato è l'invito dall'Assemblea Parlamentare rivolto agli Stati membri:

- a firmare, ratificare e attuare, se non lo hanno ancora fatto, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo (STE n ° 196) e il suo Protocollo aggiuntivo (STCE n ° 217);

- a sostenere ed attuare il Piano d'azione del Consiglio d'Europa *sulla "Lotta contro l'estremismo violento e la radicalizzazione che porta al terrorismo (2015-2017)"*,

- le Linee guida per i servizi carcerari e di libertà vigilata in materia di radicalizzazione ed estremismo violento adottate dal Comitato dei Ministri nel marzo 2016,

- la Strategia del Consiglio d'Europa per i diritti dell'infanzia (2016-2021), che mira anche a prevenire la radicalizzazione dei bambini;

- a scambiare informazioni e buone pratiche in merito alle migliori strategie e strumenti volti a prevenire la radicalizzazione, deradicalizzare i giovani interessati e riabilitare i rimpatriati dai conflitti stranieri e dalle organizzazioni estremiste.

L'Assemblea esorta i leader religiosi a intensificare gli sforzi per impedire ai giovani di diventare strumenti di violenza e terrore.

6. Radicalizzazione alla luce degli standards europei negli strumenti del Consiglio d'Europa

La lotta al terrorismo a livello del Consiglio d'Europa è sostenuta da un solido quadro giuridico che comprende la Convenzione sulla prevenzione del terrorismo (STE n ° 196) e il suo Protocollo

addizionale (STCE n ° 217), il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla Criminalità informatica, relativa alla criminalizzazione di atti di natura razzista e xenofoba commessi attraverso sistemi informatici (STE n ° 189), nonché altri testi. Sebbene negli ultimi anni siano stati compiuti buoni progressi per quanto riguarda l'adesione e l'attuazione di questi strumenti, è deplorabile che non si sia tenuto conto delle raccomandazioni importanti dell'Assemblea parlamentare, come quelle espresse nel parere 289 (2015) sul progetto di protocollo aggiuntivo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo in cui era stato proposto un riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia.

Oltre al dibattito su "Attacchi terroristici a Parigi: insieme per una risposta democratica" nel gennaio 2015, l'Assemblea ha già espresso la sua preoccupazione per la crescente diffusione di discorsi di odio, soprattutto in ambito politico e su Internet, nonché -partiti politici sull'immigrazione e movimenti populisti ed estremisti, e ha incoraggiato gli Stati membri a sviluppare strategie e piani d'azione specifici in queste aree.

Il Piano d'azione del Consiglio d'Europa su "La lotta all'estremismo violento e alla radicalizzazione che porta al terrorismo (2015-2017)", adottato dal Comitato dei Ministri nella 125a Sessione a Bruxelles il 19 maggio 2015, invita gli Stati membri a rafforzare il quadro giuridico contro il terrorismo e l'estremismo violento e per prevenire e combattere la radicalizzazione violenta attraverso misure concrete nel settore pubblico, in particolare nelle scuole e nelle carceri, e su Internet. Tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa dovrebbero essere invitati a sostenere l'attuazione di questo piano d'azione, anche rafforzando il loro quadro giuridico e misure più specifiche adottate a livello nazionale nei settori dell'istruzione, delle carceri e di Internet.

Un'ulteriore azione a livello del Consiglio d'Europa, degna di essere menzionata qui e interessante come fonte di ispirazione per l'azione nazionale, comprende attività nel campo dell'istruzione (in particolare sulle competenze per la cultura democratica, il dialogo interculturale e l'accesso all'istruzione e all'occupazione per rifugiati e migranti) sull'intolleranza e la discriminazione (ad esempio attraverso la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI)). In questo contesto, vorrei in particolare sottolineare l'importanza della campagna "No Hate Speech Movement" che è stata prorogata fino al 2017. L'Assemblea ha fortemente sostenuto questa iniziativa negli ultimi anni, e continuerà a farlo attraverso il suo "*No Hate Parliamentary Alliance*", una rete con la quale la mia commissione ha collaborato strettamente alla preparazione di questa relazione. Sono in corso ulteriori iniziative a livello del Consiglio d'Europa per quanto riguarda la partecipazione dei bambini, come il lavoro svolto da 1200 scolari su "*tolleranza e convivenza pacifica*" per il Forum mondiale per la democrazia di Strasburgo nell'autunno 2016.

In vista dell'azione locale contro la radicalizzazione, il Congresso dei poteri locali e regionali del Consiglio d'Europa ha adottato una Strategia per combattere la radicalizzazione a livello di base nel gennaio 2015 e l'ha completata nel settembre 2015 attraverso le sue Linee guida per autorità sulla prevenzione della radicalizzazione e delle manifestazioni di odio a livello di base. Raccomanda strategie locali multi-agenzia, la creazione di partenariati locali per la sicurezza, la considerazione dell'istruzione come un vettore importante, il coinvolgimento della società civile, lo sviluppo di programmi di uscita per coloro che desiderano abbandonare l'estremismo, nonché l'assegnazione delle

necessarie fondi nei bilanci locali per consentire il finanziamento sostenibile dei programmi di prevenzione

Infine, degno di nota, l'evento organizzato dal Centro europeo per l'interdipendenza e la solidarietà globale (Centro nord-sud) del Consiglio d'Europa, con il sostegno dell'Unione europea, nell'ambito del programma "Verso una governance democratica rafforzata nel Mediterraneo meridionale": il Forum di Lisbona 2015 su *"Come combattere la radicalizzazione e il terrorismo: strumenti di prevenzione e conoscenza condivisa nel Mediterraneo e nello spazio europeo"*, tenutosi a Lisbona il 3 e 4 dicembre 2015. Nelle loro conclusioni, i partecipanti alla conferenza hanno sottolineato il rafforzamento della governance democratica e la promozione della partecipazione dei cittadini a livello locale come salvaguardia contro la radicalizzazione e il terrorismo, sottolineando l'importanza dell'istruzione, del dialogo interculturale, delle società inclusive e degli approcci multi-agenzia nelle comunità locali.

Infine, raccomandazioni specifiche sono state formulate anche dal Parlamento europeo attraverso la sua risoluzione del 25 novembre 2015 sulla prevenzione della radicalizzazione e del reclutamento di cittadini europei da parte di organizzazioni terroristiche, che richiede un'azione che includa varie misure repressive e di contrasto. In conclusione il Parlamento europeo e il suo relatore, l'eurodeputata francese Rachida Dati, che è necessaria una risposta severa e veramente europea.

La libertà di espressione è un diritto fondamentale protetto dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (STE n° 5) e uno dei fondamenti delle società democratiche e pluralistiche. In quanto tale, è applicabile non solo alle idee che sono accolte favorevolmente, ma anche a quelle che possono offendere, scioccare o disturbare lo Stato o la popolazione, come espresso dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ("la Corte").

Questa libertà fondamentale deve, ovviamente, rispettare gli altri diritti fondamentali e i diritti degli altri; si può quindi ritenere necessario prevenire e sanzionare tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio basato sull'intolleranza.

A mio avviso, questo include espressioni fatte da movimenti radicali contro le società democratiche e i loro valori fondamentali, ma comprende anche qualsiasi espressione di odio contro i movimenti religiosi presenti in Europa (come "Islamofobia", vedi sopra). Tuttavia, come confermato dalla giurisprudenza della Corte, qualsiasi "restrizione" o "sanzione" imposta nella sfera della libertà di espressione deve, ovviamente, "essere proporzionata allo scopo legittimo perseguito".

7. Buone pratiche da parte delle organizzazioni della società civile

In regolare collaborazione con il Congresso dei poteri locali e regionali, il Forum europeo per la sicurezza urbana (Efus) ha svolto negli ultimi anni una serie di attività volte a rafforzare le capacità delle autorità locali di fronte al fenomeno dell'estremismo violento, e continuerà a proporre sessioni di formazione per le autorità locali nel 2016. Il 18 novembre 2015 ad Aarhus (Danimarca), il Forum ha organizzato una conferenza sulla prevenzione della radicalizzazione che porta all'estremismo violento, con il cosiddetto "Dichiarazione di Aarhus", sottolineando il ruolo chiave delle autorità locali nell'attuazione di strategie anti-radicalizzazione e nella creazione di sistemi di allerta precoce. L'occasione ed il richiamo sono propizi per sottolineare l'importanza degli attori della società civile per raggiungere i bambini e i giovani nel loro ambiente quotidiano, come verranno mostrati anche

alcuni dei seguenti esempi di buone pratiche. È quindi evidente che le strategie anti- o de-radicalizzazione, in particolare a livello locale, devono seguire approcci multi-stakeholder.

7. Esempi di buone pratiche osservate in diversi Stati membri

Approcci interessanti alla de-radicalizzazione si possono trovare, ad esempio, nel Regno Unito, come la "West London Initiative" (WLI). Nota La WLI è una ONG che lavora in prima linea nella deradicalizzazione con giovani di origine musulmana a rischio di sviluppare convinzioni estremiste propagate da ideologi estremisti. Gli obiettivi dell'agenzia sono i convertiti, i musulmani di seconda e terza generazione nati e cresciuti nel Regno Unito e le loro famiglie. In stretta collaborazione con le agenzie governative, il WLI persegue un'ampia gamma di obiettivi volti a garantire la partecipazione dei giovani alla società tradizionale e a costruire ponti per il dialogo e le iniziative pacifiche. A livello nazionale, il programma Channel sostiene i pannelli locali e i loro partner nel quadro del Counter-Terrorism and Security Act 2015 (il CT&S Act). I dati raccolti per questo programma hanno mostrato in che misura i bambini sono colpiti da processi di radicalizzazione: delle 796 persone riferite al programma del governo per un possibile intervento, 312 sono risultate minori di 18 anni

Altri paesi, come la Francia, hanno ampliato gli approcci preventivi sulla scia dei recenti attacchi terroristici. Mentre il Centro privato di prevenzione dei derivati settari legati all'Islam (Centre de prévention contre les dérives sectaires liées à l'Islam (CPDSI)) è operativo da diversi anni, la creazione di centri pubblici di deradicalizzazione è stata varie volte annunciata dal governo francese

Utili strategie di prevenzione si trovano, ancora una volta, in Belgio, dove nel 2013 è stato adottato un programma federale per la prevenzione della radicalizzazione violenta (per attuare la pertinente strategia e piano d'azione dell'Unione europea del 2005). Il programma belga si basa su sei pilastri: 1) migliorare la consapevolezza generale sulla radicalizzazione; 2) un piano d'azione contro le frustrazioni che potrebbero portare alla radicalizzazione; 3) aumentare la resistenza morale dei gruppi vulnerabili; 4) supporto alle autorità locali; 5) coinvolgimento delle comunità e delle diaspore; e 6) la lotta alla radicalizzazione su Internet. Nota

Anche diverse autorità locali in Belgio hanno utilizzato approcci interessanti, come la città di Verviers, che ha istituito un'unità di prevenzione composta da esperti di radicalizzazione, psicologi e assistenti sociali, nonché una piattaforma per la concertazione multidisciplinare tra tutti i servizi interessati (polizia, magistratura, servizi di sostegno ai giovani, esperti di radicalizzazione, scuole e associazioni giovanili)

Nel 2014, il ministero norvegese della giustizia e della sicurezza pubblica ha presentato un piano d'azione contro la radicalizzazione e l'estremismo violento, specificando linee d'azione complete, inclusa una sezione sulla prevenzione della criminalità internazionale (in particolare nel contesto dei paesi nordici) e la prevenzione della radicalizzazione e del reclutamento via Internet. Per quanto riguarda questi ultimi, una maggiore presenza della polizia è specificamente raccomandata per prevenire discriminazioni, molestie e incitamento all'odio e per aumentare le conoscenze su come agire contro esperienze indesiderate su Internet.

Secondo uno studio dell'Unione europea del 2010, la Danimarca era considerata un "paese guida" in materia di de-radicalizzazione e disimpegno. Nel 2009, il Paese ha presentato la sua prima

strategia nazionale per prevenire la radicalizzazione e l'estremismo, sia di destra che di sinistra, nonché l'islamismo militante. Come altre iniziative, il piano ha avuto una forte attenzione ai contatti diretti e al dialogo con i giovani vulnerabili (ad esempio nelle aree svantaggiate, carceri, ecc.) E ai partenariati locali. Sebbene siano passati alcuni anni da questo studio, possiamo certamente considerare che la Danimarca è tra i paesi pionieri in questo settore, come dimostra anche una conferenza del 2012 organizzata sotto la presidenza danese dell'UE.

Naturalmente, molti Paesi hanno intrapreso un'azione esemplare e di vasta portata, ma non potrò citarli tutti qui. Tuttavia, sulla strada per prevenire efficacemente la radicalizzazione dei bambini e dei giovani in tutta Europa, saranno essenziali scambi di buone pratiche a livello di governo, parlamento, autorità locale e società civile; e in qualità di parlamentare impegnato per i diritti e la protezione dei bambini, sono profondamente impegnato nella promozione di tali scambi.

8. Combattere efficacemente la radicalizzazione dei bambini e dei giovani - raccomandazioni degli esperti

Organizzazioni ed esperti internazionali affrontano la questione della radicalizzazione dei bambini e dei giovani da diverse angolazioni. L'approccio più pratico è sicuramente seguito da esperti che lavorano nel campo con i minori. Alcuni degli elementi più convincenti contro la radicalizzazione infantile e giovanile sono stati quindi, a mio avviso, presentati dal difensore civico belga che ha chiesto la seguente serie di misure, abbastanza esauriente:

- combattere la discriminazione, la segregazione e l'emarginazione (e conseguenti sentimenti di ingiustizia) dei bambini di ogni estrazione etnica e socio-economica;
- fornire a tutti i bambini e i giovani pari opportunità, prospettive di vita e un senso di scopo e utilità sociale, nonché prospettive per la mobilità sociale;
- utilizzare l'istruzione come risorsa per l'integrazione dei bambini fin dalla tenera età, anche attraverso un'educazione specifica alla cittadinanza democratica;
- prevenire situazioni familiari "disfunzionali", in particolare coinvolgendo le donne come principali "educatrici" dei bambini in famiglia;
- costruire vere e proprie partnership a livello locale mobilitando le capacità delle comunità locali invece di isolarle, e "pacificando" i rapporti tra i giovani e le istituzioni che li servono (scuole, polizia, servizi sociali e altri), anche creando famiglie comprendere lo scopo di tali istituzioni;
- evitare la stigmatizzazione di bambini e giovani che in precedenza erano coinvolti in movimenti radicali;
- evitando generalizzazioni verbali e attacchi contro l'Islam, superando un'eccessiva attenzione ai simboli religiosi (e avviando un dialogo interreligioso su questioni essenziali e in un contesto favorevole al pluralismo religioso) e distinguendo l'Islam come religione mondiale separata dai movimenti religiosi estremisti, come il terrorista gruppo noto come "Daesh";
- monitorare continuamente i movimenti radicali ma evitando la "definizione di profili etnici" nelle forze dell'ordine.

Nella sua presentazione Commissione nel giugno 2015, Federico Ragazzi dell'Università di Leida (Paesi Bassi), uno degli autori dello studio del Parlamento europeo, ha aggiunto che una delle principali sfide nella lotta alla radicalizzazione giovanile è stata l'attuale assenza di una chiara

divisione ("firewall") tra il lavoro di integrazione sociale e il lavoro di polizia (cioè coloro che aiutano non dovrebbero segnalare). Per combattere efficacemente la radicalizzazione giovanile, gli esperti dell'UE raccomandano ulteriormente di migliorare la raccolta dei dati, esaminare l'impatto sui diritti umani delle politiche anti-radicalizzazione, ricostruire la fiducia nelle istituzioni democratiche esistenti, evitare limiti alle libertà fondamentali che possono provocare ulteriore radicalizzazione, definire regole e limiti chiari per la polizia e l'intervento di intelligence (ad esempio limitare la segnalazione tra pari) e basare l'azione giudiziaria su atti commessi (e non previsti).

9. Conclusioni e raccomandazioni

Attraverso le prime strategie internazionali, così come le analisi degli esperti, possiamo vedere che la radicalizzazione dei bambini e dei giovani è un fenomeno sociale complesso del 21 ° secolo.

E' utile sottolineare ancora una volta l'importanza di lavorare con bambini e giovani sin dalla tenera età. Per combattere efficacemente la radicalizzazione, è importante orientare i giovani nelle loro scelte di vita prima che decisioni cruciali influenzino il loro sviluppo socio-economico e mentre le loro identità e opinioni politiche sono ancora in via di sviluppo.

L'istruzione e l'occupazione sono aspetti chiave dell'inclusione sociale: una qualità essenziale per dare un posto significativo nella società a tutti i bambini e i giovani, per consentire loro di assumere la proprietà dei valori fondamentali delle società europee e di essere consapevoli dei rischi di essere attirati in movimenti radicali attraverso Internet e i social media.

La sensibilizzazione e il dialogo dovrebbero essere promossi in tutte le società europee: dialogo interpersonale tra i bambini, le loro famiglie e altri educatori, il dialogo e la comunicazione tra gli Stati che combattono congiuntamente l'aumento dei movimenti radicali, i gruppi e ostacolano il movimento transfrontaliero di terroristi e, ultimo ma non meno importante, il dialogo interreligioso che lotta per la coesistenza pacifica invece di combattere violentemente altri sistemi politici, sociali e religiosi.

L'efficacia dell'azione preventiva contro la radicalizzazione aumenta notevolmente quando queste azioni sono svolte in stretta collaborazione con le popolazioni destinatarie. Le strategie anti- e de- radicalizzazione devono essere guidate dalle autorità e dalle comunità locali e dalle famiglie e dai coetanei dei giovani. Tutti questi stakeholder devono essere coinvolti come partner e non come "clienti" di approcci teorici e top-down. In varie istituzioni, le persone di riferimento dovrebbero essere appositamente formate sulle tendenze della radicalizzazione e sulle strategie di de radicalizzazione per aiutarle a interagire con i bambini nel loro ambiente quotidiano.

Non dobbiamo dimenticare che stiamo anche osservando un aumento generale delle idee estremiste nelle nostre società. Diversi paesi europei stanno attualmente registrando un aumento dei partiti e dei movimenti politici estremisti, sia in un contesto di crisi economica duratura che per l'arrivo massiccio di rifugiati che chiedono asilo. La lotta contro le idee estremiste non ha solo lo scopo di proteggerci dagli attacchi terroristici, ma è a vantaggio delle nostre società in quanto tali, preservando i più alti standard di democrazia e diritti umani. Potremmo quindi sentirci tutti preoccupati per l'elenco delle misure incluse nel progetto di risoluzione.

C'è certamente la necessità di trovare il giusto equilibrio tra l'azione repressiva che previene ulteriori crimini da parte di movimenti "religiosi" o politici (" cause profonde "esogene") e un'azione

comunitaria preventiva che eviti la discriminazione e l'abuso dei giovani vulnerabili. Tuttavia, credo fermamente che una lotta impegnata contro il terrorismo internazionale debba essere vigile sul rispetto dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto. Le strategie anti-radicalizzazione in tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa devono essere accompagnate da misure contro l'islamofobia e altre forme di incitamento all'odio che, se lasciate incontrollate, potrebbero rafforzare ulteriormente i circoli viziosi di discriminazione e la sfiducia tra i sistemi politici e religiosi che alimentano gli estremisti.