

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



3/4 2019 • 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 Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Giuseppe Liguori

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

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

Rivista fondata da Mario Covelli

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

ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

INDICE

L'EDITORIALE

Per un insegnamento critico del diritto

SERGIO MOCCIA

5

L'OPINIONE

Due (e più) ragazzi morti

ANTONIO CAVALIERE

8

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

Tutela dei diritti umani e scienze sociali: aspetti problematici dell'integrazione con la scienza penalistica

FRANCESCO SCHIAFFO

11

Pene e misure di sicurezza dopo il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»

FRANCESCO SCHIAFFO

28

DIRITTO
PROCESSUALE

Premesse culturali del sistema multilivello delle fonti che regolano il processo penale europeo

FABIANA FALATO

42

Il «Codice Rosso»: verso una tutela effettiva?

CRISTINA MONACO

52

GIUSTIZIA
MINORILE

Il cyberbullismo. Prospettive criminologiche e giuridico-penali a partire dalla l. 17/2017

MARTA LAMANUZZI

67

Il «doppio binario penitenziario» nel sistema minorile sotto la scure della corte costituzionale

ILARIA PICCOLO

100

L'EDITORIALE

Per un insegnamento critico del diritto

SERGIO MOCCIA

La necessità dell'indagine culturale, ma anche storica, che sembra ovvia per ogni espressione di civiltà, di tanto in tanto viene messa in discussione per lo studio e, quindi, la conoscenza del diritto in nome di esigenze "pratiche", al cui assolvimento, invece proprio una solida impostazione storico-culturale offre contributi decisivi.

Ma anche la scelta "pratica" deriva, più o meno consapevolmente, da un'opzione culturale. Quella che considera appunto la funzione e la finalità pratica del diritto come prevalenti rispetto ad altre valutazioni dello stesso, sino al punto di bandire quelle valutazioni che non riguardano esclusivamente la sua utilizzazione immediata. Questo assunto è falso: la dimostrazione è agevole.

È vero che l'utilizzabilità è consentanea al diritto, ma in misura non più ampia, più esclusiva, diversa di quella propria di altre attività teoriche, si pensi ad esempio alle conoscenze matematiche e scientifico-naturali, per le quali la dimostrazione sarebbe fin troppo semplice.

L'utilizzabilità di una determinata forma di conoscere, o del classificare non esclude né il conoscere né il classificare, né la valutazione teoretica, conoscitiva di questa attività. Valga un esempio: i manuali di grammatica o di sintassi non sono la lingua, scritta o parlata, ma offrono regole ed esercizi che consentono di conoscerla e di perfezionarla.

Alla stessa stregua uno studio manualistico-precettistico del diritto offre una conoscenza solo parziale del diritto e serve, più o meno consapevolmente a formare una classe di interpreti, tendenzialmente acritica e supinamente osservante.

Lo studio meramente manualistico-precettistico normalmente ignora i problemi di metodo, le implicazioni intra ed extrasistematiche, i dubbi, le esitazioni nelle scelte, i problemi teorici – dalla cui soluzione derivano concrete opzioni – che altri scritti, e quindi altri pensatori, si sforzano di risolvere. In genere, i manuali si limitano a registrare, con ritardo, le risposte di costoro, per applicarle nel migliore dei casi nella formulazione di nuove regole rivolte alla pratica: la conoscenza di ciò è ben poco rispetto alla conoscenza del diritto. E questo senza negare la necessità, l'utilizzabilità dei manuali che nulla toglie, però, al valore culturale di una lingua o al pregio della difficile disciplina della ricostruzione integrata del fenomeno giuridico.

Lo studio meramente manualistico-precettistico vale, rispetto a quello che illustra, esattamente come lo studio di un codice, di un regolamento, di un manuale per le udienze, di un prontuario delle tasse e delle imposte che elenchi le forme i modi e i termini di pagamento di ciascuna.

L'utilizzabilità indubbia di opere giuridiche create a questo unico, o prevalente, fine, non tocca la necessità della conoscenza, della valutazione del pensiero giuridico, il quale riflette determinati aspetti, ovviamente sempre concreti, di una civiltà nella vita sociale.

Che, a sua volta, il diritto possa e debba essere utilizzato, è fuori discussione; ma la funzione pratica è condizionata ed esaltata dalla conoscenza teorica e, quindi, storica: del pari non si può abolire o negare lo studio della lingua, solo perché comunemente si parla, o dell'economia solo perché i relativi rapporti sono sempre in atto ed essenziali alla vita sociale.

L'esperienza della pratica è la storia sua in sede conoscitiva, la valutazione del come si è giunti a quegli accorgimenti, della sua utilizzabilità, della sufficienza o insufficienza nel caso concreto. L'azione nasce dall'esigenza pratica specifica che soddisfa realizzandosi, ma la sua valutazione si pone su un piano diverso, si compie con un giudizio storico-teoretico.

Lo studio teorico-culturale del diritto è, dunque, l'unico possibile in una facoltà giuridica ove si formano - o si dovrebbero - giovani che pensano, ma non è un'alta scuola professionale per l'addestramento agli impieghi, alle professioni: l'innegabile e lamentata mancanza di tali scuole non è motivo per chiedere all'università quanto essa non può dare in luogo di quel che essa dovrebbe offrire - facendolo ancora in maniera insufficiente - alla società postmoderna: giovani pensanti, con propria personalità, la mancanza dei quali è tanto più grave per la complessità sempre crescente della società contemporanea e per gli inquietanti sviluppi involutivi che ad essa cominciano a connettersi.

L'OPINIONE

Due (e più) ragazzi morti

ANTONIO CAVALIERE

ABSTRACT

This paper contains a brief commentary about two cases of young rubbers killed by policemen.

Due ragazzi napoletani sono morti. Tutti e due sono stati uccisi dalle forze dell'ordine mentre stavano commettendo una rapina. In entrambi i casi, non erano armati: la pistola era finta. Basta parlare di murales: parliamo di questo.

Una rapina è un reato piuttosto grave, rivolto contro il patrimonio, ma con violenza alla persona o minaccia. Certo, non è uno stupro, non è un sequestro di persona, non è una lesione personale che ti manda all'ospedale... No, in una rapina 'classica' ti minacciano e ti prendono il cellulare, l'orologio, il portafogli. Ma è pur sempre un reato predatorio che fa paura; e ciò va detto chiaramente, perché qualcuno – per indulgenzialismo o per comunanza di 'subcultura' - potrebbe essere tentato di banalizzarlo, visto che si tratta di un fenomeno di criminalità giovanile diffuso, purtroppo, nel nostro territorio.

Tuttavia, una rapina commessa senz'armi non è un reato contro la vita e una pistola finta non può uccidere. Invece i due ragazzi sono stati uccisi.

Ognuno di essi aveva una famiglia che ora è distrutta. E non cambia nulla che quella famiglia sia composta da persone incensurate o condannate, delinquenti comuni o camorristi; è ugualmente distrutta, per sempre. La vita di un ragazzo resta un valore assoluto e la sua morte è sempre una tragedia che dovrebbe suscitare *pietas*, anche se è morto mentre stava commettendo una rapina. Già duemila anni fa si è insegnato addirittura: "Ama il tuo nemico".

Quando un ragazzo viene ucciso, i fatti vanno accertati. Non solo i familiari hanno diritto a conoscere la verità, a chiedere "verità e giustizia", ma è preciso interesse di tutti noi che sia accertato se l'agente ha operato in modo lecito o ha ecceduto rispetto ai confini di una legittima difesa propria e/o altrui. E se ha ecceduto, occorre stabilire se quell'eccesso va scusato e dunque non è punibile, oppure è inescusabile, colposo o addirittura doloso, e quindi punibile.

In ipotesi del genere, l'uccisione difficilmente può essere giustificata, ma quasi certamente sarà scusata. Un ragazzo senz'armi – l'arma, infatti, è finta – non può uccidere; e uccidere chi non può nuocere all'incolumità altrui non è proporzionato. Ma l'agitare un'arma finta può far cadere il poliziotto in errore e indurlo a sparare, ed un tale errore va scusato, a meno che non sia evitabile, alla luce delle circostanze presenti, conosciute o conoscibili dal poliziotto.

Ne sono sicuro: anche per un poliziotto che abbia sparato quando non era, in realtà, necessario né proporzionato, la morte del ragazzo è una tragedia.

E sappiamo tutti come nascono queste tragedie. Il ragazzo cresce in un ambiente familiare, culturale e sociale difficile e diseducativo. Gli ingredienti possono essere diversamente dosati, ma sono sempre quelli. Fallimento scolastico; povertà e disoccupazione; etichettamento legato al quartiere, alla famiglia e al ceto sociale; carenza di interventi socioassistenziali; primato di modelli

‘culturali’ consumistici – il nuovo telefonino, le scarpe griffate – frustranti per chi non ha i mezzi per seguirli, in una società sempre più diseguale; e modelli narcisistici/egoistici – la sostituzione della socialità con il microcosmo virtuale, il videogame amico/nemico come ossessione fin dall’infanzia - , quando non proprio illegali (“ma che buona / questa dolce droga”, canta un *trapper*); coinvolgimento da parte di adulti, fin da piccoli, in attività criminose.

Immagino l’accusa di ‘sociologismo’ da parte di chi non vuole accettare il dato arcinoto per cui certi fenomeni criminali trovano precise corresponsabilità nella società. E non vuole accettarlo perché - al di là, magari, di un po’ di beneficenza fatta occasionalmente - non vuol cambiarla, questa realtà sociale ed economica.

Quelle corresponsabilità, sia chiaro, non escludono la responsabilità del ragazzo che delinque. Però devono essere ben presenti a chi si indigna tanto per i murales e dà vita ad una campagna di ‘legge ed ordine’, seguita da interventi delle pubbliche autorità volti a ripristinare la legalità in città... sbiancando dipinti ed eliminando altarini e scritte abusivi; anche se ricordano altri più o meno ‘cattivi’ ragazzi uccisi, magari da camorristi. Un’enfasi sulla tolleranza zero ‘grafica’, che appare miope e di facciata, surrogando risposte ben più urgenti sul territorio.

Si sostiene che quei giovani uccisi rischino di diventare modelli di condotta. Avrei qualche dubbio; ad ogni modo, ritrarre un ragazzo morto chiedendo “verità e giustizia”, ottenendo prima la necessaria autorizzazione, non mi pare significhi tessere l’elogio di un rapinatore. Piuttosto denuncia sentimenti con cui dobbiamo fare i conti, agendo sulle cause. Ma l’intolleranza tende a non ammettere distinzioni e ad estendersi ai dissenzienti che le operano.

Il vero recupero della legalità passa per un efficace contrasto della criminalità, specie violenta ed organizzata; ciò richiede il ricorso alla giustizia penale, ma soprattutto radicali interventi economici, sociali, culturali di ampio respiro, delle istituzioni pubbliche e dei privati di ‘buona volontà’. Solo se si agirà in questo modo, portando avanti seriamente, e non solo sui muri, una cultura della legalità, in difesa dei diritti di tutti e specialmente dei più deboli, si potranno forse piangere meno ragazzi morti; altrimenti, qualcuno tornerà a rappresentare su quei muri il proprio dolore, e crescerà il rancore per chi pretende di cancellarlo d’autorità.

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Tutela dei diritti umani e scienze sociali: aspetti problematici dell'integrazione con la scienza penalistica

FRANCESCO SCHIAFFO

ABSTRACT

The integration of juridical-criminal science and social sciences risks exposing the necessary protection of fundamental rights to what Michel Foucault defined as disciplinary powers. It is therefore necessary to define and affirm a new limit for criminal law science.

SOMMARIO: 1. Verso un «nuovo modello» di scienza penalistica integrata: la proposta di Baratta. - 2. La politica criminale, «arte o scienza che sia»: il tecnicismo giuridico di Arturo Rocco. - 3. La misura della distanza: politica criminale e sistema giuridico nella prolusione sassarese. - 4. La “gesamte Strafrechtswissenschaft” di Franz von Liszt: la politica criminale in funzione esclusiva *de lege ferenda*. - 5. I postulati metodologici dell'integrazione *de lege lata* tra diritto penale e politica criminale: la *teleologische Begriffsbildung* di ispirazione neokantiana. - 6. La critica di Hans Welzel: le *sachologische Strukturen* per non «passare impavidi sopra i dati più terrificanti della realtà». - 7. L'integrazione *de lege lata* nelle proposte di Claus Roxin ed Alessandro Baratta: la affermazione della prioritaria e necessaria competenza criminologica del penalista. - 8. La dimensione giuridica di una scienza sociale: politica criminale e stato sociale di diritto. - 8.1. La politica criminale nella «unità dialettica» dello stato sociale di diritto. - 8.2. Un nuovo «insormontabile limite»: la funzione dei divieti costituzionali tra macrofisica della sovranità (punitiva) e microfisica delle discipline (criminologiche). - 8.3. Oltre la politica criminale: i diritti umani per un «nuovo modello» di integrazione tra criminologia e scienza penalistica. - 9. «Solo l'uomo è scopo in sé stesso»: la necessità di strategie per la prevenzione primaria degli ostacoli che limitano «di fatto» libertà, uguaglianza e partecipazione. - 10. La politica criminale nei principi costituzionali del diritto penale.

1. «Se questo è però il rapporto di dipendenza del discorso giuridico dalla scienza sociale nell'ambito della prassi teorica contemporanea, 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. Questo deve essere considerato non solo nella realtà normativa esistente (e quindi nelle più o meno vaste opzioni politiche consentite nella interpretazione e nella costruzione dogmatica di essa) ma anche nella sua ampia trasformabilità nel quadro costituzionale e quindi nell'ampia dinamica dei rapporti sociali di produzione che esso prevede e indica.

L'indicazione del momento tecnico-giuridico e della sua dipendenza dalla scienza sociale nell'ambito di un nuovo modello integrato di scienza penalistica vuole essere tutt'altro che una capitis diminutio del giurista, tutt'altro che una sua riduzione a tecnico della società. Al contrario essa vuole suscitare la coscienza di una nuova dignità scientifica dell'attività del giurista, indicando chiaramente la sede in cui questa dignità deve poter realizzarsi. Egli sarà scienziato, e non mero tecnico, nella misura in cui egli finalmente diventerà uno scienziato sociale e sosterrà con la sua scienza la sua opera di tecnico»¹.

Così, nel 1975, Alessandro Baratta proponeva un nuovo modello di scienza penalistica, radicalmente alternativo a quello definito, sessantacinque anni prima, da Arturo Rocco nel manifesto del tecnicismo giuridico.

2. Nella prolusione sassarese del 1910 Arturo Rocco, considerando «*la produzione scientifica contemporanea del diritto penale*», aveva rilevato lo «*stato generale di incertezza della scienza nostra. Essa va vagolante, dubita di sé e dei suoi fini, per quasi, ancora, cercare sé stessa. E così corrono oggi tra le mani di tutti trattati o monografie e articoli, così detti di diritto penale in vista di taluno dei quali c'è da domandarsi, tra l'altro, se una scienza che si chiama diritto penale, sia, o non sia, una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della statistica, della sociologia, della filosofia, della politica; tutto, insomma, qualche volta, tranne che del diritto*»².

Come nelle fondamentali affermazioni scientifiche espresse in contributi che interpretano l'evoluzione e la situazione del relativo ambito di ricerca per poi proporre svolte epocali, l'omaggio al dubbio segna l'*incipit* di una delle citazioni più rappresentative della proposta di Arturo Rocco e la assimila, sotto questo limitato profilo, a quella, successiva, di Baratta: «*Così essendo, o noi ci sbagliamo, o non c'è altro rimedio che questo: rimedio semplicissimo, almeno ad enunciarlo: tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto [...] positivo vigente, il solo che l'esperienza ci addita e il solo che possa formare l'oggetto di una scienza giuridica, quale la scienza del diritto penale è, e quale [...] deve e vuol rimanere. Nel tempo stesso accentuare sempre più la distinzione, non dico già la separazione, della scienza giuridica penale, dalla antropologia, dalla psicologia, dalla sociologia ed anche dalla filosofia del diritto e dalla politica criminale, arte o scienza che sia*»³.

3. La distanza tra le due proposte può essere misurata con il 'metro' della politica criminale: definizione di "finalità ed opzioni" per ogni livello dell'attività del giurista per Baratta, «*arte o scienza che sia*» per Rocco.

Resta, però, nella prolusione sassarese di Arturo Rocco il fondamentale e costante riferimento alle premesse ed alle implicazioni sistematiche di ogni discorso giuridico-penale.

Scienza giuridica, infatti, non è il «*puro, gretto e materiale commento esegetico della lettera legislativa! Eppure codesto errore è, più che non si creda, comune alla massima parte dei penalisti,*

¹A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. crim.*, 1975, 7 ss., 55 s. (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

²Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (1910), in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, 263 ss., 266 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

³Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 274 s. (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

specialmente appartenenti alla schiera dei pratici, cui il difetto di attitudine speculativa, la mancanza di abito scientifico, l'inettitudine e l'inabitudine all'astrazione impediscono di andare oltre, più del meschino e pedestre esame del documento legislativo. Il commento puramente esegetico, delizia di certi scrittori, per lo più da dozzina, preso in sé e per sé, è una forma di prodotto letterario scientificamente inferiore».

Piuttosto, «lo studio esegetico è soltanto una parte» perché occorre «quell'altra ricerca che la scienza del diritto penale ha da compiere e che dicemmo essere la ricerca dogmatica [...], ricerca – come la parola stessa ci dice – dogmaticamente descrittiva ed espositiva dei principi fondamentali del diritto positivo nella loro logica e sistematica coordinazione»⁴.

Se, dunque, il costante riferimento di ogni attività dell'interprete è il sistema giuridico complessivo, evidentemente Rocco, quando considera la politica criminale «arte o scienza che sia», ritiene che nessuna delle disposizioni del sistema complessivo del “diritto positivo vigente” a cui vuole che ci si tenga «religiosamente e scupolosamente attaccati» ovvero nessuno «dei principi fondamentali del diritto positivo nella loro logica e sistematica coordinazione» possa essere interpretato e rielaborato in termini di principio o direttiva di politica criminale: nella sua prospettiva, infatti, solo a queste condizioni è possibile affermare con coerenza la «distinzione» («non [...] già la separazione»!) tra diritto penale e politica criminale.

La statura indiscussa del Maestro del tecnicismo giuridico appare sufficiente ad escludere ogni dubbio sulla reale preclusione del sistema giuridico dell'epoca ad esplicite valutazioni politico-criminali.

4. «Il diritto penale è l'insormontabile limite della politica criminale»: è l'affermazione ben nota di Franz von Liszt che, nello stesso contributo, segue immediatamente l'immagine, altrettanto nota, del codice penale come «magna charta del delinquente»⁵.

Ne risulta evidente la collocazione di diritto penale e politica criminale su posizioni raffigurate in termini non molto diversi da quelli tracciati da Arturo Rocco, quando precisava la sua proposta di una «distinzione», definendola in esplicita alternativa - e, quindi, in contrapposizione - ad una «separazione»; anche l'idea di «limite», infatti, esclude implicitamente ma chiaramente quella di una «separazione» in quanto allontanamento reciproco dei due ambiti disciplinari.

Resta, in ogni caso, al di fuori di ogni dubbio che, nella prospettiva *de lege lata* a cui evidentemente si riferiscono queste sue considerazioni, anche per von Liszt il diritto penale non va assolutamente confuso con la politica criminale.

Non può sorprendere, dunque, l'affermazione di Arturo Rocco secondo cui «il Liszt (i cui contributi agli studi di psicologia, di sociologia e di politica criminale lo fanno certamente non sospetto di ignoranza o trascuranza di queste scienze) è tuttavia tra gli scrittori recenti, uno dei più caldi fautori del tecnicismo giuridico nel diritto penale e uno dei più strenui difensori della separazione della scienza del diritto penale (intesa come scienza pratica del diritto penale positivo

⁴ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 299 s. (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

⁵ F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, vol. II, 75 ss., 80.

vigente), *dalla politica criminale, e quindi, dalla sociologia, dalla antropologia e dalla psicologia criminale*»⁶.

Ad una considerazione più attenta, però, risulta evidente che Rocco, riferendosi a von Liszt, rappresenta il rapporto tra scienza del diritto penale e politica criminale usando termini diversi e, a momenti, persino contraddittori rispetto a quelli precedentemente proposti.

In particolare emerge evidente una contraddizione nelle parole del Maestro italiano del tecnicismo giuridico laddove, da un lato, la distanza tra diritto penale e politica criminale sembra aumentare trasformandosi dalla «*distinzione*», precedentemente affermata, in una «*separazione*» che prima, invece, era esplicitamente negata.

D'altra parte, inoltre, si afferma che «*nulla impedisce*» ad «*uno dei più caldi fautori del tecnicismo giuridico [...] di riunire la scienza del diritto penale e la politica criminale sotto il comune denominatore di “universa scienza del diritto penale” (gesamte Strafrechtswissenschaft)*»⁷.

Evidentemente il riferimento è al *Marburger Programm* del 1882, ulteriormente elaborato e precisato nella successiva produzione scientifica di Franz von Liszt fino alla prolusione berlinese del 1899, dove sono chiaramente definiti i compiti fondamentali della *gesamte Strafrechtswissenschaft*⁸.

In sintesi, essi risultano schematicamente così definiti:

«*I. Come compito pedagogico di formazione dei criminalisti pratici:*

1) *attraverso l'insegnamento logico-giuridico in diritto e procedura penale (“scienza giuridico-penale in senso stretto”)*

2) *attraverso l'istruzione tecnico-pratica nell'accertamento del fatto (“criminalistica”)*

II. Come compito scientifico la spiegazione causale:

1) *del delitto (“criminologia”)*

2) *della pena (“penologia”)*

III. Come compito politico lo sviluppo della legislazione nel senso di una consapevole lotta al delitto, in particolare anche, ma non esclusivamente, attraverso la pena e le norme ad essa collegate (“politica criminale”)»⁹.

In esplicito riferimento alla politica criminale, nella stessa prolusione berlinese von Liszt aveva precedentemente affermato che «*anche questo compito non è nuovo. I sostenitori della scienza del diritto penale non si sono mai spaventati ad utilizzare la parola per biasimare il diritto vigente, chiedere la sua riforma, elaborare, criticare e migliorare progetti di legge*»¹⁰.

La sua funzione, dunque, è limitata alla critica ed alla riforma della legislazione penale, ovvero in una prospettiva rigorosamente circoscritta a valutazioni *de lege ferenda*: in prospettiva *de lege lata*, il diritto penale resta, dunque, l'«*insormontabile limite della politica criminale*» e nessuna integrazione è prevista tra le due discipline.

⁶ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 278 nota 4 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

⁷ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 278 nota 4 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.). Per una considerazione del pensiero di Arturo Rocco adeguata alla sua reale complessità e ben diversa dalla immagine consolidata del tecnicismo giuridico cfr., per tutti, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 6 ss.

⁸ F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft* (1899), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., 284 ss.

⁹ F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, cit., 296.

¹⁰ F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, cit., 294.

5. Una integrazione *de lege lata* tra diritto penale e politica criminale sarà proposta, invece, nel 1970 con il *Berliner Programm* di Claus Roxin.

In questa prospettiva si tratta, evidentemente, di lavorare con il diritto positivo vigente e diventano, pertanto, prioritario il problema esegetico e decisivo il ruolo dell'interprete.

Come Arturo Rocco ed Alessandro Baratta, anche Roxin si preoccupa di radicare la sua proposta nella evoluzione storica del proprio ambito di ricerca: «*La metodologia del neokantismo assiologicamente orientata, che negli anni Venti ebbe il predominio scientifico, 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*» parziali in cui, tuttavia, «*risiedono importanti principi che permettono l'introduzione di finalità politico-criminali nel lavoro dommatico*»¹¹.

Il riferimento è al metodo per la *teleologische Begriffsbildung*, condiviso e sostenuto dai giuristi tedeschi di ispirazione neokantiana nei primi decenni del XX secolo.

Al tramonto del dominio culturale che aveva trasformato il positivismo scientifico in una «*religione laica*»¹² condivisa in moltissimi ambiti scientifici e culturali, con il "ritorno a Kant" - e, in particolare, alla sua teoria della conoscenza¹³ - discipline diverse dalle scienze naturali recuperavano autonomi oggetti di indagine e, dunque, autonome funzioni gnoseologiche.

In particolare, era espressamente riconosciuto il ruolo esclusivo delle *Kulturwissenschaften* - o *geschichtliche Kulturwissenschaften* -¹⁴ che, a differenza delle scienze della natura, non procedono per progressive generalizzazioni trascurando e tralasciando, di volta in volta, le peculiarità specifiche del singolo dato reale¹⁵, ma selezionano proprio queste ultime secondo i punti di vista - o, meglio, i 'valori di riferimento' - delle singole discipline¹⁶.

È evidente, tuttavia, che non è ad una semplice selezione che Roxin sembra fare riferimento quando afferma che nella «*metodologia del neokantismo assiologicamente orientata [...] risiedono importanti principi che permettono l'introduzione di finalità politico-criminali nel lavoro dommatico*».

La rivoluzione copernicana di Kant riproposta dai neokantiani, infatti, è interpretata nel senso che l'attività di pensiero del soggetto della conoscenza produce o, almeno, rielabora l'oggetto della

¹¹ C. 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., 48 s.

¹² La rappresentazione del positivismo scientifico in termini di "religione laica" è riconducibile alla storica rappresentazione di A. SORMANI, *La nuova religione dell'evoluzionismo*, in *Riv. fil. scien.*, 1889, 513 ss., 522, 539-540.

¹³ H. RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis. Einführung in die Transzendentalphilosophie* (1892), VI ed., Tübingen, 1928, 205; LASK, *Rechtsphilosophie* (1905), in ID., *Gesammelte Schriften*, vol. I, Tübingen, 1923, 275 ss., 308 ss.

¹⁴ H. RICKERT, *Kulturwissenschaften und Naturwissenschaften* (1899), VI-VII ed., Tübingen, 1926, 7, 51, 78 ss.

¹⁵ H. RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften* (1902), II ed., Tübingen, 1913, 236 ss.

¹⁶ Sulle indicazioni fornite da Rickert per l'individuazione dei valori di riferimento e sulla loro funzione di criteri di valutazione che lo storico rende possibile, ma non opera, cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), IV ed., Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo-Hong Kong-Barcelona-Budapest, 1991, 95 ss.

propria indagine¹⁷, trasformandolo ed attribuendogli, sulla base del proprio valore di riferimento, le caratteristiche di forma e figura che, erroneamente, si crede appartengano ad esso già in origine¹⁸.

Risulta allora chiaramente definito il postulato fondamentale della possibilità che, già in una prospettiva *de lege lata*, determinati principi di politica criminale, assunti come *teloi* o valori di riferimento per la elaborazione di concetti giuridici, contribuiscano a configurare, definire e precisare gli oggetti della scienza penalistica.

6. Come è noto, nei primi decenni del XX secolo l'ampia adesione della dottrina penalistica tedesca ai postulati neokantiani dell'elaborazione teleologicamente orientata dei concetti giuridici produsse esiti estremamente significativi nella dommatica del reato.

Ma esiti ben più radicali produssero le successive considerazioni critiche di Hans Welzel che proponevano, invece, una diversa opzione metodologica: «*Quando si è visto nei profondi motivi metafisici tutt'al più dei resti della metafisica precritica, allora si è limitato il concetto di filosofia - per dirla con Kant (Kritik der reinen Vernunft, II ed., p.866) - alla filosofia come "concetto scolastico", cioè ad "un sistema della conoscenza, la quale viene cercata soltanto come scienza" e si rifiutava espressamente una filosofia come "concetto cosmico", nel quale "il filosofo non è soltanto un artista della ragione, bensì il legislatore della ragione umana". Si sostituiva il primato della ragion pratica di Kant con un primato della ragione teoretica, secondo cui "il sistema dei valori comprende completamente la verità nel puro senso di obiettiva validità". Già in questa posizione "scientista" e nel deciso rifiuto di ogni metafisica appaiono i tratti comuni di kantismo e positivismo*»¹⁹.

La citazione è tratta da "*Naturalismus und Wertphilosophie*" del 1935, in cui Welzel ricostruisce e critica le fondamentali opzioni gnoseologiche ed epistemologiche dei giuristi di ispirazione neokantiana.

Sebbene si fossero collocati su posizioni esplicitamente definite in alternativa a quelle dei giuristi che avevano aderito al positivismo scientifico, essi, secondo Welzel, ne condividono comunque la fondamentale opzione naturalistica, ovvero lo stesso concetto di realtà²⁰.

Mentre, però, i positivisti lo accettavano come dogma, i neokantiani, sulla base di un ritorno a Kant che a Welzel appare soltanto parziale²¹, si interrogano sui suoi presupposti categoriali (valori), che, tuttavia, non sono considerati immanenti alla realtà, ma "aderiscono" ad essa grazie all'attività di pensiero del soggetto della conoscenza: non si comprende, secondo Welzel, da dove questi valori derivino e in che cosa, esattamente, consista la loro "adesione" al dato ontico²².

¹⁷ H. RICKERT, *System der Philosophie*, Tübingen, 1921, 183; ID., *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, cit., 246.

¹⁸ H. RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, cit., 361 ss., 367.

¹⁹ H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935, 42; le citazioni di Kant proposte da Welzel sono qui riportate dalla traduzione di Colli: I. KANT, *Critica della ragione pura* (1781, II ed. 1787), trad. it. di G. COLLI, Milano, 1976, III ed., 2001, 811. L'ultima citazione riportata nel brano di Welzel è, invece, tratta da Bruno Bauch, filosofo neokantiano: B. BAUCH, *Wahrheit, Wert und Wirklichkeit*, Leipzig, 1923, 483 ss., 486.

²⁰ In tal senso anche E. BODENHEIMER, *Phänomenologie und Rechtsquellenlehre*, in *Phänomenologie Rechtsphilosophie Jurisprudenz. Festschrift für Gerhart Husserl*, Frankfurt a. M., 1969, 72 ss., 75 s.

²¹ H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., 44.

²² H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., 53.

Si tratta, d'altra parte, di limiti direttamente deducibili dal sistema elaborato da Rickert laddove, enunciando il principio della *Wertneutralität*, definisce la distanza dei valori dal dato ontico e, dunque, un sistema di valori volutamente aperto²³. Sono, infatti, efficacemente ed autorevolmente rappresentative della prospettiva neokantiana le posizioni di Rickert laddove si afferma che «*la filosofia deve determinare tutti i possibili concetti di valore, separarli tra loro e, infine, rappresentare un sistema in cui tutti trovino il loro posto*» e, inoltre, che scegliere i valori non è compito del filosofo che rispetto ad essi deve conservare, invece, un atteggiamento di mera “contemplazione”²⁴.

Anche Welzel – e già nel 1935 - considera Emil Lask tra i massimi e più autorevoli giuristi di ispirazione neokantiana, tanto da assumerlo a riferimento privilegiato delle sue considerazioni critiche.

Le «*argomentazioni di Lask offrono certamente una rappresentazione molto approfondita sul fondamentale atteggiamento spirituale della filosofia dei valori riguardo all'essere ontico che, nonostante il richiamo alla svolta copernicana di Kant, è lontanissimo da quella del Kant metafisico. È una posizione che, nel modo più adeguato, si potrebbe qualificare come “scientista”*: come naturalismo o psicologismo applicano il superiore concetto del meccanicismo causale o della psicologia in ambiti non meccanici o non psicologici, così lo “scientismo” applica il concetto superiore della scienza sull'ontico. Lo scientismo vede in prima linea i concetti scientifici e non l'ontico. Esso deprava l'ontico ad un continuum eterogeneo e senza valori, togliendo ad esso, e ponendo in un irreali “mondo dei concetti”, l'ordine legale e la distinzione di valore immanente all'essere. Così esso priva la storia e la natura del loro ontico carattere di Esserci e ne fa prodotti di metodologiche elaborazioni concettuali, pezzi di una rappresenza ragione teorica. La filosofia dei valori offre immediatamente la giustificazione per il fondamento della scienza (innanzitutto le scienze della cultura) veteroliberali: la prevalenza del concetto sull'essere ontico»²⁵.

La scienza giuridica che applica il metodo per la elaborazione concettuale teleologicamente orientata proposto dai neokantiani sarebbe, pertanto, lontana dalla realtà e quindi, esposta al rischio di una deriva scientista²⁶.

In alternativa Welzel proponeva un metodo di elaborazione concettuale costantemente riferito al dato ontico e reale delle *sachlogische Strukturen*, assunte come vincolo che anche il legislatore subisce²⁷: 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 azione²⁸ - ne rappresenta solo l'esempio più noto.

Ben oltre le singole implicazioni dommatiche della metodologia welzeliana – che comunque hanno segnato svolte epocali nella teoria del reato - si è efficacemente sostenuto che il costante riferimento alle *sachlogische Strukturen*, ha consentito a Welzel di prendere «*dalla realtà ciò di cui*

²³ Ad una “adesione” aveva fatto esplicito riferimento H. RICKERT, *System der Philosophie*, cit., 113.

²⁴ Cfr. H. RICKERT, *System der Philosophie*, cit., 154 ss., 31 ss.

²⁵ H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., 48 s.

²⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012, 15 ss., 37 ss.

²⁷ H. WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in *Festschrift für Niedermeyer*, Göttingen, 1953, 279 ss., 292 ss.

²⁸ 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.; ID., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951, 9.

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, si è sostenuto che il metodo proposto da Welzel «rispetta il mondo, non lo inventa».

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»²⁹.

Sono evidentemente definiti, nelle parole di Zaffaroni, i termini essenziali dell'alternativa welzeliana alla *teleologische Begriffsbildung* proposta e condivisa dai giuristi tedeschi di ispirazione neokantiana.

7. Ciò nonostante, nel 1970 Claus Roxin riconduce il suo *Berliner Programm* proprio alla «metodologia del neokantismo assiologicamente orientata, che [...] avrebbe potuto condurre, dal punto di vista normativo, ad una "immagine del sistema penale" del tutto nuova».

Sarebbe rimasta una proposta metodologica politicamente inopportuna, se lo stesso Roxin non ne avesse chiarito immediatamente la condizione fondamentale ed imprescindibile nella "scelta" di «direttive di politica criminale come criterio cui informare tutte le formulazioni dommatiche».

Il riferimento alla politica criminale, infatti, radicava nella realtà le elaborazioni concettuali prodotte applicando il metodo teleologicamente orientato dei neokantiani e nella realtà proponeva, per esse, anche precisi riscontri di efficacia.

In tal senso già Moccia, nella "Presentazione alla prima edizione italiana" di "*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*", definiva efficacemente il ruolo assolutamente caratterizzante che, nella proposta di Roxin, assumevano le direttive di politica criminale: «su di un piano teoretico più generale», scrive Moccia, la proposta di Roxin è caratterizzata dalla «acquisizione stabile della necessità di una metodologia conforme alle esigenze di inserire momenti di finalità nella costruzione sistematico-strutturale del diritto, con costanti riferimenti alla vita reale»³⁰.

Nel caso della proposta metodologica di Roxin, dunque, proprio i «costanti riferimenti alla vita reale» escludono qualsiasi fondamento per il principale argomento della critica welzeliana al neokantismo, rappresentato dalla equazione – che, altrimenti, potrebbe anche essere condivisibile – tra teleologismo e scientismo, ovvero tra teleologismo e ruolo assolutamente marginale – se non irrilevante – delle *sachlogische Strukturen*.

Tuttavia, quando afferma che «separare nettamente la costruzione dommatica dalle giuste scelte di politica criminale non è assolutamente possibile»³¹, Roxin non usa parole molto diverse da quelle che già furono di Arturo Rocco nel 1910.

²⁹ 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.

³⁰ S. MOCCIA, *Presentazione alla prima edizione italiana* (1986), di C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 21 ss., 25 s.

³¹ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 76.

Anche Rocco, infatti, considerando necessaria la «*distinzione [...] della scienza giuridica penale [...] dalla politica criminale*», si preoccupava di escluderne esplicitamente e specificamente la possibilità di una «*separazione*».

La diametrale distanza tra le due proposte metodologiche emerge evidente, però, nella ulteriore ed immediatamente successiva precisazione della proposta di Roxin, efficacemente rappresentata laddove si afferma che «*trasformare acquisizioni criminologiche in istanze di politica criminale ed istanze di politica criminale in regole giuridiche de lege lata o ferenda, rappresenta un procedimento i cui singoli stadi sono tanto necessari quanto importanti per la realizzazione del socialmente giusto*»³².

Nelle parole di Roxin è chiaramente affermata la necessità che la considerazione di istanze di politica criminale di derivazione criminologica caratterizzi costantemente il discorso giuridico-penale e che, quindi, la scienza penale ne sia integrata non solo in prospettiva *de lege ferenda* - come già aveva proposto von Liszt -, ma anche nella prospettiva *de lege lata* propria dell'interprete.

Roxin, però, afferma innanzitutto e chiaramente anche la prioritaria e necessaria competenza criminologica del penalista.

Sotto questo profilo, egli sembra anticipare, nel 1970, la posizione assunta in termini ben più risoluti da Baratta quando, nel 1975, esclude che il rapporto tra scienza sociale e discorso giuridico-penale sia «*il rapporto tra due scienze*» e lo assimila, piuttosto, ad «*un rapporto tra scienza e tecnica*».

Nelle parole di Baratta sembra radicalmente compromesso lo stesso statuto epistemologico tradizionalmente condiviso e comunque applicato per la scienza giuridica.

Egli, tuttavia, precisa il proprio pensiero quando, poi, immediatamente afferma: «*l'indicazione del momento tecnico-giuridico e della sua dipendenza dalla scienza sociale vuole essere tutt'altro che una capitis diminutio del giurista [...]. Al contrario essa vuole suscitare la coscienza di una nuova dignità scientifica dell'attività del giurista*» che resta «*scienziato [...] nella misura in cui egli finalmente diventerà uno scienziato sociale e sosterrà con la sua scienza la sua opera di tecnico*».

Riferendosi sostanzialmente alle stesse prospettive *de lege ferenda* e *de lege lata* esplicitamente indicate da Roxin, Baratta ne definisce il compito nell'«*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 [...] dal sistema giuridico-politico*», che, innanzitutto, «*deve essere considerato [...] nelle più o meno vaste opzioni politiche consentite nella interpretazione e nella costruzione dogmatica*».

Anche nelle parole di Baratta, dunque, emerge evidente e decisivo il ruolo della «*interpretazione*» e, quindi, dell'interprete.

Nel «*nuovo modello*» di scienza penale integrata, Baratta gli riconosce una «*nuova dignità scientifica*» in ragione del suo compito di perseguire gli obiettivi politico-criminali definiti dalla scienza sociale di riferimento.

³² C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 76.

8. Tuttavia, pur affermando la «dipendenza» del «momento tecnico-giuridico» dalla «scienza sociale», Baratta espressamente determina e limita, secondo criteri evidentemente normativi, la rilevanza in sede giuridica degli obiettivi politico-criminali suggeriti dalla scienza sociale.

Baratta, infatti, è sufficientemente esplicito quando, attribuendo al giurista il compito di perseguire finalità politico-criminali, definisce i limiti della sua attività entro l'«ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico».

Si intravede chiaramente, nelle sue parole, un «nuovo modello» di scienza penalistica derivato da un nuovo modello di integrazione tra «scienza sociale» e discorso giuridico.

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

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

Tuttavia, cinque anni prima anche Roxin aveva escluso implicitamente una dimensione esclusivamente empirica delle opzioni politico-criminali rilevanti per il giurista, proponendone una integrazione 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 stato di diritto e stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica»³³.

Alla stessa «unità dialettica», dunque, va ricondotta anche la 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»³⁴, 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»³⁵.

Nel pensiero di Roxin, dunque, già nel 1970 era evidente il riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento di uno stato sociale di diritto, per definire e limitare normativamente l'ambito di operatività della politica criminale

8.2. In prospettiva *de lege lata* o *ferenda* diventano essenziali, sotto questo profilo, 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

³³ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 46 s.

³⁴ F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben* (1889-1992), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., vol.I, 290 ss., 291.

³⁵ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 46 s..

prospettiva *de lege ferenda*) o comunque normative (in prospettiva *de lege lata*), anche se fosse scientificamente ed inequivocabilmente dimostrata, mai potrebbe determinarne la violazione.

Si tratta, in una diversa prospettiva, di limitare - ed evitare, in particolare, che assuma le funzioni del potere sovrano e punitivo dello Stato – un potere che, in alternativa alla «*macrofisica della sovranità*», Foucault definì «*disciplinare*»³⁶.

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, immediatamente dopo, sarebbe diventata la sua esplicita proposta di «*una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell'interdizione*», sintetizzata, nello stesso testo, nella efficacissima metafora della affermazione della necessità di «*tagliare la testa del re*»³⁷.

Nel corso sul potere psichiatrico Foucault propone, in particolare, 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*»³⁸.

«*A seguirne le tracce*», Foucault ritrova gli stessi «*dispositivi disciplinari [...] nelle comunità religiose*», «*regolari*» o «*spontanee*», del Medioevo, «*isolotti*» di «*ricerche disciplinari*»³⁹, poi applicate nelle «*colonizzazioni*» disciplinari, fino al «*terzo tipo di colonizzazione*», ovvero alla

³⁶ M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)* (2003), Milano, 2010, 29 ss.

³⁷ M. 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).

³⁸ M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 30-32.

³⁹ M. 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»⁴⁰.

Ad esso sarebbe stato specificamente dedicato “Sorvegliare e punire”, pubblicato 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”»⁴¹.

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”»⁴².

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

Rischierebbero, tuttavia, di avere un esito del tutto analogo l'integrazione del «discorso dei giuristi» con una «scienza sociale» che, contrariamente a quanto proponeva Alessandro Baratta, non sia limitata entro l'«ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico», o il «finalismo della politica criminale» senza la «vincolatività del diritto», proposti, invece, come «unità dialettica» da Claus Roxin.

È questa, per esempio, la funzione del divieto di trattamenti sanzionatori inumani e degradanti, affermato all'art.3 CEDU nel 1950, ripreso dall'art.5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e ampiamente condiviso nelle Costituzioni moderne: anche qualora ne fosse prevedibile con certezza pressoché assoluta l'efficacia politico-criminale per la prevenzione di forme, anche particolarissime, gravissime ed eccezionali, di criminalità, essi resterebbe comunque illegittimi.

D'altra parte, lo stesso Roxin ha fatto riferimento a carte fondamentali di rilevanza sovranazionale, affermando 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”»⁴³.

8.3. Lo stesso riferimento ai diritti dell'uomo è essenziale per Zaffaroni per definire un ulteriore modello di integrazione tra criminologia e diritto penale, in una prospettiva che supera il riferimento esclusivo alla politica criminale.

In particolare, Zaffaroni lo definisce in termini sufficientemente espliciti quando, rivisitandone lo statuto epistemologico, afferma che «la criminologia deve superare un serio pregiudizio – già

⁴⁰ M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 75.

⁴¹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, 1993, 336.

⁴² M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 79 s.

⁴³ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre* (1992), IV ed., München, 2006, 222.

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»⁴⁴.

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

Zaffaroni lo aveva implicitamente proposto già quando aveva auspicato, 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, aveva prospettato 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»⁴⁵.

Secondo quanto afferma lo stesso Zaffaroni⁴⁶, già allora si intravedeva chiaramente la definizione dei rapporti tra criminologia e diritto penale successivamente esplicitata quando, in un contributo molto più recente, Zaffaroni assume la necessità del «controllo riduttore» come la necessità, per il diritto penale, del «contributo permanente dei dati della realtà relativi all'esercizio del potere punitivo, provenienti dalla criminologia»⁴⁷ 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»⁴⁸.

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»⁴⁹

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»⁵⁰.

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

⁴⁴R. 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.

⁴⁵R. 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, 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.).

⁴⁶R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 76.

⁴⁷R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 76.

⁴⁸R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 95.

⁴⁹ 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.

⁵⁰R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 92.

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»⁵¹.

Sono stati, dunque, «massacri» che Zaffaroni, mutuando le fasi altrove teorizzate per la affermazione di ideologie politiche razziste⁵², 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»⁵³.

Ma comunque «i massacri non possono essere una questione di contabilità dei cadaveri».

Anche Zaffaroni, infatti, sia pur considerandone evidentemente e 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»⁵⁴.

9. 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, evidentemente paradigmatica del «contributo permanente» di 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, svolto in prospettiva *de lege lata* o *ferenda*.

La pericolosità del potere punitivo, però, è danno potenziale ed astratto solo fino a quando il discorso, *de lege lata* o *ferenda*, resta rigorosamente limitato nell'ambito della fase - essenzialmente accademica o, comunque, dottrinale - della posizione della norma giuridica; invece, nella fase della applicazione della norma - necessariamente limitata ed evidentemente riferibile solo ad una prospettiva *de lege lata* -, essa rischia sempre di dissolversi per riemergere trasmutata in danno attuale e concreto (in termini che, peraltro, possono essere più o meno diffusi)⁵⁵.

Allora, nella stessa prospettiva riferita ad episodi specifici e concreti, il penalista si preoccuperà di riaffermare i diritti dell'individuo danneggiato dal potere punitivo e dalla sua disciplina giuridica e ciò gli sarà possibile agendo in giudizio contro i responsabili o, se l'episodio si colloca in una vicenda giudiziaria già aperta, accedendo 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.

⁵¹ R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 85 s.

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

⁵³ R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 93.

⁵⁴ R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, cit., 96.

⁵⁵ 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.

La prima condizione perché ciò realmente accada, però, è che lo stesso sistema giuridico – magari con soluzioni legislative specifiche e parallele (esemplificate nel modo più efficace dalla previsione del gratuito patrocinio) – garantisca la reale accessibilità al percorso giudiziario ovvero che, conformemente a quanto previsto all’art.3 co.2 della Costituzione italiana, lo stesso sistema giuridico sia riuscito realmente a «rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza», non rendono effettivi i diritti dell’individuo, altrove solennemente affermati in via generale ed astratta.

Ma, anche quando sarà stata conseguita, la riaffermazione dei diritti dell’individuo danneggiato dal sistema penale non necessariamente implica il ristabilimento dello *status quo ante* e, comunque, potrebbe soddisfare in termini solo molto parziali le doglianze del danneggiato; più realisticamente e molto più spesso è ipotizzabile, invece, che il danno, che è stato prodotto, resti, in tutto o in parte, comunque irreparabile 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.

Tuttavia, non l’equilibrio originario del sistema giuridico, ma «*solo l’uomo, e con lui ogni creatura razionale, è uno scopo in sé stesso*»⁵⁶.

Emerge e si afferma, allora, una prospettiva che è e resta radicata e concentrata sulla realtà, che, quindi, è evidentemente alternativa a quella giuridico-normativa e che, tuttavia, trova anche una chiara rilevanza costituzionale nella affermazione del compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano «di fatto» libertà ed uguaglianza (art.3 co.2 Costituzione italiana): è compito del giurista, dunque, dividerla non solo per valutare con la massima consapevolezza i presupposti di realtà della sua azione politica, ma anche per considerarne scopi, efficacia e, soprattutto, effetti.

Si collocano, evidentemente, in questa prospettiva innanzitutto le soluzioni legislative parallele che, con il gratuito patrocinio, sono destinate a rendere realmente accessibili i rimedi giudiziari per i danni, attuali e concreti, prodotti dal potere punitivo.

Ma nella stessa prospettiva risulta altrettanto evidente la necessità di impedire che «di fatto», anche solo una volta, il potere punitivo e la sua disciplina giuridica diventino, per l’individuo, occasione e strumento di danni che, poi, in realtà non saranno mai del tutto rimediabili.

Se, dunque, il sistema penale, al di là delle sue funzioni manifeste, risulta «di fatto» ostacolo (se non occasione di danno) per libertà ed uguaglianza, diventa allora «compito della Repubblica» rimuoverlo nelle parti in cui ha prodotto quel danno che «di fatto» non è mai (del tutto) rimediabile.

Si tratta, infatti, di considerare non il sistema giuridico, la sua conservazione, il suo equilibrio, il suo ordine e la sua simmetria logico-formale, ma «*ogni uomo [...] scopo in sé stesso*».

Proprio la rilevanza di ogni singolo uomo, allora, determina necessariamente la esclusione, dal campo di azione del giurista, delle strategie di prevenzione terziaria dei danni riconducibili al potere punitivo ed alla sua disciplina giuridica: non basta considerarli illeciti e neppure semplicemente perseguirli in quanto tali.

È necessario, piuttosto, evitarli.

Secondo la classificazione ampiamente consolidata nella letteratura criminologica di base, le strategie di prevenzione terziaria comprendono le soluzioni sanzionatorie e, comunque, perseguono

⁵⁶ I. KANT, *Critica della ragion pratica* (1788, IV ed. 1797), a cura di V. MATHIEU, Milano, 1996, 187 ss.

solo la prevenzione della emulazione del comportamento dannoso (o, specificamente, della recidiva): ciò che non doveva accadere, quindi, è già accaduto almeno una volta, ovvero c'è già almeno un uomo che è stato danneggiato usando o anche abusando del sistema penale, che, però, deve essere considerato «*scopo in sé stesso*» e che perciò non può essere ridotto a strumento o occasione per perseguire strategie di prevenzione di episodi analoghi.

Per questo l'azione del giurista si concentrerà, invece, sulle strategie di prevenzione primaria.

Riemerge, allora, la prospettiva *de lege ferenda* che, evidentemente, si definirà in funzione necessariamente riduzionista e minimalista (se non addirittura abolizionista).

Diventa prioritaria, allora, la considerazione dei divieti costituzionali per la definizione di riforme che, anche in sede applicativa, concedano, «di fatto», nessuno spazio o spazi minimi ed assolutamente inevitabili alla possibilità della loro violazione, ovvero alla possibilità che potere punitivo e sistema penale, per quanto possano essere stati limitati, continuino a produrre i «*dati più terrificanti della realtà*»

10. La prospettiva *de lege ferenda*, dunque, torna prioritaria anche nel nuovo modello di integrazione tra criminologia e diritto penale, evidentemente riconducibile alla proposta da Zaffaroni.

Nella stessa prospettiva, pochi anni dopo il *Berliner Programm* di Claus Roxin, fu Giorgio Marinucci a proporre in Italia la rilevanza politico-criminale dei principi di fondamentale riferimento per una riforma.

Già allora, infatti, egli celebrava la «*lungimiranza del costituente italiano*», poiché «*i principali postulati della politica criminale moderna non solo armonizzano con il nostro quadro costituzionale, ma hanno la virtù di trasformare l'istanza politica di adeguamento del diritto penale alla Costituzione in un'esigenza di razionalità ed efficacia politico-criminale*»⁵⁷.

Tuttavia, anche quando la prospettiva *de lege ferenda* si sarà concretizzata in soluzioni legislative vigenti, per quanto notevole possa essere stata la riduzione dell'ambito della penalità che ne sarà derivata, resterà comunque un «*modello intenzionalmente utopico*»⁵⁸ il sistema penale in cui apparirà evidente a tutti che «*l'interpretazione delle leggi è un male*» perché sarà costituito da leggi che non sono «*scritte in una lingua straniera al popolo*» e l'opera del giudice ripeterà, quindi, il modello del «*sillogismo perfetto*» proposto da Beccaria⁵⁹.

⁵⁷ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463 ss., 471; sul punto, cfr. anche S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 20 nota 39.

⁵⁸ G. MARINUCCI–E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. I. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione struttura e sistematica*, Milano, 2001, 123. Ma la attribuzione di un ruolo politico alla teorizzazione di modelli utopici caratterizza costantemente la storia del pensiero filosofico e scientifico; appare esemplare, sotto questo profilo, l'insegnamento kantiano fondato sulla funzione regolativa delle idee trascendentali e applicato specificamente al diritto laddove, riproponendo il progetto di una «pace perpetua» già definito qualche anno prima, si afferma che in gioco «non è già l'ammissione della raggiungibilità di questo fine», ma «ciò invece a cui il dovere ci obbliga è di agire secondo l'idea di questo fine, quantunque non vi sia la minima verosimiglianza che esso possa venir effettuato»: I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), *Parte prima. Principi metafisici del diritto. Conclusione*, trad. it. a cura di G. VIDARI, Roma – Bari, 1989, 193. Una idea del tutto analoga sembra definire il ruolo della «coscienza anticipante» teorizzato da E. BLOCH, *Il principio di speranza* (scritto negli USA tra il 1938 e il 1947 e riveduto nel 1953 e nel 1959), vol.I, trad. it. a cura di E. DE ANGELIS, Milano, 1994, 55 ss.; per una definizione dell'«aspetto utopico-sociale» celato in molti sistemi filosofici tra cui anche quello definito nel progetto di una "pace perpetua" di Kant, cfr. A. HELLER, *La filosofia radicale* (1978), trad. it. a cura di L. BOELLA, Milano, 1979, 31 ss.

⁵⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. VENTURI, Torino, 1965, § IV, 15 e § V, 18.

Piuttosto, anche allora, in sede applicativa ed esegetica, sarà comunque indispensabile un metodo di elaborazione concettuale che consenta l'integrazione *de lege lata* tra il diritto penale e la politica criminale definita dai principi costituzionali.

Prima di allora, invece, quel metodo sarà non solo indispensabile ma anche urgente e assolutamente preponderante perché, se «*solo l'uomo [...] è uno scopo in sé stesso*», anche nel tempo necessario all'«*adeguamento del diritto penale alla Costituzione*» il giurista non può «*passare impavido sopra i dati più terrificanti della realtà*» che, invece, vanno assolutamente evitati o, almeno, limitati.

Pene e misure di sicurezza dopo il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»

FRANCESCO SCHIAFFO

ABSTRACT

The legislative reforms regarding the «definitive closure of the OPG» have defined intervention strategies considered superior to their predecessors, without changing the norms of the penal code. However, the measures affecting the duration of personal safety measures and the conditions for their application to the mentally ill have been modified.

SOMMARIO: 1. La disciplina delle misure di sicurezza personali: il ruolo della pericolosità sociale. - 2. L'art.133 co.2 n.4 c.p.: l'occasione legislativa di una esemplare distorsione funzionale. - 2.1. Funzioni latenti e sostituti funzionali: il modello sociologico. - 3. Oltre il «dogma somatico» nella valutazione della pericolosità sociale: gli «indicatori esterni». - 4. Misure di sicurezza e pericolosità sociale tra potere punitivo e poteri disciplinari. - 5. Diritto penale, poteri disciplinari e violazione di diritti fondamentali: le esemplari valutazioni del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura su disciplina e prassi del ricovero in OPG. - 5.1. La irrimediabile imprecisione e la inevitabile indeterminatezza della pericolosità sociale: una sconcertante prassi giudiziaria. - 6. La «via maestra» per la gestione dell'autore di reato infermo di mente e socialmente pericoloso: la sentenza n.253/2003 della Corte costituzionale. - 7. «Il fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale»: i rilievi della Commissione Marino e la riforma di cui all'art.3-ter d.l. n.211/2011. - 8. La «vincolatività del diritto»: i limiti giuridici alla sovranità punitiva dei giuristi e al potere disciplinare delle scienze ausiliari. - 9. Il traguardo sulla «via maestra»: gli esiti reali di una lunga e complessa evoluzione legislativa. - 10. La necessità di una radicale riforma dopo la legislazione per il superamento degli OPG.

1. Con termini di esemplare chiarezza, nell'ambito di un recente e prestigioso contributo monografico si è autorevolmente affermato che «*le misure di sicurezza non possono riduttivamente considerarsi come espressioni di una mera volontà di composizione di due idee diverse di diritto penale*» in quanto rappresentano «*un modo più incisivo per tenere sotto controllo soggetti considerati pericolosi*»¹.

Nella disciplina codicistica, infatti, la pericolosità sociale non è soltanto uno dei due presupposti necessari per l'applicazione delle misure di sicurezza (art.202 co.1 c.p.), ma, dei due, è anche l'unico che ricorre pure nelle cosiddette ipotesi di «quasi reato» (art.202 co.2 c.p.) e soprattutto è l'unico che, in fase di esecuzione ovvero ad ogni riesame successivo, determina la conferma, potenzialmente illimitata, della misura applicata dal giudice della cognizione (artt.207 co.1 e 208 co.1 c.p.).

¹ A. FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 628.

Data la regolare periodicità del riesame previsto all'art.208 c.p. e dettagliatamente disciplinato agli artt.69 co.4, 71-bis e 72 co.2 l. n.354/1975 nonché all'art.20 d.P.R. n.230/2000, la persistenza della pericolosità sociale è oggetto di una costante verifica: se confermata, a conclusione del riesame l'ordinanza del magistrato di sorveglianza deciderà la proroga della misura.

Come è noto, i parametri di riferimento sono rappresentati dall'art.203 co.2 c.p. che rinvia all'art.133 c.p.: «*sia la gravità del reato, sia la capacità a delinquere sono perciò i punti di riferimento fondamentali per stabilire la pericolosità criminale*»².

Tuttavia, posto che in via di principio lo stesso art.203 c.p. definisce, al primo comma, «*socialmente pericolosa la persona [...] quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati*», nella prassi sono diventati assolutamente preponderanti gli indici della «*capacità a delinquere*» di cui all'art.133 co.2 c.p.

Nonostante il riferimento e, quindi, la inopportuna condivisione dei criteri di commisurazione della pena di cui all'art.133 c.p., potrebbe essere questa la soluzione per differenziare – come è necessario! – pene e misure di sicurezza in modo che queste ultime «*effettivamente rappresentino un qualcosa di diverso dalle pene*»³.

Ma una differenziazione per via interpretativa perseguita attraverso questi argomenti avrebbe finito per dare un fondamento ad una prassi che ha distorto in modo esemplare il sistema delle misure di sicurezza fino a renderne necessaria la revisione legislativa con cui è stato realizzato il «*definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*» di cui all'art.3-ter aggiunto al d.l. n.211/2011 con la legge di conversione n.9/2012.

2. Tra gli indici della capacità a delinquere di cui all'art.133 co.2 c.p. ricorre, al n.4, il riferimento alle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*».

In sede di riesame della pericolosità sociale di chi, avendo realizzato un fatto preveduto dalla legge come reato in condizioni di parziale o totale infermità mentale, si ritrova internato in applicazione della misure di sicurezza di cui agli artt.219 o 222 c.p., esse sono dedotte dalle indicazioni degli «*uffici locali di esecuzione penale esterna*» - che, ai sensi dell'art.72 l. n.354/1975, «*svolgono, su richiesta dell'autorità giudiziaria, le inchieste utili a fornire i dati occorrenti per l'applicazione, la modificazione, la proroga e la revoca delle misure di sicurezza*» - e, soprattutto, del «*servizio sanitario territorialmente competente*», che, ai sensi delle «*disposizioni particolari per gli infermi e i seminfermi di mente*» di cui all'art.20 del D.P.R. n.230/2000, «*accede all'istituto per rilevare le condizioni e le esigenze degli interessati e concordare con gli operatori penitenziari l'individuazione delle risorse esterne utili per la loro presa in carico da parte del servizio pubblico e per il successivo reinserimento sociale*».

Se, dunque, non risulta alcun “dato” utile alla modificazione o alla revoca della misura di sicurezza del ricovero in CCC o in OPG o non risultano contesti familiari o «*risorse esterne utili*» per la presa in carico dell'internato (che, sotto ogni altro profilo, sarebbe invece dimissibile), per lui ricorrono comunque le condizioni per affermare la persistenza della pericolosità sociale ai sensi dell'art.133 co.2 n.4 c.p. e, quindi, per prorogare la misura di sicurezza.

² A. FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, cit., p.631.

³ A. FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, cit., p.629.

È evidente, tuttavia, che, in casi del genere, OPG e CCC hanno svolto, fino al 2014, funzioni reali molto diverse dalle loro funzioni manifeste e troppo simili alle funzioni che avrebbero dovuto svolgere, invece, le strutture del servizio socio-sanitario e socio-assistenziale.

2.1. Il modello teorico di riferimento per l'analisi delle funzioni reali svolte da OPG e CCC è, innanzitutto, la distinzione tra funzioni latenti e funzioni manifeste di una struttura sociale.

Nella evoluzione del pensiero sociologico, essa trova una nota ed efficacissima rappresentazione nell'opera di Robert K. Merton, che, nel 1949, ritenne di poterla esemplificare nelle danze per la pioggia praticate dalle tribù degli indiani d'America.

La funzione manifesta di quel cerimoniale lo riduceva a danze utili a favorire la pioggia in tempo di siccità e, ben più dell'interesse dei sociologi, avrebbe dovuto suscitare quello dei meteorologi che, meglio di altri, avrebbero potuto verificarne la reale efficacia; per i sociologi, invece, sarebbero state interessanti le funzioni latenti e reali di quei riti che, nella prospettiva specifica delle loro indagini, si risolvevano in occasioni periodiche per riunire la tribù e favorirne, quindi, la coesione sociale di fronte al comune pericolo, rappresentato, in quel caso, dalla siccità⁴.

Il corollario di quella distinzione teoretica era rappresentato dalla definizione di “sostituto (o equivalente) funzionale”, assunta come riduzione concettuale del rimedio alle deficienze funzionali della struttura ufficiale⁵. Oltre le sue funzioni manifeste, una struttura sociale può svolgere, secondo modalità latenti, le funzioni proprie di altre strutture sociali che non funzionano come dovrebbero o, addirittura, non esistono: la danza per la pioggia potrebbe essere preziosa per la coesione sociale se la tribù non ha altre occasioni di aggregazione e condivisione.

Un esempio più vicino ai nostri contesti sociali potrebbe essere rappresentato dal volontariato. Nei settori in cui opera, esso potrebbe essere considerato sostituto funzionale delle istituzioni di assistenza sociale che, dato il paradigma di «*solidarietà politica, economica e sociale*» esplicitamente condiviso all'art.2 della Costituzione italiana, uno stato sociale dovrebbe prevedere, organizzare e, innanzitutto, finanziare.

3. Sebbene costituiscano l'evidente occasione di una inquietante distorsione funzionale, si è ritenuto che il criterio di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p. per la valutazione della pericolosità sociale sia conforme all'acquisizione secondo cui la pericolosità sociale «*non è un dato biologico o psicologico esclusivamente legato alle caratteristiche personali dell'autore, ma va accertata attraverso l'interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali*» e «*va, dunque, intesa in una accezione situazionale, perché il soggetto non è una monade, ma va calato nel contesto sociale e familiare di riferimento*»⁶.

Si tratta di una acquisizione che, in quanto opportunamente limitata al fondamento giuridico del sistema delle misure personali di sicurezza, ne tradisce evidentemente la matrice positivista del determinismo non solo biologico, ma anche sociale.

⁴ R.K. MERTON, *Social Theory and Social Structure* (1949), III ed., New York (New York), 1968, 118 ss.

⁵ R.K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, cit., 123.

⁶ M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 917 ss., 923 (l'evidenziazione grafica è dell'A.).

Nella specifica prospettiva della valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di reato, tuttavia, essa corrisponde anche alla distinzione tra indicatori interni ed esterni che la più autorevole psichiatria forense ha definito in tempi relativamente recenti e, comunque, quale esito evidente di una significativa e ormai consolidata evoluzione scientifica.

Infatti, l'autonoma rilevanza attribuita agli indicatori esterni - e, in particolare, alle «*caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di appartenenza*»⁷ -, sembra corrispondere pienamente agli indirizzi della psichiatria che hanno determinato il superamento del «*dualismo cartesiano di anima e corpo che tanto aveva condizionato e ancora condiziona la psichiatria organicista*»⁸.

Nella nuova prospettiva, infatti, appariva evidente che «*la contrapposizione di psiche e soma è una semplice astrazione, atta a disturbare piuttosto che a favorire qualsivoglia comprensione*»⁹, perché legittima e reitera il «*dogma somatico*» e dimentica che «*oggetto [...] della psichiatria è l'uomo, e non solo il suo corpo*» ovvero l'uomo che, «*nella sua totalità, sta fuori e oltre ogni possibile e afferrabile oggettivazione*» e comprende, invece, «*la sua anima, la sua personalità*»¹⁰ e, quindi, evidentemente anche l'ambiente in cui si svolge la sua esistenza.

Si tratta dei fondamentali postulati dell'indirizzo fenomenologico della psichiatria, ma, generalizzando il riferimento alla rilevanza diagnostica e terapeutica dei fattori ambientali, posizioni analoghe sembrano sostenute anche nell'ambito di altri indirizzi che pure hanno contribuito in modo determinante al definitivo superamento del modello organicista, efficacemente rappresentato, in materia penale, dalla assunto lombrosiano della «*statistica antropometrica ed ezio-patologica*» quali fondamentali indici criminogenetici¹¹.

Non sembrano molto diversi, infatti, i postulati del condizionamento psichico proposti dal comportamentismo¹², la necessità di «*parlare di rappresentazioni mentali e porre un livello di analisi del tutto separato da quello biologico o neurologico*» affermata dal cognitivismo¹³ oppure i riferimenti esclusivi all'interazione sistemica proposti nell'ambito della teoria del campo o della scuola di Palo Alto che, in termini ben più radicali e raccogliendo implicitamente la critica falsificazionista della psicanalisi freudiana¹⁴, rinuncia a qualsiasi «*ipotesi intrapsichica (che è fondamentalmente inverificabile)*» per applicare «*a problemi psicologici e psichiatrici [...] un concetto elaborato nel settore delle telecomunicazioni, cioè quello di "scatola nera"*». In questa

⁷ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), V ed., Torino, 2013, 219.

⁸ Così U. GALIMBERTI, *Psichiatria e fenomenologia* (1979), VII ed., Milano, 2011, 184.

⁹ K. JASPERS, *Psicopatologia generale* (1913), Roma, 2000, 243.

¹⁰ K. JASPERS, *Autobiografia filosofica* (1956), Napoli, 1969, 29 e 32.

¹¹ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie* (1876), V ed., Torino, 1896, 126 ss.

¹² «*Concedetemi una dozzina di bambini sani, ben formati e di portarli in un mondo costruito a modo mio e vi garantisco che, a prenderli a caso, farò di ognuno di loro uno specialista a piacere – dottore, avvocato, artista, commerciante e persino mendicante o ladro, senza alcun riguardo al suo talento, alla sua propensione, alla sua tendenza, alla sua vocazione o alla sua tradizione familiare*»: è la nota sfida di J. B. WATSON, *Behaviorism* (1924), Piscataway (New Jersey), 2009, 82.

¹³ H. GARDNER, *La nuova scienza della mente. Storia della rivoluzione cognitiva* (1985), Milano, 1988, 18.

¹⁴ «*Quanto all'epica freudiana dell'Io, del Super-io e dell'Es, non si può avanzare nessuna pretesa ad uno stato scientifico, più fondatamente di quanto lo si possa fare per l'insieme delle favole omeriche dell'Olimpo. Queste teorie descrivono alcuni fatti, ma alla maniera dei miti. Esse contengono delle suggestioni psicologiche assai interessanti, ma in una forma non suscettibile di controllo*»: è la nota critica del sistema freudiano proposta da K. POPPER, *La scienza: congetture e confutazioni* (1957), in ID., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica* (1962, III 1969), Bologna, 1972, 61 ss., 69.

prospettiva, infatti, si afferma in termini più espliciti che, dato che «*l'hardware elettronico è così complesso*», «*talvolta conviene trascurare la struttura interna di un dispositivo e studiare esclusivamente i suoi rapporti specifici di ingresso-uscita*», ovvero «*studiare la funzione del dispositivo nel sistema più grande di cui fa parte*»¹⁵.

Ne deriva, in ogni caso, il superamento dell'«*impostazione meramente naturalistica della psicopatologia*»¹⁶ che risulta evidentemente condiviso anche da chi postula la rilevanza di «*indicatori esterni*» per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di un fatto di reato.

4. Si tratta, evidentemente, di una acquisizione essenziale anche sotto il profilo giuridico se si condivide l'idea magistralmente espressa da chi ha ritenuto che «*le misure di sicurezza, per essere davvero [...] un qualcosa di diverso dalle pene [...] non possono avere, come preponderante o comunque invasivo, un contenuto 'afflittivo'*» e «*debbono invece conservare un carattere ed uno scopo che si proietti verso una valutazione e un trattamento della personalità del reo [...] in modo da ridurne il più possibile il significato meramente afflittivo per valorizzarne appieno quello risocializzante e/o curativo*»¹⁷.

Anche per le migliori acquisizioni della psichiatria resta, tuttavia, assolutamente necessaria l'attenta considerazione delle relative condizioni di rilevanza giuridica per impedire che sia «*snaturato*» il potere di chi deve valutare la pericolosità sociale dell'infermo psichico autore di reato.

È decisiva, sotto questo profilo, la magistrale lezione di Michel Foucault.

Si tratta, infatti, di evitare che assuma le funzioni del potere sovrano e punitivo dello Stato – un potere che, in alternativa alla «*macrofisica della sovranità*», Foucault definì «*disciplinare*»¹⁸.

Nel «*Corso sul potere psichiatrico*» Foucault offrì una efficacissima rappresentazione storica di quella che, immediatamente dopo, sarebbe diventata la sua esplicita proposta di «*una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell'interdizione*», sintetizzata, nello stesso testo, nella efficacissima metafora della affermazione della necessità di «*tagliare la testa del re*»¹⁹.

Nel corso sul potere psichiatrico Foucault propone, in particolare, 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*

¹⁵ P. WATZLAWICK, J. H. BEAVIN, D. D. JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi delle patologie e dei paradossi* (1967), Roma, 1971, 36 s.

¹⁶ U. GALIMBERTI, *Psichiatria e fenomenologia*, cit., 184.

¹⁷ A. FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, cit., 629.

¹⁸ M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)* (2003), Milano, 2010, 29 ss.

¹⁹ M. 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).

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»²⁰.

«A seguirne le tracce», Foucault ritrova gli stessi «dispositivi disciplinari [...] nelle comunità religiose», «regolari» o «spontanee», del Medioevo, «isolotti» di «ricerche disciplinari»²¹, poi applicate nelle «colonizzazioni» disciplinari, fino al «terzo tipo di colonizzazione», ovvero alla «colonizzazione interna dei vagabondi, dei mendicanti, dei nomadi, dei delinquenti, delle prostitute e così via che ha dato origine all'intero sistema di internamento»²².

Ad esso sarebbe stato specificamente dedicato “Sorvegliare e punire”, pubblicato 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”»²³.

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”»²⁴.

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

5. Avrebbe, tuttavia, un esito del tutto analogo il potere punitivo fondato sulla integrazione del «discorso dei giuristi» con la psichiatria o qualsiasi altra scienza che sia realizzata senza considerare la «vincolatività del diritto», chiaramente affermata da Claus Roxin per la riduzione ad «unità dialettica» di diritto penale e scienze ausiliari²⁵.

²⁰M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 30-32.

²¹M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 68-70.

²²M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., 75.

²³M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, 1993, 336.

²⁴M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 79 s.

²⁵C. 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, 21 ss., 46.

Infatti, l'inquietante distorsione funzionale del ricovero in OPG e in CCC prorogato esclusivamente in ragione della mancanza di «risorse esterne utili» per la presa in carico dell'internato (art.20 d.P.R. 230/2000) si risolve nella palese violazione del principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art.27 co.1 Cost.²⁶: le ragioni della permanenza dell'internato in OPG o CCC non hanno nulla a che fare con la sua persona o con le sue scelte comportamentali.

Si tratta, peraltro, di un esito della disciplina codicistica che fu rilevato già nel 2009 dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), nel *report* pubblicato nel 2010 sulla visita avvenuta nel 2008 presso l'OPG di Aversa²⁷.

In particolare, ai sensi dell'art.8 co.5 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti del 1987 e successivi protocolli di integrazione, ratificata dall'Italia con le leggi n.7/1989 e n.467/1998, il CPT segnalava all'Italia che, «*come riconoscono gli stessi psichiatri, solo a causa della mancanza di cure adeguate e sistemazioni nella comunità esterna rimane nell'ospedale psichiatrico giudiziario il 20-30% dei pazienti internati che non rappresenta più alcun pericolo per la società e le cui condizioni psichiche non sono più tali da rendere necessaria la permanenza in un istituto psichiatrico*». Con particolare «*enfasi*», inoltre, il CPT sottolineava che «*essere privati della propria libertà personale solo a causa della mancanza di appropriate soluzioni esterne rappresenta una situazione altamente problematica*».

Il CPT, pertanto, chiedeva alle autorità italiane di prendere soluzioni adeguate «*affinché i pazienti non siano trattenuti in OPG più di quanto sia necessario per le loro condizioni psichiche*».

In particolare – si legge ancora nella relazione - «*la delegazione del CPT nota che i vari concetti di "pericolosità sociale" (espressamente menzionato nella legislazione), pericolosità criminale (rischio di recidiva) e pericolosità psichiatrica (riferita a patologia psichiche) influenzano e interagiscono con le decisioni del magistrato di sorveglianza in sede di riesame della posizione del paziente in OPG. Finché non saranno ben definiti, questi concetti si prestano ad interpretazioni troppo ampie e soggettive*».

5.1. Il problema potrebbe avere dimensioni ben più ampie - e potrebbe essere superato solo con soluzioni radicali! - se, come pure è stato autorevolmente affermato, si ritiene che la pericolosità sia

²⁶ Sul punto F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n.81/2014*, in www.penalecontemporaneo.it (11 dicembre 2014), 16.

²⁷ Italy: Visit 2008_{SEP}:CPT/Inf (2010) 12 | Section: 45/48 | Date: 09/04/2009_{SEP}:D. Psychiatric establishments / 1. Filippo Saporito Judicial Psychiatric Hospital, Aversa / g. safeguards, in [http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{"fulltext":\["aversa"\],"CPTSectionID":\["p-ita-20080914-en-45"\]}](http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{) (consultato il 08.10.2020), n.159 s.

una «malattia infantile della criminologia»²⁸ e che sia «indispensabile lavorare per il superamento dell'equivoco, riduttivo e non scientifico concetto di “socialmente pericoloso”»²⁹.

Il CPT, tuttavia, si limitava a rilevare la mancata precisazione nell'ordinamento italiano dei criteri per la valutazione della pericolosità sociale e ad essa riconduceva anche la deplorabile «necessità di introdurre nel processo perizie di psichiatri indipendenti che non hanno un rapporto terapeutico con il paziente».

Si tratta, sotto questo profilo, di esiti del tutto conformi alle valutazioni di chi, in passato, aveva già ritenuto che, nelle previsioni di pericolosità, «troppo spesso i tribunali si adeguano semplicemente all'opinione di psichiatri e psicologi» e che «i clinici assumono troppa responsabilità e troppo poche ne assumono i tribunali. Ma è con i tribunali e con il legislatore che la responsabilità deve restare» perché «bilanciare ordine e libertà è un problema sociopolitico e non clinico ed è un dovere dei tribunali e dei legislatori»³⁰.

Appare esemplare, in proposito, la inquietante elaborazione giurisprudenziale del concetto di «pericolosità latente».

Nelle ordinanze degli uffici di sorveglianza in cui ricorre, infatti, esso tradisce chiaramente la funzione di evitare, per chi lo usa, una chiara ed esclusiva assunzione della responsabilità di «bilanciare ordine e libertà» in applicazione di criteri rigorosamente giuridici per la valutazione della pericolosità sociale.

In termini giuridico-penali, l'esito è una palese ed inquietante violazione del principio di legalità (e di altri fondamentali principi che rappresentano secolari conquiste di civiltà giuridica).

Infatti, in luogo dei criteri espressamente previsti al combinato disposto degli artt.203 e 133 c.p., si è proposta la «pericolosità latente» come libera elaborazione e raccapricciante sintesi delle relazioni sull'internato comunicate al magistrato di sorveglianza dai competenti uffici sanitari e penitenziari: dipartimento di salute mentale della azienda sanitaria locale del territorio di residenza dell'internato, ufficio locale di esecuzione penale esterna, psichiatri e tecnici del gruppo di osservazione e trattamento dell'OPG di internamento.

Ciò è evidentemente accaduto quando si è affermato, per esempio, che «l'internato non ha creato particolari problemi, ha partecipato al corso di yoga e al laboratorio teatrale, ha frequentato il corso per giardiniere, ha fruito di licenze con i familiari» e quando, contestualmente, si dava conferma che «gli operatori del servizio territoriale competente hanno partecipato alla riunione d'equipe, concludendo per la sperimentabilità del soggetto in idonea struttura esterna, poiché i familiari, pur molto affezionati e disponibili, non sono in grado di gestirlo nel quotidiano».

²⁸ C. DEBUYST, *La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie*, in *Criminologie*, 1984, 7 ss. che considerava la pericolosità sociale un «costrutto criminologico riconducibile alla affermazione di uno schema causale» (7 ss.) contrapposto al carattere multidisciplinare della criminologia (14 ss.). In senso analogo critiche autorevolissime erano state già sollevate nell'ambito del contesto italiano: sul punto cfr. M. BERTOLINO, *Il “crimine” della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1371 ss.; ritengono che «sul rifiuto della nozione stessa di pericolosità da parte degli psicopatologi forse vi è un accordo quasi plebiscitario» I. MERZAGORA BETSOS – F. MARTELLI, *I cascami del Positivismo: ancora su ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 1149 ss., 1152.

²⁹ Così, per tutti, U. FURNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p.223. Nelle precedenti edizioni del trattato le considerazioni critiche dell'Autore erano limitate alla «nozione di pericolosità sociale psichiatrica», di cui era ritenuta «auspicabile» l'abolizione: cfr. U. FURNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), II ed., Torino, 1997, p.158.

³⁰ M. L. COHEN, A. N. GROTH, R. SIEGEL, *The Clinical Prediction of Dangerousness*, in *Crime and Delinquency*, 1978, 28 ss., 38 s.

In tal caso, «non disponendo la ASL di [...omissis...] di strutture adeguate e disponibili al caso concreto», è stata ritenuta «necessaria una ulteriore proroga» della misura di sicurezza applicata all'internato «in quanto la patologia psichiatrica che lo affligge potrebbe peggiorare, riacutizzandone la pericolosità latente, qualora [...omissis...] non seguisse la terapia che gli viene attualmente garantita dall'OPG»³¹

Si tratta, tuttavia, di una prassi evidentemente problematica sotto molteplici profili.

Infatti, la natura non verificabile e irrimediabilmente ed esclusivamente ipotetica della «pericolosità latente» ne fa innanzitutto una sostanziale ma palese elusione dell'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali stabilito all'art.111 co.6 Cost.

Sotto questo profilo essa sarebbe del tutto analoga alle presunzioni di durata e di sussistenza della pericolosità sociale che, prima delle sentenze della Corte costituzionale n.110/1974 e n.139/1982 e della successiva abrogazione di cui all'art.89 co.1 l. n.354/1975 e all'art.31 co.1 l. n.663/1986, erano previste, rispettivamente, agli artt.204 co.2 e 207 co.2 e 3, nonché, in riferimento specifico all'infermo totale di mente autore di un fatto di reato, all'art.222 c.p..

Alla stessa epoca risalgono due provvedimenti legislativi che hanno segnato la storia politica e sociale dell'Italia repubblicana.

Con la legge n.180/1978, dopo 74 anni fu abrogato, tra le altre disposizioni di legge, l'art.1 co.1 della legge n.36/1904 che disponeva che «debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé e agli altri» (art.11 l. n.180/1974).

Le disposizioni fondamentali della nuova legge confluirono, poi, nella legge n.833/1978 che istituitiva e attribuiva al servizio sanitario nazionale (SSN) il compito di perseguire «la tutela della salute mentale privilegiando il momento preventivo e inserendo i servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione pur nella specificità delle misure terapeutiche, e da favorire il recupero ed il reinserimento sociale dei disturbati psichici» (art.2 co.2 lett. G l. n.833/1978).

Era stata decisa la chiusura degli ospedali psichiatrici civili e, da quel momento, sono rimaste soltanto le disposizioni del codice penale sulle misure di sicurezza ad attribuire esplicita rilevanza giuridica alla possibilità di una pericolosità sociale dell'infermo di mente.

6. La visita nell'OPG di Aversa e, poi, le osservazioni e le sollecitazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti sono intervenute, dunque, in un contesto politico e sociale già profondamente segnato dalla chiusura degli ospedali psichiatrici civili, dalla contestuale istituzione dei servizi territoriali per la salute mentale di cui alle leggi nn.180 e 833 del 1978 e, infine, dai coevi interventi della Corte costituzionale che, nel 1974 e nel 1982, anticiparono specifiche disposizioni previste nelle leggi nn.354/1975 e 663/1986 e determinarono il superamento delle presunzioni di persistenza e sussistenza della pericolosità sociale (espressamente prevista all'art.222 c.p. per l'infermo totale di mente autore di un fatto previsto dalla legge come reato).

³¹ Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.71/2010 R.G.M.S.D., ordinanza del 1.3.2012; in senso analogo cfr., tra le altre, Ufficio di sorveglianza di Messina, proc. n.2909/10 Reg. Es. Mis. Sic., ordinanza del 10.11.2011; Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.97/2009 R.G.M.S.D., ordinanza del 18.1.2012.

Fu, tuttavia, nel 2003 che la stessa Corte costituzionale, intervenendo di nuovo sull'art.222 c.p., indicò la via maestra per il superamento degli OPG.

Con la sentenza n.253/2003, infatti, la Corte costituzionale dichiarò la illegittimità dell'art.222 c.p. «*nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale*» e propose espressamente, in alternativa al ricovero in OPG, «*una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice, di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica)*»³².

L'argomento di maggiore evidenza utilizzato dalla Corte fu la disparità tra il trattamento dell'infermo totale di mente necessariamente ed inevitabilmente destinato al ricovero in OPG ai sensi dell'art.222 c.p. e quello del seminfermo di mente e al minore non imputabile per i quali, rispettivamente gli artt.224 e 232 c.p., da un lato, e l'art.219 co.3, dall'altro, prevedono la possibilità della applicazione della diversa misura di sicurezza della libertà vigilata quale soluzione alternativa al riformatorio giudiziario per i minori ed al ricovero in una casa di cura e custodia per i seminfermi di mente.

In particolare, la Corte evidenziò come le disposizioni di cui all'art.228 co.2 e 3 c.p. prevedono che alle persone in stato di libertà vigilata possono essere imposte «*dal giudice prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati*», che «*tali prescrizioni possono essere dal giudice successivamente modificate o limitate*» (art.228 c.p.) e che tali prescrizioni possono avere «*anche valenza terapeutica*» e consistere, quindi, nell'affidamento o ricovero in strutture che non comportano segregazione in istituzioni totali.

7. Era stato approvato, invece, nello stesso anno in cui il CPT visitava l'OPG di Aversa, il d.P.C.M. del 1.4.2008 che trasferì al SSN le funzioni e le strutture della sanità penitenziaria e comportò la piena equiparazione della assistenza sanitaria per cittadini liberi e cittadini ristretti e, quindi, anche la netta distinzione di funzioni penitenziarie e funzioni sanitarie nella gestione degli OOPPGG.

Di questi ultimi, peraltro, per la prima volta era espressamente previsto (e delineato in tre fasi) un «*programma di superamento graduale*», in esplicito riferimento alla scelta di perseguire la tutela della salute mentale in modo di «*eliminare ogni forma di discriminazione e segregazione*», affermata nella legge n.833/1978 (allegato C, d.P.C.M. 1.4.2008).

Nello stesso anno, infine, con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, fu istituita la Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale che, nella seduta del 20 luglio 2011, approvò la «*Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*», dove, confermando implicitamente i rilievi del CPT, si affermava la necessità di «*porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma bensì*

³² Cfr. Corte costituzionale, sentenza 2-18 luglio 2003 n.253, punto 3 del «considerato in diritto». Sulla sentenza cfr., per tutti, I. MERZAGORA BETSOS – F. MARTELLI, *I cascami del Positivismo: ancora su ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale*, cit., 1149 ss.

per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne»³³.

Era ormai chiara, sull'orizzonte della evoluzione politica e sociale, la necessità di completare e chiudere un percorso di riforme legislative iniziato trent'anni prima con la legge n.180/1978.

L'esito fu l'introduzione dell'art.3-ter nel d.l. n.211/2011 con la legge di conversione n.9/2012 che, nella sua formulazione originaria, in alternativa agli OOPPGG biasimati dal CPT comunque configurava in termini assolutamente prevalenti una soluzione residenziale ed intramuraria.

Per questo la disposizione apparve in netto contrasto con i principi affermati con le leggi nn.180 e 833 del 1978³⁴ che erano stati richiamati anche dalla Corte costituzionale quando, dichiarando la parziale incostituzionalità dell'art.222 c.p., aveva esplicitamente affermato anche «l'opportunità di una attenta revisione dell'intera disciplina in questione [...] in relazione ai mutamenti introdotti sin dalle leggi 13 maggio 1978, n.180 e 23 dicembre 1978, n.833»³⁵.

Come non era mai accaduto prima, a seguito di un costante e serrato confronto con le parti sociali e nelle comunità scientifiche di riferimento, il testo originario dell'art.3-ter aggiunto al d.l. n.211/2011 con la legge di conversione n.9/2012 fu rivisto 6 volte in meno di 2 anni (d.l. n.158 del 13.9.2012, l. n.189 del 8.11.2012, d.l. n.24 del 25.3.2013, l. n.57 del 23.5.2013, d.l. n.52 del 31.3.2014, l. n.81 del 30.5.2014) per recuperarne la coerenza con le riforme del 1978 e, quindi, con fondamentali principi costituzionali³⁶.

Le modifiche intervenute con i 6 provvedimenti legislativi di riforma hanno introdotto al co.4 dell'art.3-ter d.l. n.211/2011, tra l'altro, anche il principio di *extrema ratio* dell'internamento in OPG che era stato già affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n.253/2003³⁷ e, all'atto della conversione in legge n.81/2014 del d.l. n.52/2014, avevano aggiunto il co.1-ter al relativo art.1 che dispone che «devono essere obbligatoriamente predisposti» per «ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari» «percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione».

Ma, nonostante l'implicito, ma chiarissimo riferimento alle indicazioni della Corte costituzionale, nel testo del co.6 riformato con la legge n.57/2013 restava, tuttavia, il prioritario riferimento al vincolo di una valutazione di pericolosità sociale che, orientata al criterio delle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale» - o, altrimenti, della «pericolosità latente»! -, in assenza di «risorse esterne» utili alla presa in carico dell'internato altrimenti dimissibile, avrebbe precluso l'accesso a qualsiasi progetto terapeutico-riabilitativo individuale ed eluso, quindi, il relativo obbligo delle aziende sanitarie locali.

Non sarebbe stata superata, dunque, la distorsione funzionale degli OOPPGG.

Il rimedio è stato introdotto con la legge n.81/2014 che ha chiuso la tormentata vicenda legislativa del superamento degli OOPPGG e, in particolare, dell'art.3-ter d.l. n.211/2011,

³³ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVI LEGISLATURA, DOC.XXII-BIS N.4, COMMISSIONE PARLAMENTALE DI INCHIESTA SULL'EFFICACIA E L'EFFICIENZA DEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, p. 6, in https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf (consultato il 08.10.2020)

³⁴ V. *supra* par. 5.1.

³⁵ Così Corte costituzionale, sentenza 2-18 luglio 2003 n.253, cit., punto 2 del "considerato in diritto".

³⁶ Sul punto cfr. F. SCHIAFFO, *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011*, in *Critica del diritto*, 2013, 44 ss.; ID., *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»*, cit., *passim*.

³⁷ V. *supra* par.6.

proponendone il testo divenuto poi definitivo e tuttora vigente.

Con una soluzione confermata anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n.186/2015, la legge n.81/2014 ha riformato, in particolare, il co.4 dell'art.3-ter d.l. n.211/2011, disponendo espressamente nel senso che l'accertamento della pericolosità sociale dell'infermo e seminfermo di mente sia effettuato «*senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale*» e che «*non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali*».

Mai più, dunque, i «*doveri di solidarietà politica economica e sociale*» nei confronti dell'infermo e seminfermo di mente potranno essere adempiuti con la privazione della libertà personale e rappresentare l'unica ragione del loro internamento in ospedali psichiatrici giudiziari e case di cura e custodia.

8. Rappresentata in questi termini, appare evidente che, escludendo la rilevanza delle condizioni di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p., la disposizione di cui al co.4 dell'art.3-ter d.l. n.211/2011 riformato con la legge n.81/2014 contribuisce alla riaffermazione della «*vincolatività del diritto*»³⁸ in specifico riferimento alla integrazione tra diritto penale e psichiatria, evidentemente ritenuta necessaria in funzione preventiva.

Un ruolo del tutto analogo è svolto, nell'ordinamento giuridico-penale, dai divieti fondamentali e dalla loro eventuale specificazione in altre disposizioni di legislazione ordinaria.

Nelle disposizioni costituzionali, l'esempio più efficace potrebbe rappresentato, essere questo profilo, dal divieto di pena di morte di cui all'art.27 co.4 Cost.: anche qualora ne fosse prevedibile con certezza pressoché assoluta l'efficacia politico-criminale per la prevenzione di forme, anche particolarissime, gravissime ed eccezionali, di criminalità, essa resterebbe comunque illegittima.

Nella legislazione ordinaria, invece, un esempio è rappresentato dai limiti stabiliti alla perizia psicologica dall'art.220 co.2 c.p.p.

Contro ogni acquisizione delle relative scienze di riferimento, la disposizione stabilisce il divieto di perizia volta a stabilire, nel procedimento di cognizione per la sentenza di assoluzione o condanna, «*l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche*».

Nel caso del divieto di pena di morte si tratta, evidentemente, di una disposizione caratterizzata dalla assoluta prevalenza di uno spessore etico che, secondo i noti corollari del falsificazionismo, le sottrae ad ogni ipotesi di falsificazione e valutazione scientifica³⁹.

La stessa esclusione della rilevanza di qualsiasi fondamento scientifico caratterizza, tuttavia, anche i limiti giuridici alla perizia psicologica di cui è agevolmente riconoscibile la matrice costituzionale nei principi di materialità, offensività e certezza che definiscono i caratteri fondamentali del «*diritto penale del fatto*» (artt.25 co.2 Cost.)⁴⁰

³⁸ Cfr. *supra* paragrafo 5.

³⁹ Esclude espressamente che la morale possa avere una «*base scientifica razionale*» K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, cit., 313.

⁴⁰ Per tutti, sul punto, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (1995), II ed., Napoli, 1997, 15.

9. L'evoluzione legislativa dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 può essere agevolmente sintetizzata e rappresentata come un percorso di riforme necessario a ricondurne il testo originario ad una coerente applicazione del principio di *extrema ratio* o sussidiarietà delle soluzioni intramurarie, chiaramente affermato con la sentenza n.253/2003 della Corte costituzionale (che, sotto questo profilo, condivideva chiaramente le posizioni di chi, nel 1978, aveva ispirato e sostenuto le leggi nn.180 e 833)⁴¹.

Nel testo vigente dell'art.3-ter d.l. n.211/2011 definito con la legge n.81/2014 e nei successivi atti di attuazione, la soluzione residenziale delle «*strutture*» di cui ai co.2 e 4 - che, in origine, era assolutamente preponderante nell'assetto complessivo della disposizione - è diventata, invece, meramente residuale rispetto alla progettazione di percorsi terapeutico-riabilitativi individuali da realizzare in libertà.

In particolare, se rapportato ai 1500 internati che rappresenta il dato stabilizzato delle presenze in OPG negli anni intorno al 2010⁴², il numero limitato di posti letto oggi disponibili nelle strutture subentrate agli OOPPGG (residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, REMS) lascia immaginare in termini assolutamente temporanei la soluzione residenziale e, al tempo stesso, tempi di permanenza che la necessità di un continuo *turn-over* rende inevitabilmente brevi.

Infatti, al fine evidente di evitare un percorso di istituzionalizzazione per i pazienti, l'allegato A del decreto Ministero della salute del 1.10.2012 - che, in ottemperanza del co.2 dell'art.3-ter d.l. n.211/2011, definisce i requisiti delle «*strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza*» del ricovero in OPG e CCC - indica per ciascuna di esse una capienza massima in 20 posti letto.

Appare, dunque, assolutamente conseguenziale il numero di 609 posti letto che, nella “Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (19 agosto 2016 - 19 febbraio 2017)”, sono calcolati nelle R.E.M.S. attualmente funzionanti sul territorio nazionale, in via provvisoria o definitiva⁴³.

Il dato di 569 pazienti a fronte di una disponibilità di 609 posti letto riportato nella stessa relazione indica, invece, chiaramente che la strada maestra del trattamento terapeutico in condizioni di libertà, già indicata dalla Corte costituzionale nella sentenza n.253/2003, è preferita e praticata dagli operatori di settore anche indipendentemente da qualsiasi esigenza di *turn-over*.

10. Senza modificare il codice penale, la legislazione per il superamento degli OPG ha decisamente compromesso l'assetto fondamentale della originaria disciplina delle misure di sicurezza personali, di cui, quindi, appare ormai evidente la necessità di una riforma che ne riordini e ridefinisca il sistema.

⁴¹ In tal senso cfr., per tutti, A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in www.costituzionalismo.it (3 luglio 2015), par.6 e M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.* 2014, 917 ss., 921.

⁴² Cfr. http://www.ristretti.it/commenti/2013/luglio/pdf3/opg_statistiche.pdf (consultato il 08.10.2020) (elaborazione del Centro Studi di Ristretti Orizzonti su dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica).

⁴³ Cfr. *Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (19 agosto 2016 - 19 febbraio 2017)*, in [http://www.camera.it/temiap/2017/02/28/OCD177-2763.pdf](http://www.camera.it/temiap/2017/02/28/ OCD177-2763.pdf) (consultato il 08.10.2020), p.25.

Dopo ottantaquattro anni, infatti, la esclusione del criterio per la valutazione della pericolosità sociale di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p. stabilita al co.4 dell'art.3-ter d.l. n.211/2011 modifica l'unico presupposto sempre necessario per l'applicazione e soprattutto per la proroga in esecuzione delle misure di sicurezza. Anche se la nuova disposizione riguarda esclusivamente la pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di reato⁴⁴, ne risultano comunque messi in discussione i fondamentali postulati teorici del sistema delle misure di sicurezza.

In termini ancora più evidenti, la legislazione per il superamento degli OPG ha compromesso, inoltre, la coerenza della disciplina delle misure di sicurezza anche con l'altra fondamentale caratteristica dell'originario sistema codicistico delle misure di sicurezza.

La disposizione di cui al co.1-*quater* dell'art.1 del d.l. n.52/2014 convertito con la legge n.81/2014 stabilisce, infatti, che tutte le «*misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso*»; finalmente, dunque, ne risulta esclusa la possibilità che l'applicazione di una misura di sicurezza personale e detentiva duri per l'intera vita dell'internato.

Si tratta di un esito del tutto conforme ai fondamentali principi costituzionali di proporzionalità e ragionevolezza che comunque destabilizzano il sistema della originaria disciplina delle misure di sicurezza personali.

L'opportunità di una riforma è emersa anche nelle disposizioni della legge n.103/2017 che all'art.1 co.16 lett. C e D conferisce delega al Governo per la riforma della disciplina complessiva delle misure di sicurezza personali⁴⁵ che, tuttavia, in ragione delle successive vicende politiche non ha avuto alcun esito.

Date le vicende descritte, l'irrimediabile imprecisione e l'inevitabile indeterminatezza del requisito della pericolosità sociale determinate dalla sua essenziale ambiguità ora evidenziata anche dalla disposizione di cui all'art.3-ter co.4 d.l. n.211/2011 come riformato dalla legge n.81/2014, nonché la limitazione che, rinviando alle comminatorie edittali, è stata finalmente posta alla durata delle misure di sicurezza personali detentive con la disposizione di cui all'art.1 co.1-*quater* aggiunto al d.l. n.52/2014 con la stessa legge n.81/2014 e, infine, la necessità di evitare distorsioni funzionali nella organizzazione dei servizi sanitari e penitenziari, a nostro avviso resta, pertanto, fondamentale irrisolto l'interrogativo circa la possibilità che le misure di sicurezza «*effettivamente rappresentino un qualcosa di diverso dalle pene*»⁴⁶.

⁴⁴ In tal senso cfr. anche Corte costituzionale, sentenza 24 giugno – 23 luglio 2015, n.186.

⁴⁵ Sul punto sia consentito il rinvio a F. SCHIAFFO, *Delega per la riforma delle misure di sicurezza: l'eco di un "immenso appetito di medicina"*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 119 ss.

⁴⁶ A. FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, cit., 629.

Premesse culturali del sistema multilivello delle fonti che regolano il processo penale europeo¹

FABIANA FALATO

ABSTRACT

The juridical pluralism of postmodernity has changed the boundaries of the "old" concept of legality which today appears as the result of the balance between ius constitutionis and ius litigatoris. Specifically, the creation of a European ius commune, produced above all by the European Courts on the common law model and characterized by the complexity of the new system of sources, has developed a legality of international level, flanked more than superordinate to the legality of national states.

SOMMARIO: 1. Il metodo. – 2. I punti di essenza. – 3. Il contesto. – 4. Le ricadute sulla soggezione del giudice esclusivamente alla legge.

1. Molti discorsi sono stati fatti su come *Intendere* l'Europa.

Intendere l'Europa non significa soltanto comparare popoli e Paesi, risorse economiche, dimensioni e strutture, ideologie e modelli statuali e/o politico-istituzionali, potenzialità di integrazione.

Intendere l'Europa vuole dire identificarla nella sua ontologia, nella sua essenza morale, spirituale; (vuole dire) coglierne il valore come si rivela nella sua storia, nel modo in cui essa, dai Greci in poi, è stata pensata, sentita, soprattutto è stata costruita come una comunità civile prima che politica.

L'insegnamento è antico. Rimanda alle opere di Benedetto Croce, di Carlo Curcio, di Federico Chabod, di Adolfo Omodeo, di J. Baptiste Duroselle, in cui traspare la passione civile degli Autori per un'Europa ancora tutta da costruire; sentita come mito e come utopia da cui trarre ragioni e sollecitazioni per affidare un messaggio di vibrante vigore alle generazioni future; come termine non meramente geografico; come espressione di una peculiare *tradizione giuridica*, che arricchisce, integrandole, l'autorità normativa delle fonti del diritto degli Stati membri.

In questo contesto, l'Unione europea è *tradizione giuridica*, in quanto è fattore formativo del diritto; è *diritto vivente* di una comunità, soggetta a continua evoluzione. Specularmente, essa non è il prodotto di alcuna specifica civiltà, giacché all'interno del medesimo territorio convivono, interagiscono, si integrano diversi ordinamenti; i quali, a loro volta, si riducono ad *unicum* quando la dimensione del diritto diventa sovranazionale.

Dunque, la *tradizione europea* è un sistema vivace, dinamico, sempre in movimento; che, perciò, travalica i limiti delle sistemazioni categoriali in sistemi giuridici, preferendo loro le relazioni

¹ Nel testo sono riprese alcune considerazioni già svolte dall'A. in FALATO (a cura di), *Scritti di Cooperazione giudiziaria penale*, Roma, 2018.

tra diritto, diritti, legislazioni, giurisdizioni; raccorda gli ordinamenti sulla funzione *sociale* del diritto; mitiga la separazione tra *civil law* e *common law*² adattandosi ad entrambi; compendia le loro specifiche diversità pur non alterando l'ontologia identitaria di ciascuno.

Non è un caso che l'art. 6, paragrafo 3, TUE riconosca alle «tradizioni comuni agli Stati membri» il valore di principi generali dell'ordinamento unionistico e che l'art. 4, paragrafo 2, TUE rassicuri sul rispetto della «identità nazionale» di ciascuno di quegli Stati.

Ciò significa – si vedrà – che il paradigma ordinamentale proposto dall'Unione non va ricondotto esclusivamente al modello di sovranità statale, identificando nel secondo il limite invalicabile per il primo in una prospettiva di continuo, latente, potenziale conflitto tra le due sovranità. Al contrario, bisogna convincersi che l'Unione configura un altro (e diverso) modello di sovranità, pensato non come supremazia su un territorio o su un popolo, o nella identificazione tra imposizione fiscale e rappresentanza politica, ma ordinato dall'integrazione d'una pluralità di ordinamenti nazionali che si “aprono” e concorrono alla formazione d'un unico spazio giuridico.

Qui, basterà dire che nella tradizione europea, *civil law* e *common law* manifestano identità interdipendenti, piuttosto che essenzialiste e separate, perfettamente in linea con un ordinamento giuridico che si innerva di principi più che di norme, risultante da una storia comune, appunto, da una tradizione comune in continua evoluzione.

Il diritto come tradizione. Dunque, un corpo normativo che come ogni organismo vivente cresce e si trasforma, mantenendo la propria identità, mentre le singole parti di cui è composto sono soggette a un crescente processo di trasformazione e di cambiamento, di decadenza e di rinnovamento³.

Le ricadute sul modello istituzionale sono di facile intelligibilità: l'Europa non propone agli Stati membri la composizione di codici europei comuni⁴; l'integrazione europea esalta la funzione della giurisprudenza, il ruolo dei giudici nella creazione di un *diritto comune europeo* che si affianca – e in casi particolari, si sostituisce – a quello dettato dal legislatore nazionale per assicurare la miglior tutela dei diritti fondamentali individuali.

Non meraviglia l'assunto, se si tiene conto che nell'Europa in costruzione, nel difficile sforzo di armonizzare l'unità con le specifiche diversità, la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza *Stauder* del 1969⁵, si è fatta carico della funzione di individuare e di garantire «quei diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario», ponendo attenzione allo strato profondo dell'ordine giuridico europeo dove i valori diventano principi ed i principi consentono il riconoscimento dei diritti fondamentali.

² «la cultura giuridica della civiltà occidentale si divide in due regioni del tutto differenti: da una parte i paesi dove è stato recepito il diritto romano e dove più tardi furono fatte le codificazioni secondo il modello del codice giustiniano, dall'altra parte i paesi del Case Law anglosassone. In quelli il depositario del diritto è il legislatore, in questi il ceto dei giuristi. Il quelli l'interpretazione del diritto discende dalla norma al caso singolo, in questi sale dal caso singolo alla norma. Lì si crea diritto sulla base delle leggi e dello spirito della legge, qui sulla base della vita giuridica e della natura dei fatti»: G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962, 7.

³ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Intervento al Seminario “60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di giustizia e le Corti supreme italiane”, Roma, 25 maggio 2017, in *Rivista AIC*, 3, 2017, p. 19.

⁴ «l'idea stessa di codice appartiene al passato di un legislatore capace, allo stesso tempo imperio rationis e ratione imperii, di ordinare una società soggetta alla propria sovranità e racchiusa entro le frontiere politiche dello Stato nazione»: F.P. Casavola, *Dal diritto romano al diritto europeo*, Napoli, 2006, 23.

⁵ Corte giust., 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*.

Da quel momento, il diritto europeo si è trasformato in un diritto soprattutto giurisprudenziale (sia pure normativamente guidato) che in Italia ha consentito di superare antiche certezze positivistiche⁶.

Ebbene: diritto giurisprudenziale e diritto legiferato, diritto del *case law* e fattispecie generali della legge sono le forme in cui si manifesta lo *ius commune europeo* dal quale origina e al quale partecipa lo sviluppo del diritto contemporaneo italiano, in cui il modello ordinamentale piramidale è da tempo in crisi, in quanto sempre più oppressivo rispetto ai movimenti e ai mutamenti rapidi ed intensi che investono l'esperienza e la teoria del diritto e meno rispondente ai bisogni del processo di globalizzazione, qui da intendersi nella sua accezione di spazio nel cui ambito i soggetti si trovano al cospetto di differenti sistemi legali.

Il profilo politico della giustizia costituzionale post-moderna conferma l'assunto.

Non può negarsi, infatti, che la partecipazione dell'Italia alla costruzione, dapprima, di un Mercato Comune europeo, poi, di una Comunità economica ed infine di una Unione politica e giuridica abbia contribuito al progressivo superamento della visione strettamente statalistica e legalistica del diritto, vincolata al positivismo giuridico e caratterizzata dall'assolutismo giuridico.

Oggi, poi, il dialogo tra sistemi ad opera delle rispettive Corti (nazionali e sovranazionali) consente la costante evoluzione, in direzione europeista, della cultura giuridica del nostro Paese, in quanto le relazioni interordinamentali lasciano aperta la partita soprattutto sul terreno della tutela dei diritti fondamentali e, favorendo il confronto tra Carte e giurisprudenze, consentono, da un lato, di fare chiarezza sugli enunciati costituzionali nazionali, dall'altro, di svecchiarne il linguaggio. Esigenza, l'ultima, particolarmente avvertita se si tiene conto che le democrazie contemporanee si aprono alle differenziazioni dei diritti favorendo il riconoscimento di quelli di nuovo conio, come i cd. diritti culturali, frutto della integrazione dei diritti della maggioranza con quelli delle minoranze (*pluriculturalismo costituzionale*).

I ragionamenti e soprattutto i riferimenti all'Europa nelle sue varie accezioni fin qui riportati impongono di chiarire che non si sta confondendo l'Europa con l'Unione europea; cioè l'entità geografica con l'organizzazione politica che associa ventisette Stati sovrani del Continente e che opera in virtù di trattati internazionali.

Si sta dicendo che la seconda risente inevitabilmente delle informazioni che le derivano dalla storia della prima; che l'Unione europea si è appropriata, nelle modalità di funzionamento e nella organizzazione istituzionale, di tecniche e di meccanismi propri dell'ordinamento internazionale e del diritto degli Stati che ne sono membri, combinandoli e sviluppando soluzioni del tutto originali; che l'originalità del modello istituzionale europeo ha indotto pure la trasformazione degli Stati nazionali, inaugurando una nuova fase dell'evoluzione dei rispettivi ordinamenti. Si assiste ad un processo osmotico, ad una progressiva "costituzionalizzazione" del diritto interstatale a cui è

⁶ («(...) si comprese, allora, che norme troppo rigide e troppo dettagliate rischiavano di essere presto superate, e che era più rispondente ai tempi fissare principi, che, in quanto assai elastici, avrebbero costituito uno strumento duttile nelle mani degli interpreti, soprattutto dei giudici. In Italia deve segnalarsi, addirittura, un atteggiamento in tal senso dello stesso legislatore, il quale tende a offrire dei principi, a legiferare per principi. Ne è un esempio importante il cosiddetto 'Codice del processo amministrativo', varato nel 2010, che non è proprio un codice ma piuttosto un insieme armonico di principi che attendono dai giudici di essere resi regole concrete nei differenti casi dell'esperienza»: P. GROSSI, *Intervento, Forum dei Presidenti delle Corti europee, Lussemburgo*, 27 marzo 2017.

corrisposta una “europeizzazione degli ordinamenti costituzionali nazionali”⁷ che porta alla costruzione di una federazione degli Stati dell’Unione europea; i quali, pur non perdendo i tratti tipici della sovranità, assumono una struttura complementare alle istituzioni sovranazionali e alla loro originalità⁸.

Perciò non è scorretto accostare il termine Europa, nei limiti in cui comprende i Paesi dell’Unione europea, a quello di Unione europea ed in questa latitudine considerarlo.

2. La transizione dallo stato legislativo di diritto coniato dalla rivoluzione francese e fatto proprio dalla civiltà borghese allo stato costituzionale di diritto è stato netto, proprio a causa dello sviluppo della integrazione europea che ha aperto una variante significativa sul fronte delle interazioni tra diritto, mutamento istituzionali e trasformazioni culturali, creando un profondo solco di discontinuità. Invero, il primo modello era caratterizzato da strutture giuridiche semplici e nitide: sistema delle fonti governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza, dominio incontrastato della legge, saldezza della separazione di campo della legislazione e della giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali, fiducia dell’interprete nel testo, certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione amministrativa o giurisdizionale. Nessuno di questi elementi strutturali resta intatto con l’avvento del secondo modello, lo Stato costituzionale di diritto: il sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la Costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più limitata delle antinomie. Cessa la duplice riduzione del diritto a diritto dello Stato postulata dallo statalismo e del diritto dello Stato alla legge presupposta dal legalismo, riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale⁹.

L’ingresso nel tessuto costituzionale italiano della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (ad opera delle note sentenze gemelle della Corte costituzionale, nn. 348 e 349 del 2007) ed in quello della maggior parte degli Stati appartenenti al Consiglio d’Europa e la comunitarizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (il cui valore vincolante, sia pure nei limiti previsti dall’art. 51 CDFUE¹⁰, si desume dall’art. 6, paragrafo 1, TUE) hanno favorito sensibilità nuove, rimediando ad alcune distorsioni applicative del sistema interno e favorendo un sistema europeo di protezione dei diritti umani. Specularmente, le giurisdizioni nazionali hanno intrecciato un dialogo fittissimo, anche se non di rado problematico, con le Corti sovranazionali. Il ruolo protagonista della Corte EDU è oramai innegabile, pure in materia penale, e si affianca a quello della Corte di giustizia, capace di ricavare dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri, principi idonei alla tutela dei diritti, di rielaborarli, di restituirli ai legislatori, ai giudici e alle Corti nazionali come altrettanti

⁷ G. GUZZETTA, *La contaminazione costituzionale del diritto europeo. interrogativi in un ordinamento in divenire*, Torino, 2015, 9.

⁸ Sulla natura dell’UE in senso declassante, in una visione comparata, cfr. BvG, 2BvE 2/08, 30 giugno 2009: la Corte costituzionale tedesca, ribadendo le conclusioni raggiunte nella sentenza del 1993 sul Trattato di Maastricht, ha affermato che l’Unione europea è uno *Staatenverbund*, ovvero, un’unione di stati in cui ciascuno rimane «padrone dei Trattati»; sicché l’UE non godrebbe di una vera e propria *sovranità*, bensì di una mera «autonomia decisionale» derivata dalla volontà degli stati membri.

⁹ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Milano, 2016, 462.

¹⁰ Da ultime, Corte cost., 12 maggio 2017, n. 111 e Id., 24 marzo 2016, n. 63; Corte giust., 16 maggio 2017, C-682/15.

criteri ermeneutici proprio nella materia delle situazioni giuridiche soggettive protette. Insomma, il dialogo aperto e cooperativo tra le Corti, comportando il progressivo convergere dei valori nazionali in quelli europei ispirato, a sua volta, alle tradizioni costituzionali comuni dei singoli Stati, rende razionale il circuito plurilivello della giurisprudenza e fissa comuni standard di protezione.

Il risultato cui si perviene non è tanto la definizione di principi non solo comuni ma anche identici per tutti gli ordinamenti, quanto, piuttosto, la coesistenza, in un sistema normativo multidirezionale, i cui destinatari sono la stessa Unione, i singoli Stati membri ed i loro cittadini, di valori, anche tra loro formalmente differenti ma nella sostanza omogenei, che, a seconda dei casi, potranno trovare la loro miglior tutela nell'uno o nell'altro ordinamento, in una prospettiva di dialogo e di collaborazione tra le varie Corti¹¹.

Tale è l'ottica della giustizia costituzionale europea che segue la nuova, attuale stagione nella quale vive il diritto in generale ed il processo penale, in particolare, nel cui ambito, la relazione tra dimensione giuridica, dimensione culturale e dimensione normativa dei fenomeni giuridici origina dall'ampliamento delle interazioni tra culture diverse e differenti sistemi.

Il progetto, dunque, è l'abbandono del *sovranoismo* a favore dell'armonizzazione con i diritti provenienti dall'Europa per costruire regole e principi comuni. L'effetto è l'*integrazione*.

3. Il fenomeno si sviluppa in un contesto che, s'è accennato, riconosce al diritto dell'Unione europea, la natura di «cerchio supplementare di legalità, oltre la legge e oltre la Costituzione di un singolo stato membro»¹² ed alla CEDU, un rango supralegislativo ed infracostituzionale; che richiama la Corte costituzionale al ruolo, sincero, di custode della Carta costituzionale, di garante dell'osservanza del diritto sovranazionale, di guardiana del rispetto della Convenzione europea¹³. Infine, che si pone l'obiettivo di assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca¹⁴, aprendo alla omogeneizzazione delle diverse giurisprudenze, resa possibile dal carattere tendenzialmente universale dei diritti fondamentali, al di là della varietà delle formulazioni lessicali.

Il livello di garanzia, invece, si manifesta nei vincoli derivanti dall'ordinamento sovranazionale e dagli obblighi internazionali (artt. 11 e 117, 1° co., Cost.), temperati, rispettivamente, dai controlimiti e dal margine di apprezzamento, nonché nel segmento normativo degli artt. 6, parr. 1 e 3, TUE (67, par. 1, TFUE); 19, par. 1, prima parte, TUE; 19, par. 1, seconda parte, TUE; 51-53 CDFUE; 53 CEDU, nell'art. 6, par. 3, TUE, in cui il rapporto *fonti-interpretazioni* penetra il sistema giuridico e definisce i profili di tutela delle posizioni soggettive e delle situazioni che vi si riferiscono, assicurando, da un lato, sulla sussistenza, nella materia, di un patrimonio comune a cui attingono le Corti nazionali, sovranazionali ed internazionali e, dall'altro, che l'ambito delle garanzie è

¹¹ R. CAFARI PANICO, *I diritti nell'Europa che vorremmo*, in *Eurojus.it*, 14 maggio 2017; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017.

¹² G. TESAURO, *Prefazione* a G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di, Milano, 2017, XVIII.

¹³ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., 8.

¹⁴ A partire da Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 e Id., 4 dicembre 2009, n. 317. Successivamente, Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264; Id., 4 luglio 2013, n. 170; Id., 18 luglio 2013, n. 202; Id., 4 luglio 2014, n. 191; Id., 26 settembre 2014, n. 227; n. 223 del 2014; Id., 26 marzo 2015, n. 49.

determinato tenendo conto del livello istituzionale in grado di tutelare e di garantire con maggiore effettività, rispetto ad altri, l'esercizio di un diritto o di una libertà. Sicché, quella combinazione normativa non comporta dismissioni ed erosioni della potestà statale in materia di diritti; non altera (non può) i rapporti tra giurisdizione nazionale (soprattutto, costituzionale) e giurisdizioni sovranazionali ed internazionali; né implica che la prima perda rilievo a fronte di una espansione delle seconde; e nemmeno determina il declino degli Stati nazionali e la perdita del ruolo normativo del diritto interno. Allo stesso modo, la logica di una tutela a diversi livelli ma omogenea nel contenuto valoriale non genera confusione né pericolose commistioni tra *fenomeni* e *situazioni*. Non pregiudica lo stato di diritto nel suo paradigma legislativo (= principio di legalità come fonte esclusiva del diritto valido ed ancor prima esistente) e neanche nel suo significato costituzionale (= subordinazione della legge ordinaria alla Costituzione). Non provoca la deriva dei principi di legalità e della certezza del diritto.

Al contrario, il segmento modifica l'ontologia dei relativi lemmi, sviluppando una legalità di livello internazionale, affiancata, più che sovraordinata, a quella degli Stati nazionali, cui ha corrisposto, insieme alla creazione di Corti sovranazionali ed al fenomeno crescente del dialogo tra Corti nazionali e Corti sovranazionali, una ulteriore espansione della giurisdizione e dell'argomentazione interpretativa. Contestualizza la concezione dialettica delle regole giuridiche funzionali a ricondurre il *diritto vivente* in seno al divenire dell'ordine giuridico, secondo cui la *norma* non è da considerare come racchiusa nella disposizione, quasi che quest'ultima possa essere ridotta ad un involucro che già contenga *in nuce* tutte le possibilità interpretative che potranno in futuro essere ad essa ricollegate ma è ogni volta il risultato di un'attività interpretativa volta, appunto, ad intendere il senso della regola nel diritto vivente. Ancora. Contribuisce allo sviluppo dell'ordinamento giuridico interno, aprendolo al confronto, alle alternative, ai mutamenti della giurisprudenza delle Corti interne, di quelle europee e dei giudici comuni. Infine. Legittima la nozione *dinamica* di giurisdizione, per cui è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale ma anche quella che dà contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali si estrinseca.

In questo perimetro, si inseriscono gli arresti costituzionali in tema di *doppia pregiudizialità*¹⁵, che impongono di prendere atto che la Carta dei diritti [fondamentali dell'Unione europea] costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale e che i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)¹⁶; che dispongono, nel caso di contrasto di una disposizione legislativa interna rispetto ad una della Carta UE di garanzia di un diritto fondamentale¹⁷, da sola¹⁸ o in combinazione con una norma di diritto derivato ad essa collegata, oppure una qualsiasi norma europea corrispondente per contenuto ad una disposizione della Costituzione, la opportunità (non la obbligatorietà) che il giudice solleci, prima di investire la Corte di giustizia di un dubbio interpretativo o di validità e/o prima di

¹⁵ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269; Id., 21 febbraio 2019, n. 20; Id., 21 marzo 2019, n. 63; Id., 10 maggio 2019, n. 112; Id., 10 maggio 2019, n. 117; Id., 29 novembre 2019, n. 245.

¹⁶ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, cit.

¹⁷ Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, cit.

¹⁸ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, cit.

disapplicare la disposizione qualora ritenga che la norma europea sia dotata di un effetto diretto, un intervento *erga omnes* della Corte costituzionale, la quale, nella sua discrezionalità, valuterà se affrontare prima il denunciato contrasto della legge con il diritto europeo, parametro interposto, oppure con il parametro costituzionale, ed eventualmente dichiarare incostituzionale la legge per l'una o per l'altra, o per entrambe, le ragioni.

L'auspicato concorso di rimedi giurisdizionali in una prospettiva di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali segna il definitivo tramonto della sovranità statale a favore della tutela multilivello delle situazioni soggettive, nonostante la Corte non rinunci alla propria centralità, a rappresentare, cioè, il punto di raccordo tra i diversi livelli di garanzia in termini di equilibrato contemperamento tra esigenze sovranazionali e bisogni nazionali.

4. I mutamenti rappresentati (qui per sintesi) hanno messo in crisi alcune caratteristiche strutturali del tradizionale principio di soggezione del giudice soltanto alla legge.

Non meraviglia. La progressiva integrazione delle competenze interne con quelle dell'Unione europea (finanche nella materia penale: artt. 82 e 83 TFUE), l'incidenza delle fonti *esterne* sull'ordinamento nazionale sono fenomeni che proiettano l'ordinamento giuridico domestico in una visione *post-sovrano*centrica che, tra le altre, riconosce progressiva vincolatività all'interpretazione adeguatrice del diritto domestico al diritto *altro*. In particolare. La soggezione del giudice alla legislazione è condizionata alla verifica della legittimità della legge rispetto alla Costituzione, per via dell'obbligo della interpretazione adeguatrice, della sua congruenza alle Carte sovranazionali e, con diversa modulazione, alla giurisprudenza delle Corti europee. Ciò vuol dire che la regola di comportamento dettata dal secondo comma dell'art. 101 Cost. coniuga le risorse della ermeneutica dogmatico-nazionalista con quelle pragmatico-europeiste, determinando una torsione della interpretazione della norma interna per effetto della norma sovranazionale, dalla quale deriva una disciplina di sintesi, in cui la disposizione applicata è nazionale ma il suo contenuto è definito alla luce del diritto dell'Unione e/o della CEDU.

Il sunto di questa nuova situazione – che si manifesta nella efficacia diretta delle sentenze della Corte di giustizia e nell'effetto precettivo della giurisprudenza consolidata e delle sentenze-pilote della Corte europea oltre che nella interpretazione conforme e nell'obbligo della non applicazione, nel vincolo di soggezione ai codici interni ed ai regolamenti e alle direttive *self executing* – si pone come chiaro sintomo della singolarità della tradizione giuridica europea rispetto a quelle di *civil* e di *common law*. E svela il nuovo modo di intendere la sovranità, l'ordinamento, la legalità del tutto compatibile con l'aumento del tasso di creatività dei prodotti giudiziari.

Ora, se l'interpretazione, l'argomentazione giuridica ed i precedenti rappresentano altrettanti aspetti di quel *sentimento*; l'adeguamento dell'ordinamento statale alla dimensione internazionale e sovranazionale ha comportato l'apertura al *pluralismo giuridico esterno* ed alla efficacia diretta o indiretta di norme prodotte altrove, che devono essere riconosciute. Lo dimostrano i riferimenti normativi dell'art. 10, 1° comma, Cost. che consente alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute di operare anche nei confronti dell'ordinamento nazionale; dell'art. 11 Cost. quando consente alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; dell'art. 117, 1° comma, Cost. nella parte in cui impone il rispetto dei obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario e quelli assunti con i trattati internazionali. Si aggiunga, il superamento

del vincolo della dimensione territoriale, dal momento che i sistemi normativi transnazionali non sono in alcun modo legati al territorio e lo spazio europeo deve essere inteso come ambito di competenza normativa, non anche come *luogo*; s'è spiegato. Di conseguenza, la *lex* comunitaria penetra per forza propria nell'ordinamento statale, che la recepisce riconoscendo efficacia diretta alle regole che la compongono nonché ai modelli che la rappresentano.

A ben vedere, nel nostro ordinamento la labilità dei confini tra categorie di *civil* e di *common law* si manifesta già nella fisionomia del *pluralismo giuridico interno*. Infatti, il sistema ricorre a forme di auto-integrazione ogniqualvolta debba riparare cronicizzate patologie sul fronte dei rapporti tra legislazione e giurisdizione, e/o abbia bisogno di adeguare, di ordinare e di disciplinare la fluidità dei nuovi fenomeni socio-economico-culturali, come è accaduto nell'ultimo periodo storico. Perciò, per soddisfare bisogni di efficienza, il sistema nazionale non solo si apre a nuove interpretazioni¹⁹ ma riconosce pure nuove categorie, sia pure non poste dalla legge ma costruite dagli interpreti (si pensi all'abnormità), nuovi diritti (come, ad esempio, la tutela della privacy e dell'ambiente) e innovate culture giuridiche. Ne è chiaro sintomo il ricorso sempre più frequente al modello decisionale additivo che colpisce le disposizioni legislative non per quel che dicono ma per quello che non dicono, rimediando, in tal modo, alla incostituzionalità non dei provvedimenti ma dei silenzi del legislatore. Sono innegabili il carattere *creativo* delle pronunce additive; l'esercizio da parte del giudice costituzionale di un'attività nomogenetica; i ragionamenti in termini di redistribuzione di poteri fondati sull'idea secondo cui, già a livello interno, le dinamiche dialettiche tra dato positivo e giudici affievoliscono le tipicità della tradizione di *civil law*.

La fluidità del distinguo tra categorie, poi, diventa manifesta se quei fenomeni sono letti nell'ottica dell'integrazione europea che – s'è ampiamente detto – innovando la interpretazione del secondo comma dell'art. 101 Cost. pare legittimare il *sistema del precedente*, dove la *duttilità valoriale* e la *flessibilità* delle regole non sono sempre sintomi della *crisi della giustizia*. Ciò nonostante, «la maggioranza dei giuristi di *civil law* non ha ancora preso coscienza di questa svolta massiccia, o, peggio, è tuttora dominata da un insensato meccanismo psicologico di rimozione. Eppure, sono evidenti le mutazioni rapidissime e intense a livello sociale, economico, tecnico. Eppure, è evidente l'incapacità del legislatore e il crescere di vuoti normativi, che non possono essere dei vuoti giuridici perché se il nomoteta tace, sarà l'ordine giuridico a provvedervi in qualche modo spontaneamente (...) Lo stesso legislatore – a partire dagli anni Novecento, ossia dalla prima legge sul procedimento amministrativo – ha preso coscienza della inattività di una normazione volta a disciplinare dettagliatissimamente una certa materia (come un tempo, presuntuosamente, il legislatore ed il codificatore erano soliti fare), inattività provocata dalla estrema mutevolezza socio-economica e tecnica; con la conseguenza di una scelta innovativa, un legiferare per principii, un offrire autorevolmente una cornice di principii, lasciando agli “interpreti-applicatori” ulteriori precisazioni (...) L'atteggiamento dello stesso legislatore in Italia può apparire come la presa d'atto d'una svolta non più dilazionabile, una svolta che è nell'aria e che investe l'ordine giuridico in tutte le sue nervature: il ruolo crescente dell'interprete, lo spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dal legislatore all'interprete, il

¹⁹ Cfr., Corte cost., 13 aprile 2011, n. 16; Cass., SS. UU., 19 gennaio 2017, Patalano; Id., 28 aprile 2016, Dasgupta; Id., 21 luglio 2016, Nunziata.

coinvolgimento di questo nello stesso processo di enucleazione e definizione del diritto, processo che manifesta sempre più un carattere inventivo»²⁰.

Tale evoluzione sembra ulteriormente e significativamente dimostrata dalla crescente valorizzazione del *diritto vivente*, quale indice di un percorso argomentativo condiviso e, in quanto tale, meritevole di considerazione nelle valutazioni ermeneutiche.

Il vincolo alla libertà interpretativa, compatibile con la concezione rigida della regola della soggezione del giudice soltanto alla legge, dunque, risulta indebolito (pure) dalla composizione dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione dovuta, appunto, alla definitiva affermazione nella giurisprudenza costituzionale della teoria del *diritto vivente di fonte giurisprudenziale*²¹ che ha comportato, a sua volta, un'autolimitazione da parte della prima Corte che si astiene dal fornire una propria interpretazione della disposizione censurata, qualora una stabile elaborazione giurisprudenziale²² della Cassazione abbia identificato ed enunciato il significato normativo da attribuirle.

In questi termini, in presenza di una interpretazione stabilizzata e consolidata fornita dal giudice della nomofilachia, la Corte costituzionale assume la disposizione censurata nel significato in cui essa attualmente vive nell'applicazione giudiziale, del quale deve accertare la compatibilità con i parametri costituzionali evocati dal rimettente²³.

Infine. Il diritto vivente vincola pure il potere interpretativo del giudice comune che ne è condizionato quando la norma sia conforme ai parametri costituzionali e la relativa interpretazione sia idonea a porla al riparo dai dubbi di legittimità costituzionale che egli eventualmente adombri. In tal caso, si configura un vero e proprio onere giudiziale della interpretazione costituzionalmente orientata quale requisito di ammissibilità dell'incidente di costituzionalità²⁴. Sicché, qualora l'interpretazione di una disposizione che abbia assunto i caratteri del diritto vivente consenta di ritenere privi di consistenza i dubbi di legittimità costituzionale, il giudice comune deve attenersi, non potendo offrirne una diversa esegesi²⁵.

Appare chiaro, già dalle aree di creatività previste nel contesto *interno*, che la soggezione del giudice soltanto alla legge intende salvaguardare la sua autonomia ed indipendenza, non volendo esprimere una relazione di tipo gerarchico tra il giudice e le fonti. Allo stesso modo, la specificità degli itinerari dettati dalla Corte costituzionale per organizzare i rapporti tra giudici costituzionale e comune e tra giudici nazionale e sovranazionale riduce il rischio di accordare una libertà incondizionata all'interprete nonché quello di prassi decisioniste o di natura meramente politica. Insomma, nonostante manchi una definita *cultura del precedente*, il dialogo tra Corti conduce ad un concetto evoluto del principio di legalità che, consentendo la massima espansione della portata del significato della regola di comportamento della *soggezione* riferita a livelli eterogenei di fonti del diritto, riduce, anche per questa via, il divario tra le tradizioni di *civil* e di *common law*.

²⁰ P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici, Lectio magistralis*, Università degli Studi di Salerno, 14 marzo 2017, in www.cortecostituzionale.it.

²¹ L'ingresso del sintagma nella giurisprudenza costituzionale è segnato da Corte cost., n. 276 dell'11 dicembre 1974, mentre dalla sentenza n. 120 del 30 aprile 1984 sempre la Corte ha stabilito che il *diritto vivente* è solo quello offerto dalla Corte di cassazione.

²² Nei termini indicati a partire da Corte cost., 26 ottobre 1982, n. 171, fino a, *ex plurimis*, Id., 6 dicembre 2004, n. 376; Id., 24 luglio 2007, n. 321; Id., 10 marzo 2008, n. 64; Id., 16 maggio 2008, n. 146.

²³ Corte cost., 22 dicembre 2011, n. 338.

²⁴ Da Corte cost., 22 ottobre 1966, n. 356.

²⁵ Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239; Id., 25 luglio 2008, n. 302; Id., 31 ottobre 1995, n. 473.

Nella direzione descritta sembra porsi la recente riforma del processo penale, in cui il vincolo del precedente assume un preciso significato: i commi 1 *bis* e 1 *ter* dell'art. 618 c.p.p. impongono alla sezione semplice della Corte di cassazione, in caso di *overruling*, di rimettere il caso alle Sezioni Unite (come già avviene nell'art. 374, comma 3, c.p.c.). Questa forma di *stare decisis* – peraltro affine con la regola espressa nel § 138 del *Gerichtsverfassungsgesetz* tedesco (in base al quale i *Große Senate* e i *Vereinigte Senate* possono statuire solo sulla questione giuridica loro rimessa dal *Senate* con una decisione vincolante per i *Senat* al quale il caso ritorna per la decisione finale sul ricorso *ex* 138 comma 1 GVG²⁶) – non solo avvicina il nostro sistema alle tradizioni giuridiche di *common law* ma attenua pure la tenuta della dicotomia classica basata sulla diversa *forza* del precedente (*vincolante* in *common law*; meramente *persuasivo* in *civil law*), senza destabilizzare la fondatezza della legalità e della certezza del diritto. Queste ultime, addirittura, potrebbero uscirne rafforzate, dal momento che il precedente costituisce un dato del giudizio messo in relazione con la *law in books* per rispondere ai bisogni, appunto, della certezza del diritto e dei valori ad essa sottesi, nonché per soddisfare non trascurabili ragioni di economia processuale²⁷.

Epperò, si badi bene, il modello garantista della pos-modernità non smarrisce il ruolo regolativo della legislazione, ne relativizza soltanto i limiti ed i vincoli legali (diritto vigente), ammettendo, da un lato, la loro inidoneità ad eliminare gli spazi di discrezionalità giudiziale colmati dall'argomentazione ermeneutica (diritto vivente) e dall'altro, svelandone la natura di *condizioni di validità* del diritto di produzione giurisprudenziale²⁸. In questo senso, può affermarsi che «tradizione e dialogo sono strumenti capaci di introdurre dinamismo e flessibilità nei momenti di attrito tra sistemi, trasformandoli in spunti per una nuova evoluzione inclusiva della pluralità che contraddistingue lo spazio costituzionale europeo (...) alla ricerca dell'equilibrio dinamico tra unità e diversità»²⁹.

²⁶ R. ORLANDI, *Ripensare le attribuzioni ordinarie della Corte di cassazione adeguandole all'attuale quadro politico-costituzionale*, in *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 406.

Per l'approfondimento del tema, in generale, si rinvia a C. IASEVOLI, *La Cassazione penale: 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018.

²⁷ «Sapere, esperienza, deontologia e responsabilità dei giudici si misurano non solo con la crescente complessità delle fattispecie ma anche con la mobilità degli spazi dell'interpretazione, che, a fronte della frammentazione e della polisemia del testo normativo, è condotta secondo modalità parzialmente creative del diritto. Di talché, il giudice concorre nella costruzione della regola del caso concreto, sperimentando il vincolo della interpretazione conforme al diritto comunitario e a quello convenzionale»: G. CANZIO, *Crisi della nomofilachia e prospettive di riforma*, in Atti del convegno "Cassazione e Legalità penale", Roma, 2017, 330.

²⁸ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Roma-Bari, 2007, Vol. II, p. 80.

²⁹ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., 19.

Il “Codice Rosso”: verso una tutela effettiva?

CRISTINA MONACO

ABSTRACT

The “Codice Rosso” (literally: Red Code) is only the most recent effort aimed at protecting vulnerable victims; in particular, this work focuses on the analysis of the innovations introduced by articles 15 e 16. The lasting effects of these new provisions is doubtful, despite the right inspiration behind them.

SOMMARIO: 1. Il Codice Rosso tra normativa interna e sovranazionale. – 2. L’art. 15: il freno alla stasi processuale e il rafforzamento degli obblighi informativi. – 2.1. L’art. 90-ter e l’art. 299 c.p.p.: la comunicazione obbligatoria alla persona offesa e al difensore. – 2.2. L’art. 282-ter c.p.p.: il braccialetto elettronico, in linea con l’art. 275-bis c.p.p. – 2.3. L’art. 282-quater c.p.p. e l’art. 659 c.p.p.: il rafforzamento dell’obbligo di comunicazione. – 3. L’art. 275 c.p.p. e il “revenge porn”. – 4. Conclusioni.

1. La legge 19 luglio 2019 n. 69, meglio conosciuta come “Codice Rosso”, è intervenuta sul codice penale, su quello di rito e su altre disposizioni con l’obiettivo politico-criminale e simbolico-emergenziale¹ di rendere maggiormente efficace la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere².

Tradizionalmente, l’espressione “violenza domestica” intende circoscrivere il fenomeno alle vittime particolarmente vulnerabili, quali donne, minori e anziani, ma, grazie ai grandi passi in avanti fatti negli ultimi anni, ricomprende anche la violenza matrimoniale, quella realizzata tra conviventi *more uxorio* e tra coloro che hanno una relazione stabile, anche senza convivenza³.

La “violenza di genere”, invece, si riferisce ad ogni atto aggressivo, sia psicologico sia fisico, «legato alla differenza di sesso che provochi o possa provocare un danno fisico, sessuale, psicologico o una sofferenza della donna, compresa la minaccia di tali atti, la coercizione o l’arbitraria privazione della libertà sia nella vita pubblica che nella vita privata»⁴.

¹ A. DE SANTIS, *Codice Rosso. Le modifiche al codice penale*, in *Studium Iuris* 1/2020, 1.

² La Convenzione di Lanzarote definisce l’espressione «violenza nei confronti delle donne» quale «violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danno o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata» e la «violenza domestica» come «tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima». La nozione di violenza domestica è offerta anche dall’art.3, comma 1, del d.l. n.93 del 2013, conv. dalla legge n.113 del 2013, secondo cui «.. si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

³ G. DALIA, *La risposta del sistema processuale penale per la tutela delle vittime di violenza di genere*, in *Arch. pen.*, 2020 n.1.

⁴ Art.1, Dichiarazione delle Nazioni Unite sull’Eliminazione della Violenza contro le donne, Vienna, 1993.

Tale novella si inserisce in un momento storico in cui forte era, e lo è ancor'oggi, la pressione dei giornali e dei mass-media a causa del susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne⁵; dunque, appariva in modo prepotente l'esigenza di una risposta rapida alle istanze di giustizia e protezione.

Ciò è dipeso anche dal fatto che, rispetto al passato, tali fenomeni criminosi sono sentiti con maggiore sensibilità in virtù dell'indebolimento della visione autoritativa del *pater familias*.

Tale situazione è causata, secondo alcuni⁶, da un chiaro sentore di impunità nel sistema a causa della grandissima complessità e delle numerose contraddizioni proprie del procedimento penale, "una tutela giurisdizionale a tratti kafkiana"⁷ che molto spesso rende difficile la prova della colpevolezza dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio.

L'opzione prescelta dalla legge in esame è, nel codice penale, quella di introdurre nuove fattispecie di reato (es. art.612-ter c.p.) mentre, sotto il profilo più strettamente procedurale, stabilire nuove cautele ed evitare stasi processuali.

Non è la prima volta che il legislatore nazionale interviene per assicurare maggiore tutela alle vittime di reato; si ricordino la legge 38 del 2009 ("Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori"), la legge 119 del 2013 ("Conversione in legge con modificazioni, del decreto-legge 14 agosto 2013 n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province") e il decreto legislativo 212 del 2015 in attuazione della Direttiva 2012/29/UE. La disciplina nazionale, invero, sovente prende le mosse dalle numerose istanze sovranazionali, caratterizzate da un'attenzione sempre crescente nei confronti delle vittime di reato.

Nel dettaglio, la direttiva sopra-citata costituisce l'approdo di un itinerario composito che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime con il dichiarato scopo di garantire, da un lato, che le stesse ricevano informazioni, assistenza e protezioni adeguate e, dall'altro, che possano partecipare ai procedimenti penali. Al tal fine, si prescrive agli Stati dell'Unione di «assicurare che le vittime siano riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile, personalizzata, professionale e non discriminatoria in tutti i contatti con i servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparative o con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale».

A quest'ultima fonte, si affiancano la Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007 sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento sessuale e l'abuso sessuale, quella di Istanbul dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica e da ultimo, la sentenza della Corte E.D.U. *Talpis c. Italia* del 2 marzo 2017, in cui lo Stato italiano è stato condannato per non aver agito prontamente a seguito di una denuncia di violenza domestica proveniente da una donna, creando una situazione di impunità che ha portato

⁵ Il Ministro dell'Interno ha recentemente stimato che dal 2012 al 2016 i casi di femminicidio in Italia sono stati 774 e che 3 milioni e 466 mila donne in Italia, nell'arco della propria vita, hanno subito atti persecutori da parte di qualcuno ovvero il 16% della popolazione globale femminile tra i 16 e i 70 anni.

⁶ G. DALIA, *La risposta del sistema processuale penale per la tutela delle vittime di violenza di genere*, in *Arch. pen.*, 2020 n.1.

⁷ M. BASTIANELLO, F. TRAPPELLA, *La giusta comprensione di una cosa e l'incomprensione della stessa non si escludono: aporie e contraddizioni nella tutela della vittima di violenza misogina*, in *Cass. pen.*, 2019, 1327.

al ripetersi di atti di violenza, al tentato omicidio della stessa e alla morte di suo figlio, in violazione degli art. 2, 3 e 14 C.E.D.U.⁸.

2. Come si legge dalla Relazione illustrativa al disegno di legge presentato dal Governo il 17 dicembre 2017, «gli interventi sul codice di procedura penale sono accomunati dall'esigenza di evitare che eventuali stasi, nell'acquisizione e nell'iscrizione di notizie di reato o nello svolgimento delle indagini preliminari, possano pregiudicare la tempestività di interventi cautelari o di prevenzione, a tutela della vittima dei reati di maltrattamenti, violenza sessuale, atti persecutori e di lesioni aggravate in quanto commesse in contesti familiari o nell'ambito di relazioni di convivenza».

Per raggiungere tali scopi, agli art. 15 e 16 sono disorganicamente distribuite alcune modifiche alla disciplina delle misure cautelari personali.

In particolare, nel primo articolo, il legislatore ha modificato molteplici disposizioni con l'obiettivo comune di consentire una più ampia informazione alla persona offesa, affinché quest'ultima possa esercitare una partecipazione più attiva ed effettiva al procedimento penale, ad esempio adottando tutte le misure comportamentali di autotutela rispetto alla modifica dello *status detentionis* dell'indagato, al fine di garantire la piena attuazione del principio del contraddittorio. In effetti, «il processo penale attiene all'essere e non all'avere, perciò pretende la più diretta ed incisiva applicazione del principio costituzionale della partecipazione⁹», senza dimenticare, però, che tale necessità deve essere adeguatamente bilanciata con la non minoritaria esigenza di segretezza investigativa; ai sensi dell'art.329 c.p.p., infatti, «gli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti da segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari».

Diversamente, l'art.16 si è limitato ad inserire l'art. 612-ter c.p. tra le deroghe alla previsione secondo cui la custodia cautelare in carcere non può essere applicata se il giudice ritiene che la pena detentiva futura non sarà superiore a tre anni (art. 275 comma 3 c.p.p.).

In realtà, si sostiene che la novella non si distingua per originalità perché si tratta di informazioni che vanno ad aggiungersi a quelle già legalmente imposte, imponendosi unicamente l'obbligatoria comunicazione alla persona offesa e al difensore, ove nominato¹⁰.

Per completezza espositiva, occorre ricordare che il coinvolgimento della vittima nelle vicende evolutive della pena o delle misure cautelari sottende il discusso tema del limite del ruolo degli interessi privati della persona offesa nella giustizia penale¹¹. Sul punto, la Corte di Giustizia¹² esclude

⁸ La ricorrente lamentava la violazione da parte dell'Italia degli art. 2, 3 e 8 della Convenzione, in quanto le autorità italiane, avvertite della pericolosità del marito, non avevano adottato le misure necessarie ed appropriate per proteggere la sua vita e quella dei figli. Al contrario, il Governo sosteneva che le autorità non sapessero il pericolo, in quanto i precedenti episodi di violenza lasciano presumere dei semplici conflitti familiari. Il giudice europea sottolinea che gli art.2 e 3 C.E.D.U. pongono a carico dello Stato l'obbligo positivo di proteggere le persone vulnerabili attraverso misure idonee di protezione ad hoc e una serie di obblighi procedurali, tra cui il dovere per le autorità pubbliche di instaurare un procedimento penale effettivo e tempestivo.

⁹ G. SABATINI, *Processo penale e partecipazione*, in *Giust. pen.*, 1972, 643.

¹⁰ B. ROMANO-A. MARANDOLA, *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n.69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020, 165.

¹¹ Relazione 62/19 sulla novità normativa dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione del 27 ottobre 2019.

¹² Corte di Giustizia, 15/09/2011. La questione rimessa alla Corte riguardava due casi di violazione del divieto di avvicinamento e comunicazione con la persona offesa; in entrambi i casi, le vittime si opponevano all'irrogazione della sanzione, manifestando l'intento di riprendere i contatti con i condannati e di accedere alla mediazione penale.

un diritto della vittima alla determinazione della pena da irrogare e, in generale, diritti di natura sostanziale, mentre ammette quelli di tipo strettamente processuale.

Inoltre, altro aspetto da valutare è che la previsione del carattere vincolante delle comunicazioni alla persona offesa contrasta con la normativa sovranazionale, maggiormente favorevole alla libera scelta della stessa al fine di tutelarle dalla cd. vittimizzazione secondaria. Si ricordi, infatti, che accanto al fenomeno della cd. vittimizzazione primaria, ossia il complesso delle conseguenze pregiudizievoli prodotte sulla vittima direttamente dal reato subito, la stessa è soggetta ad un nuovo trauma al momento del processo e, in generale, al momento del contatto con le istituzioni; tale rischio è tanto più forte nei reati commessi verso soggetti particolarmente vulnerabili e, quindi, nei delitti sessuali.

2.1 All'art.90-ter c.p.p. , rubricato “Comunicazione dell'evasione e della scarcerazione” e novellato dal comma 1 dell'art.15, è stato aggiunto un nuovo comma 1-bis che prevede la comunicazione obbligatoria alla persona offesa e al difensore eventualmente nominato di una serie di provvedimenti, puntualmente indicati al comma precedente, “se si procede per i delitti previsti dagli art. 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 608-octies e 612-bis c.p., nonché dagli art. 582 e 583-quinquies c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli art. 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, c.p.”.

La norma, introdotta dal d.lgs. 212 del 2015 in attuazione della direttiva europea, si apre con una clausola di riserva a favore dell'art. 299 c.p.p. e poi, dispone che sono immediatamente comunicati alla persona che ne faccia richiesta, con l'ausilio della polizia giudiziaria, i provvedimenti di scarcerazione e cessazione della misura di sicurezza detentiva, l'evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare o del condannato e la volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva. In realtà, parte della dottrina, superando l'interpretazione letterale, estende la norma ad ogni situazione in cui il soggetto venga a trovarsi a piede libero, anche se a tempo determinato.

Inoltre, la previsione fissa un limite all'obbligo informativo, prevedendo che non si debba dare corso allo stesso se risulta «anche nell'ipotesi di cui all'art.299 c.p.p., il pericolo concreto di un danno per l'autore del reato». Pertanto, viene riservata all'autorità procedente una scelta discrezionale che richiede il bilanciamento tra esigenze e garanzie della persona offesa e della persona sottoposta al procedimento; in effetti, il pericolo può configurarsi in caso di intimidazioni, ritorsioni o vendette da parte della vittima del reato o del suo nucleo familiare o sociale.

Tale previsione si pone in perfetta corrispondenza con l'art.56 lett. b) della Convenzione di Istanbul (“Misure di protezione”) e con l'art. 6 della direttiva europea (“Diritto di ottenere informazioni sul proprio caso) che impone al quinto comma che «gli Stati membri garantiscano alla vittima la possibilità di essere informata, senza indebito ritardo, della scarcerazione o dell'evasione della persona posta in stato di custodia cautelare (..) e che le vittima riceva altresì informazioni circa eventuali pertinenti misure attivate per la sua protezione in caso di scarcerazione o evasione dell'autore del reato». La disposizione prosegue e aggiunge al paragrafo 6 che «la vittima, previa

Dall'autorità giudiziaria spagnola è stato chiesto alla Corte di Giustizia se il diritto europeo, con la decisione quadro 2001/220/GAI, riconosca alle vittime il diritto di incidere sulle scelte punitive degli Stati membri.

richiesta, riceva le informazioni di cui al paragrafo 5 almeno nei casi in cui sussista un pericolo o un rischio concreto di danno nei suoi confronti, salvo se tale notifica comporta un rischio concreto di danno per l'autore del reato».

Il neo comma 1-bis si differenzia dal primo comma dell'art. 90-ter c.p.p. per molteplici aspetti.

In primo luogo, la comunicazione deve essere sempre data e non presuppone la previa richiesta della persona offesa. Da ciò discende che nel caso di cui al primo comma, qualora manchi la richiesta, prevale l'interesse a non conoscere l'evoluzione della vicenda giudiziaria, diversamente la mancanza di tale presupposto nel comma 1-bis non rileva. Dunque, se, da un lato, tale assenza dimostra l'intento del legislatore di garantire sempre e comunque, per i delitti espressamente indicati, l'obbligo informativo, dall'altro, giova rilevare la possibilità di ledere lo stesso interesse della persona offesa che potrebbe prediligere "l'oblio".

In secondo luogo, i destinatari delle due norme sono diversi. Infatti, la nuova previsione stabilisce che la comunicazione deve essere data non solo alla persona offesa, ma anche al difensore, ove nominato, probabilmente per garantire una maggiore e migliore difesa processuale.

Infine, il primo comma si applica ai delitti commessi con violenza alla persona, mentre il comma 1-bis presenta un ambito di applicazione più ristretto, operando unicamente in presenza di una serie di reati specificamente previsti.

Fatte le dovute differenze tra i due commi, l'articolo deve essere letto unitamente agli art. 299, comma 2-bis e 3, c.p.p. e 408, comma 3-bis, c.p.p, di cui costituisce integrazione.

Il primo è stato anch'esso modificato dal Codice Rosso al comma 4 dell'art.15. Al comma 2-bis stabilisce che, nei delitti commessi con violenza alla persona, i provvedimenti di revoca e sostituzione delle misure previste dagli art. 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285 e 286, «devono essere immediatamente comunicati, a cura della polizia giudiziaria, ai servizi socio-assistenziali e alla persona offesa e, ove nominato al suo difensore». Dunque, anche in questo caso, la novità riguarda essenzialmente i destinatari della comunicazione in quanto, nella precedente formulazione, si imponeva la comunicazione alla persona offesa solo in mancanza del difensore.

Occorre evidenziare che tale norma è stata rimaneggiata più volte e, in particolare, dal d.l. 11 del 2009, conv. in l. n.38 del 2009, e dal d.l. 93 del 2013, conv. in l. 119 del 2013. Quest'ultimo è intervenuto per colmare il *gap* conoscitivo patito dalla vittima al punto tale da mettere in crisi la tenuta del diritto di difesa dell'imputato sottoposto a misura cautelare e quindi, in chiara violazione della proporzione tra le varie posizioni in gioco. La prassi, infatti, dimostra che da un lato, l'istanza è per l'indagato un modo per far rivalutare al giudice il quadro indiziario e le esigenze cautelari e dall'altro, anche un'occasione per la persona offesa di rappresentare ulteriori pericoli con il probabile rischio di disintegrare la tesi difensiva.

Nella concitazione della decretazione d'urgenza, il previgente obbligo di comunicazione alla persona offesa era limitato ai provvedimenti relativi alle misure dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; tale restrizione ricalcava il contenuto dell'art.282-*quater* c.p.p. che prevede l'obbligo di comunicazione di tali provvedimenti all'autorità di pubblica sicurezza competente, ai fini dell'eventuale adozione dei provvedimenti in materia di munizione e armi.

Tuttavia, nel corso del dibattito parlamentare per la conversione, è stato esteso l'ambito applicativo della norma, cercando di effettuare un ragionevole bilanciamento che, allo stesso tempo,

non appesantisce eccessivamente la macchina processuale. Così, è stata estesa ai provvedimenti comportanti l'imposizione di divieti ed obblighi di dimora ex art.283 c.p.p., l'applicazione degli arresti domiciliari ex art.284 c.p.p., della custodia cautelare in carcere ex art.285 c.p.p., nonché la custodia in luogo di cura ex art.286 c.p.p., nel caso in cui tali misure siano applicate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alle persone.

Ad esempio, la giurisprudenza lo ha ritenuto doveroso, nei reati di *stalking* e maltrattamenti in famiglia, in caso di trasferimento del domicilio imposto per gli arresti domiciliari «giacché rispetto a tale istanza la vittima potrebbe avere motivo di interloquire, in relazione a concrete situazioni di pericolosità, che potrebbero derivare ai suoi danni dall'accoglimento e, quindi, dall'effettivo trasferimento del domicilio¹³».

Nonostante i numerosi vantaggi apportati dalle modifiche per garantire l'esercizio effettivo del diritto di difesa della persona offesa, si è creato un sistema confuso di notificazioni e comunicazioni: l'informazione data affinché la vittima sappia non necessita di sanzioni¹⁴, come dimostra l'art.299 comma 2-*bis* c.p.p., mentre la comunicazione disposta a norma del comma 3 è disposta a pena di inammissibilità. Infatti, lo stesso dispone che la richiesta di revoca o di sostituzione «che non sia stata proposta in sede di interrogatorio di garanzia, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente e a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio».

Tale sanzione appare giustificata dal fatto che la notificazione è strumentale, non solo al conoscere, ma anche all'agire della vittima, come confermato dal proseguito dell'articolo, il quale prevede che «il difensore e la persona offesa possono, nei due giorni successivi alla notifica, presentare memorie ai sensi dell'art.121 c.p.p.» e che «decorso tale termine il giudice provvede»¹⁵; si realizza un vero e proprio contraddittorio cartolare postumo.

A seguito di tale analisi, occorre soffermarsi sulle differenze tra l'art.90-*ter* c.p.p. e l'art.299 c.p.p.

In primo luogo, per gli stessi delitti, l'art.90-*ter*, comma 1, c.p.p. richiede la previa richiesta della vittima, mentre il secondo non presenta tale presupposto.

In secondo luogo, l'art. 299 c.p.p. prevede la comunicazione di provvedimenti che non necessariamente si traducono nella scarcerazione dell'art. 90-*ter* c.p.p., ma pretende venga resa nota all'interessato ogni variazione esecutiva delle misure che comporti «un'attenuazione sostanziale della restrizione della libertà personale»¹⁶. Sul punto, occorre notare che il primo si focalizza sul procedimento penale in corso, mentre le vicende rilevanti ai sensi dell'art.90-*ter* c.p.p. potrebbero essere anche quelle successive al giudicato; ciò può desumersi dall'utilizzo del termine “condannato”

¹³ Cassazione, sez. V, 8 gennaio 2016, n.18565.

¹⁴ H. BELLUTA, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 2013.

¹⁵ È stato dibattuto se sussistesse l'obbligo di notifica se l'istanza *de libertate* sia presentata in udienza alla presenza dei potenziali destinatari della notificazione ex art.299 commi 3 e 4-*bis* c.p.p. Questi sono messi nella condizione di formulare le proprie osservazioni a riguardo e quindi, si ritiene sia eccessivo gravare il richiedente dell'onere di avviare le procedure di notifica. Questa soluzione è giustificata dalla ratio dell'obbligo di notificazione, diretto a favorire l'istaurazione del contraddittorio per consentire al soggetto contro-interessato di fornire direttamente elementi valutativi al giudice. Non costituisce obiezione dirimente l'attribuzione di un tempo più lungo per calibrare in modo più consapevole la propria strategia difensiva in quanto, questa opportunità non è concessa neanche al magistrato inquirente.

¹⁶ D.POTETTI, *Il nuovo art.299 c.p.p. dopo il decreto legge n.93 del 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, 973 -974.

e dal generico riferimento ai “provvedimento di scarcerazione” che possono caratterizzare anche la fase esecutiva delle pene detentive.

Un’ulteriore differenza, seppur di minor rilievo, è la previsione della comunicazione ai servizi socio-assistenziali solo all’art. 299 c.p.p. L’intento del legislatore è alimentare il circuito informativo tra amministrazione e autorità giudiziaria, «con l’obbiettivo sia di garantire un supporto adeguato alla vittima vulnerabile quando si allentano i vincoli coercitivi sia d’aggiornare il responsabile dei centri antiviolenza in ordine ai progressi conseguiti dall’imputato in sede cautelare»¹⁷. Gli stessi sono, infatti, tenuti a comunicare le informazioni relative al positivo superamento di un programma di cura e recupero antiviolenza.

L’art.90-ter c.p.p. deve essere anche coordinato – come già evidenziato - con l’art. 408, comma 2-bis, c.p.p. che stabilisce, sempre per i medesimi delitti, e quindi con il medesimo obiettivo di garanzia, che l’avviso della richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato sia sempre comunicato alla persona offesa, a cura del pubblico ministero, entro 20 giorni.

Si noti che tutte e tre le norme in questione utilizzano l’espressione “procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona”, su cui si registrano due orientamenti interpretativi divergenti intenti a colmare tale parametro di significato.

Secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente, tale formula deve essere interpretata quale “condotta violenta”; i reati consumati con violenza alla persona sono quelli che consentono di ritenere esistente un pericolo di recidiva “personale” nei confronti della stessa vittima di reato per cui si procede¹⁸. In altre parole, la norma è limitata alle fattispecie in cui la condotta violenta si caratterizza per l’esistenza di un pregresso rapporto relazionale tra la vittima e l’autore del reato; conseguentemente, non sussiste l’obbligo di preventiva notifica nei casi in cui la condotta presenti carattere occasionale.

Altra opzione esegetica, più estensiva, la interpreta quale “azione violenta”, ossia guarda alle modalità commissive della condotta che devono essere connotate di fatto dalla concreta esplicazione di atti di violenza in danno della persona offesa. Pertanto, la norma potrebbe applicarsi ad un *genus* indeterminato di delitti slegati da ogni preesistente rapporto e anche nei casi di “cd. violenza occasionale”¹⁹.

Tale contrapposizione è riflessa nel decreto legge 93 del 2013 e nella sua corrispondente legge di conversione. Il decreto aderisce al primo orientamento poiché intendeva creare una relazione “privilegiata” tra cautela e vittima solo per i reati consumati in ambito familiare o affettivo; ne è dimostrazione il richiamo alle sole misure indicate agli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p. Al contrario, la

¹⁷ F. ZACCHÈ, *Il sistema cautelare e protezione della vittima*, in *Arch. pen.* n.3, 2016,11.

¹⁸ Da ultimo, Sez. 2, 18 marzo 2019 n.17336, Ambrogio.

¹⁹ Cassazione, Sez. I, 29 ottobre – 15 dicembre 2015, n. 49339. «Una corretta esegesi del testo normativo impone pertanto di valorizzare, agli effetti di verificare l’insorgenza dell’obbligo di notificare alla persona offesa dal reato la richiesta di revoca o sostituzione della misura coercitiva applicata al presunto autore, non tanto la riconducibilità teorica del delitto, che è stato contestato nel titolo cautelare, a una fattispecie legale astratta connotata, nel suo schema dommatico, dalla violenza alla persona, quanto invece l’effettiva manifestazione, nel singolo caso, di una condotta materiale caratterizzata dalla concreta esplicazione di atti di violenza in danno della persona offesa: ciò che risponde non solo alla lettera della legge ma anche alla ratio oggettiva della novella normativa, che è quella di assicurare nuovi e migliori strumenti, informativi e di tutela, ai soggetti deboli che siano vittime di condotte suscettibili di potenziale reiterazione in caso di modifica dello status cautelare del soggetto responsabile».

legge estende l'ambito dei doveri comunicativi oltre la sfera dei rapporti personali alle misure previste dagli artt. 283, 284, 285 e 286 c.p.p.

Il dibattito è ruotato anche intorno alla possibilità di includere in tale categoria i reati commessi tramite atti di violenza psicologica, come avviene ad esempio nel reato di *stalking*, e la giurisprudenza si è espressa concordemente in senso favorevole, valorizzando la *ratio* della norma, ossia assicurare nuovi e migliori strumenti informativi e di tutela ai soggetti vulnerabili.

In ogni caso, è indubbio si tratti di un'espressione molto elastica e indefinita alla luce del principio di legalità e di tipicità delle sanzioni processuali, ma «obbligato referente per identificare l'area del coinvolgimento della vittima nell'evoluzione delle misure cautelari applicate alla persona accusata²⁰»; costituisce un compromesso necessario poiché, da un lato, non si può generalizzare l'ambito dei doveri comunicativi ma, dall'altro, non può nemmeno essere limitato al rapporto personale vittima-imputato.

Altra riserva attiene all'astratta compatibilità di tale previsione con l'art.3 Cost. poiché delinea una disparità di trattamento informativo tra vittime di reati a natura violenta e non. Tuttavia, tale scelta legislativa, sembra ragionevole nell'ottica, anche in questo caso, di evitare una eccessiva estensione lesiva del principio della ragionevole durata del processo.

2.2 L'art.15, comma 2, della legge ha modificato la misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa di cui all'art.282-*ter* c.p.p., per consentire al giudice di garantire il rispetto della misura anche per mezzo delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, come già previsto per gli arresti domiciliari all'art.275-*bis* c.p.p. e per l'allontanamento dalla casa familiare all'art.282-*bis*, comma 6, c.p.p.

Si ricordi che l'utilizzo di tale dispositivo è comparso nel nostro ordinamento con il d.l. 24.11.2000 convertito dalla legge n. 4 del 2001 e che il legislatore non ha inteso con l'art.275-*bis* c.p.p. introdurre una nuova misura coercitiva, ma semplicemente una modalità di esecuzione della misura degli arresti domiciliari che avrebbe contribuito a ridurre il ricorso alla custodia cautelare in carcere²¹.

In via generale, ai fini della sua applicabilità, è richiesta la sussistenza di due presupposti: la disponibilità accertata da parte della polizia giudiziaria ed il consenso dell'imputato con dichiarazione espressa resa all'ufficiale o all'agente incaricato di eseguire l'ordinanza che ha disposto la misura; pertanto, qualora neghi il consenso, il giudice provvede all'applicazione della misura della custodia carceraria.

Procediamo con ordine.

Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, introdotto nel contesto della nuova disciplina in tema di atti persecutori dal d.l. 11 del 2009²², è una misura cautelare personale di tipo coercitivo, applicabile, in assenza di riferimenti normativi espliciti, ad ogni fattispecie criminosa in relazione alla quale la misura risulti adeguata a tutelare la persona offesa,

²⁰ H. BELLUTA, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 2013.

²¹ Cassazione, Sezioni Unite 19 maggio 2016, n. 20769.

²² Il d.l. 11/2009, rubricato "misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", ha introdotto il reato di *stalking* (dall'inglese to stalk-pedinare). Esso costituisce un reato di durata che indica un insieme di comportamenti molesti e reiterati nel tempo che possono degenerare in aggressioni fisiche

nonostante la limitazione di principi di ordine costituzionale, ossia la libertà di movimento e circolazione (art.16 Cost.) e, se accompagnata dalla prescrizione di cui al co. 3, anche la libertà di comunicazione (art.15 Cost.).

Al primo comma, si dispone che con tale provvedimento «il giudice prescrive all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa». Il secondo comma, invece, stabilisce che, qualora sussistano ulteriori esigenze di tutela, può prescrivere il medesimo provvedimento, ma anche nei confronti dei prossimi congiunti della persona offesa, di persone legate da relazione affettiva o conviventi o comunque legate da relazione affettiva. Infine, in ossequio al terzo comma, «può vietare all'imputato di comunicare, attraverso qualsiasi mezzo», con le persone indicate precedentemente.

Appare evidente che la necessità di tutelare l'incolumità della persona offesa e delle persone a costui legate non rientra nel catalogo delle esigenze cautelari (art.274 c.p.p.) per le quali è ammessa la restrizione *ante iudicium* della libertà.

In giurisprudenza, tale norma è stato oggetto di pronunce divergenti poiché l'osservanza delle prescrizioni è di difficile verificabilità. Alcuni hanno ritenuto che il provvedimento applicativo della misura non possa limitarsi ad imporre il generico divieto di avvicinarsi, ma, conformemente al principio di legalità *ex* art.13 Cost., l'organo giurisdizionale è tenuto a precisare quali luoghi l'imputato debba evitare di frequentare e a quale distanza dalla persona offesa²³; altri, invece, hanno ammesso la legittimità di un riferimento non preciso, in particolare qualora le modalità di condotta aggressiva comprendano comportamenti come il costante pedinamento della vittima da parte dell'indagato²⁴.

Dunque, il controllo risulta evanescente sia perché si tratta molto spesso di aree particolarmente ampie sia perché la vittima e i suoi familiari rappresentano un "bersaglio mobile".

In linea con ciò, giova evidenziare che, nella pratica, la vittima ha assunto e assume molto spesso il ruolo di soggetto protetto e protettore al tempo stesso, in virtù delle segnalazioni rese alla polizia giudiziaria.

Per ovviare a tale inconveniente e, quindi, per controllare la corretta esecuzione del divieto, il legislatore ha introdotto la possibilità di adottare il braccialetto elettronico; si tratta di una misura rimessa al prudente apprezzamento del giudice, a differenza di quanto previsto per gli arresti domiciliari in cui rappresenta la modalità ordinaria di esecuzione.

²³ Cassazione, Sez. IV, 7 aprile – 8 luglio 2011, n. 26819. «E' evidente che l'efficacia di queste misure, funzionali ad evitare il pericolo della reiterazione delle condotte illecite, è subordinata a come il giudice le riempie di contenuti attraverso le prescrizioni che le norme gli consentono. Ne consegue che per le misure in questione appare necessaria la completa comprensione delle dinamiche che sono alla base dell'illecito, nel senso che il giudice deve modellare la misura in relazione alla situazione di fatto».

²⁴ Cassazione, Sez. V, 27 febbraio – 26 marzo 2013, n.14297. La Corte afferma che la misura restrittiva, nella parte in cui contempla «la possibilità di individuare anche la stessa persona offesa - e non solo i luoghi da essa frequentati - come riferimento centrale del divieto» è finalizzata a consentire a questa il «completo svolgimento della propria vita sociale in condizioni di sicurezza da aggressioni alla propria incolumità anche laddove la condotta dell'autore del reato assuma connotazioni di persistenza persecutoria tale da non essere legata a particolari ambiti locali». Da questa possibile conformazione del provvedimento, i giudici di legittimità traggono la conclusione secondo cui, una volta che il giudice riconosca la necessità di imporre all'indagato il divieto di avvicinarsi alla persona offesa, non sia più necessaria una specifica predeterminazione dei luoghi frequentati da quest'ultima e perciò interdetti al prevenuto.

Tale previsione pone i medesimi problemi affrontati per le disposizioni previgenti che contemplano il ricorso al braccialetto elettronico: l'eventuale indisponibilità materiale degli strumenti di controllo e il rifiuto del soggetto.

La prima potrebbe legittimare, in relazione alle esigenze cautelari prospettate, l'applicazione di una misura più restrittiva rispetto al divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; si tratta in ogni caso di una scelta rimessa alla sensibilità del giudice che deve valutare la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità della stessa.

Con riferimento al secondo profilo, il rifiuto della persona non dovrebbe determinare l'applicazione della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art.275-*bis*, comma 1, ma solo una valutazione sulla inadeguatezza della misura²⁵.

Dunque, è evidente che, attraverso tale strumento, il legislatore ha ancora una volta avallato la sovrapposizione tra misure cautelari, serventi rispetto al procedimento penale, e quelle di prevenzione; spesso accade che la prima risulti insufficiente per contrastare la criminalità familiare e, data la situazione emergenziale, si ricorra alla prevenzione, creando il pericolo di coincidenza tra le stesse²⁶.

Tale novità deve essere letta unitamente all'introduzione della nuova fattispecie penale di cui all'art. 387-*bis* c.p., rubricata «Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa», punita con la reclusione dai sei mesi a tre anni.

Fino ad oggi, in difetto di tale norma, l'inosservanza delle prescrizioni predette trovava una risposta sanzionatoria endoprocessuale tramite l'applicazione dell'art. 276 c.p.p., sostituendo la misura con una più grave o cumulandole, o dell'art. 299, comma 4, c.p.p che stabilisce che «quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose o applica congiuntamente altra misura coercitiva o interdittiva»; sembra farsi riferimento alla misura degli arresti domiciliari, la cui violazione è tutelata dal delitto di evasione ex art.385, comma 3, c.p.

Dunque, secondo parte della dottrina, tale intervento è sterile, poiché volto ad introdurre «un normale (e ulteriore) procedimento penale di fronte al tribunale monocratico destinato a concludersi con ampia possibilità di patteggiamento o di sanzioni sostitutive²⁷».

2.3 L'art. 15, comma 3, è intervenuto sull'art. 282-*quater* c.p.p. per disporre l'obbligo di comunicazione dell'applicazione delle misure dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, non solo alla parte offesa e ai servizi socio-assistenziali del territorio, ma anche al difensore della parte offesa, ove nominato.

²⁵ G. SPANGHER, *In sede di separazione il giudice va informato degli esiti del penale*, in *Guida al diritto*, 2019, 104.

²⁶ G. MAZZA, *Lo spettro delle misure di prevenzione per i reati perseguiti dalla legge c.d. Codice Rosso: un'alternativa alle misure cautelari?*, in *Dir. pen. proc.* n.10/2019.

²⁷ Sul punto, T. PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida al Diritto*, 2019, 52. Continua: «può darsi che alla fine produca (quando?) una condanna definitiva a qualche mese di reclusione che debba essere seguita magari in coda ai più gravi reati commessi della persona offesa e per i quali era stata disposta la misura cautelare da cui la nuova vicenda ha preso le mosse. Un intervento inutile, dunque? C'è da sperare soprattutto che non si riveli dannoso, e, cioè che l'introduzione dell'art.387-bis del c.p. non finisca con lo scoraggiare o con lo sminuire la sanzione endoprocessuale consistente nell'aggravamento della misura, visto che, a colpire la violazione delle prescrizioni, sembra aver già provveduto il legislatore con apposita grida».

La norma era stata introdotta dal d.l. 23 febbraio 2009 n.11, conv. con legge 23 aprile 2009, che si limitava a conferire alla vittima un potere esclusivamente conoscitivo, senza implicare nessun diritto di informazione né di intervento nelle dinamiche cautelari successive.

Dunque, in questo caso, l'informazione risulta funzionale a «mettere tale persona nelle condizioni di sapere sia che è stata disposta una misura coercitiva a sua tutela sia di conoscere il contenuto dell'ordinanza cautelare, affinché possano essere segnalate eventuali violazioni delle prescrizioni impartite dal giudice²⁸».

D'altro canto, la previsione della comunicazione obbligatoria anche in capo al difensore, è volta sicuramente, anche in tale evenienza, a permettergli di sostituirsi alla persona offesa che, per minore preparazione e conoscenze tecniche, potrebbe essere disattenta e non portare alla luce eventuali inosservanze. Tuttavia, come per altre norme, sono sorti in dottrina dubbi circa le conseguenze prodotte dalla sua inosservanza poiché sembrerebbe costituire una mera irregolarità, rendendo in tal modo vano lo sforzo del legislatore.

Animato dalla medesima *ratio*, l'art.15 co. 5 ha modificato l'art.659 c.p.p. tramite l'introduzione del comma 1-*bis* nel quale, si dispone che, «quando a seguito di un provvedimento del giudice di sorveglianza deve essere disposta la scarcerazione del condannato per uno dei delitti previsti dagli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p., nonché dagli artt.582 e 583-*quinquies* del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2,5 e 5.1. e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del codice penale, il pubblico ministero che cura l'esecuzione ne dà immediata comunicazione, a mezzo della polizia giudiziaria, alla persona offesa e, ove nominato, al suo difensore».

Si ritiene che, visto l'obiettivo di tutela dell'incolumità fisica della vittima, la norma peccherebbe per mancato richiamo ai provvedimenti che concedono benefici penitenziari, da cui potrebbe scaturire parimenti l'interesse conoscitivo della vittima²⁹.

3. Di grandissimo rilievo è anche la novità apportata dall'art.16 all'art.275 comma 2-*bis* c.p.p., che si inserisce nella disciplina delle misure cautelari.

Si ricordi che quest'ultime presentano natura complessa in quanto si perfezionano con il concorrere di due distinti fatti costitutivi: i gravi indizi di colpevolezza e una o più esigenze cautelari, tipizzate all'art.274 c.p.p., con il precipuo scopo di contrastare pericoli che potrebbero prendere corpo in assenza delle misure stesse³⁰. Ciascuna delle esigenze è autonomamente sufficiente a legittimare il ricorso allo strumento cautelare e, allo stesso tempo, nessuna misura può essere disposta se non in base al concreto accertamento della sussistenza di una delle suddette esigenze. Da ciò deriva l'esclusione di ogni automatismo e l'obbligo per il giudice di giustificare, motivandone in positivo le ragioni, l'adozione della custodia carceraria.

²⁸ F. ZACCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 659.

²⁹ B. ROMANO-A. MARANDOLA, *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n.69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, 168. «Si invoca un elevato grado di efficienza nell'assicurare tutte le informazioni fin qui considerate, affinché non prevalga una loro visione semplicemente burocratica».

³⁰ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2017, 763.

In materia di violenza domestica e di genere, rileva la terza esigenza, ossia il pericolo attuale e concreto di commissione di ulteriori reati che, grazie all'intervento della legge 47 del 2015, non deve desumersi esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede³¹.

In realtà, nonostante tale precisazione fornita dal legislatore, la giurisprudenza ha aderito ad orientamenti contrapposti. La visione minoritaria ritiene abbia normativizzato un principio giurisprudenziale già ricavabile dal tessuto normativo, in quanto logicamente incluso nella valutazione della concretezza, mentre l'orientamento maggioritario, acquisito dalla Suprema Corte, ritiene indichi la concreta possibilità che un'ulteriore occasione per compiere reati possa verificarsi, e non un astratto giudizio ipotetico fondato su una vicina probabilità di verifica³².

Pertanto, nella materia in esame, l'impiego delle cautele non può divenire l'espedito attraverso cui «interrompere per tempo prevedibili *escalation* di violenza e impedirgli di nuocere ancora in futuro, e in maniera ancora più grave, per la propria vittima³³».

La successiva norma, l'art. 275 c.p.p., sancisce la necessità che la misura cautelare da applicare risponda in concreto ai principi di adeguatezza e proporzionalità, imponendo al giudice di adottare quella che appaia più idonea a fronteggiare le esigenze del caso di specie e quella meno gravosa per l'imputato. Pertanto, la misura di contrasto agli illeciti maturati nei contesti familiari a danno di minori e donne è sicuramente la custodia cautelare, a cui si affianca la possibilità di applicare gli arresti domiciliari o, qualora tale soluzione appaia eccessiva, come precedentemente illustrato, le misure dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa.

Come anticipato, il Codice Rosso è intervenuto sul comma *2-bis* che dispone che la custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari non debba essere applicata se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere applicata la sospensione condizionale della pena e, solo la prima, se “immagina” che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore ai tre anni.

Nonostante sia una disposizione dotata di portata innovativa, frutto del d.l. 92 del 2014, si richiede al giudice una disamina complessa e difficile da attuare allo stato degli atti, essendo chiamato ad effettuare una valutazione anticipata, sulla base degli elementi di prova allegati alla richiesta presentata dal pubblico ministero; si fa riferimento a casi che, con elevatissima probabilità, potrebbero evitare l'ingresso in carcere e richiedere l'applicazione delle misure alternative alla detenzione.

Introdotta sulla spinta della sentenza Torreggiani³⁴ a garanzia del principio di inviolabilità della libertà personale ex art.13 Cost., questa regola presenta delle deroghe tassative, espressione di esigenze securitarie, in ragione della particolare pericolosità di determinati reati; si tratta dei delitti di cui agli art.423-*bis* (Incendio boschivo), 572 (Maltrattamenti contro familiari e conviventi), 612-*bis*

³¹ R. BRICHETTI – L. PASTORELLI, *Al pericolo concreto si aggiunge il canone dell'attualità*, Guida del diritto, 2015, 40. Tale precisione è stata introdotta per prevenire il rischio, diffuso nella prassi giudiziaria, che la valutazione dei *pericula* venisse assorbita da quella dei gravi indizi di colpevolezza con motivazioni apodittiche o che omettessero di considerare una serie di circostanze favorevoli per l'imputato.

³² Cassazione, Sez. II, 16 novembre 2015, n. 45512: «la concretezza non si identifica con l'attualità, derivante dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati, ma con l'esistenza di elementi concreti dai quali è possibile affermare che l'imputato possa commettere delitti della stessa specie per cui si procede, e cioè che offendano lo stesso bene giuridico».

³³ F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2021, 1347.

³⁴ Corte europea, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c/Italia.

(Atti persecutori), 624-*bis* (Furto in abitazione e furto con strappo) c.p. nonché dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n.354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà).

È anche su tale elencazione che è intervenuto il legislatore del 2019, aggiungendo il reato di cui all'art.612-*ter* c.p., ossia il nuovo delitto di diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti, noto con il controverso neologismo di *revenge porn* (vendetta pornografica).

In Italia, l'iniziativa parlamentare è partita a seguito della tragica vicenda che ha coinvolto la giovane Tiziana Cantone nel 2016 ma, in via generale, dall'esigenza di adeguarsi ad un'era connotata da un'agevole accessibilità alla rete internet e da un'esponenziale diffusione di contenuti privati mediante mezzi telematici³⁵.

Fino al 2019, le condotte sussumibili sotto tale fattispecie venivano ricondotte al delitto di diffamazione ex art.595 c.p. e al reato di trattamento illecito dei dati personali, in ossequio agli artt. 167, 167-*bis*, 167-*ter* del Codice Privacy, manifestatamente inadeguati a recepire il grado di offesa insito in esse. Invero, la diffusione di tale tipologia di immagini realizza una grave lesione, non solo del decoro e dell'onore per l'assunzione di una chiara valenza pornografica, ma, soprattutto, della libertà morale e, in più, la potenzialità offensiva è aggravata dal numero potenzialmente indeterminato dei soggetti destinatari in virtù della velocità delle comunicazioni.

La fattispecie è strutturata in due distinte ipotesi che prevedono il medesimo trattamento sanzionatorio. Il primo comma punisce il cd. distributore primario, ossia «chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video di organi sessuali o a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone interessate». Il secondo comma, invece, prevede la medesima pena per il cd. distributore secondario, colui che «avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento».

Nonostante la diversità dei soggetti, i punti comuni sono l'oggetto materiale (immagini o video a contenuto sessualmente esplicito destinati a rimanere privati) e le condotte (invia, consegna, cede, pubblica, diffonde); in particolare, circa tale ultimo elemento, dalla semplice interpretazione letterale, si deduce che le prime tre non implicano la diffusione, ma un rapporto bilaterale o plurilaterale tra soggetti determinati, mentre le ultime contemplano chiaramente il coinvolgimento di una cerchia indeterminata di soggetti.

Un'ulteriore differenza tra i due commi è l'elemento soggettivo: in un caso, è richiesto il dolo generico, mentre nell'altro, quello specifico. In effetti, il distributore primario deve rappresentarsi e volere il fatto tipico incriminato, mentre la configurabilità della fattispecie delineata al secondo

³⁵ A. DE SANTIS, *Codice Rosso. Le modifiche al codice penale*, in *Studium Iuris* 1/2020, 3. «Non può infatti omettersi di considerare che gli operatori del diritto penale devono oggi necessariamente calare la loro attività in un contesto caratterizzato dalla presenza sempre più capillare della scienza nella vita quotidiana e dalla dipendenza tecnologica che ha plasmato la società contemporanea, nell'ambito del quale l'avvento di tecnologie informatiche avanzate ha consentito lo sviluppo di nuove forme di relazione sociale e il consolidamento di strumenti comunicativi in grado di potenziare la capacità relazionale del singolo, ma anche di favorire la commissione di attività illecite. Attraverso tale processo si è infatti determinata la progressiva traslazione di alcuni settori dell'attività umana in un meta-territorio (c.d. *cyber space*) costituito dalla rete Internet, che funge da strumento di diversificazione delle forme criminose attraverso lo sbiadimento della nozione tradizionale di azione penalmente rilevante, che subisce nella realtà virtuale una accentuata modificazione fino a sfumare in impulsi elettronici».

comma richiede un *quid pluris*, ossia la realizzazione di uno scopo ulteriore: «recare loro documento». A ciò si aggiunge la diversità del presupposto: nel primo caso, aver realizzato o sottratto e nel secondo, aver ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video.

I commi successivi prevedono due aggravanti; in particolare, il terzo comma dispone l'aumento «se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici», mentre il quarto un'aggravante ad effetto speciale se l'illecito è commesso «in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza»; si tratta chiaramente di due ipotesi connotate da maggiore disvalore sociale.

Infine, il quinto ed ultimo comma è dedicato alla procedibilità, stabilendo, analogamente a quanto previsto dall'art.612-*bis*, che il delitto è punibile tramite la proposizione della querela nel termine di sei mesi, rimettibile solo in via processuale e fatta salva la procedibilità d'ufficio, qualora ricorra l'aggravante ad effetto speciale o il fatto sia connesso con altro delitto per il quale sia richiesto tale *modus operandi*, in virtù della particolare gravità.

4. Alla luce delle novità riportate, non è possibile negare che il Codice Rosso non abbia una portata innovativa, ma, nonostante ciò, non sono mancate osservazioni critiche.

Non può negarsi l'intento della riforma di realizzare un vero e proprio doppio binario processuale che, però, non può, in nome della tutela delle vittime di reato, sacrificare in alcun modo il principio di oralità e immediatezza, presupposti del giusto processo.

Inoltre, si parla di una riforma “a costo zero” in quanto, non sono state investite risorse adeguate né sono state potenziate le strutture private e pubbliche; infatti, l'unico investimento è il finanziamento di 7 milioni a partire dal 2020, già previsto nella Legge di Bilancio a tutela degli orfani.

A ciò si aggiunga che, nonostante l'esempio fornito dalle linee guida fornite dalle singole Procure della Repubblica, in particolare quella di Tivoli³⁶, manca un'uniformazione a livello nazionale che garantisca una corretta applicazione in concreto.

In più, l'accesso e la piena fruizione dei servizi sociali sono ancora troppo farraginosi. Ne è prova la definizione fornita dalla criminologia in tema di vittimizzazione secondaria, quale «condizione di ulteriore sofferenza ed oltraggio sperimentata dalla vittima in relazione ad un atteggiamento di insufficiente attenzione, o negligenza, da parte delle agenzie di controllo formale nella fase del loro intervento, che si manifesta nelle ulteriori conseguenze psicologiche che la vittima subisce³⁷». Da numerose testimonianze, infatti, si deduce che le stesse sono spesso connotate da incapacità di comprensione e di ascolto delle istanze individuali e, talvolta, tendono alla minimizzazione della sofferenza, al biasimo, alla svalutazione e alla tendenza a rimuovere il problema.

Dunque, l'unica reale soluzione appare la costruzione di una seria politica sociale della famiglia, ricostruire «la disgregazione della famiglia, legale o di fatto, e della coppia, per il male

³⁶ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, Prot. N.1229/19.U. Oggetto: prime linee guida per l'applicazione della legge n.69/2019 (cd. Codice Rosso), modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di violenza domestica e di genere.

³⁷ L. ROSSI, *L'analisi investigativa nella psicologia criminale: aspetti teorici e casi pratici*, Milano, 2005, 417. “Ciò può avvenire a causa di operatori od operatrici di diversi settori, ad es. sanitario o giudiziario, da parte delle istituzioni oppure a causa di una esposizione mediatica della vittima non voluta”.

oscuro della carenza di amore» e «ripristinare il primario sistema dei controlli socioculturali, sostituendo all'attuale sistema di disvalori criminogeni, un sistema di valori incentrato, non più sulla degenerazione della cultura dei diritti, tendenzialmente illimitati, ma anche sulla cultura dei doveri e dei valori³⁸».

³⁸ F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*. Il presente scritto è il resto della relazione tenuta al Convegno su “Violenza di genere e femminicidio: diritto vigente?” (Firenze, 20 novembre 2013), organizzato da Avvocatura Indipendente. Prosegue «e per evitare una generale caduta in depressione, in attesa del suddetto miracolo neoculturale e neoumanistico, resta sempre auspicabile il riposo del legislatore, preferibile ad un legiferare frenetico e scomposto, contraddittorio, se non addirittura schizofrenico, frutto di una persistente confusione tra l'agire e l'agitarsi».

Il cyberbullismo. Prospettive criminologiche e giuridico-penali a partire dalla l. 17/2017*

MARTA LAMANUZZI

ABSTRACT

The article aims to analyse the phenomenon of cyberbullying from a criminological and criminal law perspective. After discussing features of the Internet that can increase deviance and worsen its consequences, some examples of crimes that can be committed by cyberbullies are provided, together with some considerations about underage offenders' liability. In conclusion, it is submitted that the approach of law 71/2017, focused on prevention strategies and inhibitory instruments instead of criminal sanctions, is worth appreciating.

SOMMARIO: 1. Definizioni e fenomenologia. – 2. L'agire deviante nel cyberspazio: “disinibizione tossica” e “snowball effect”. – 3. Le fattispecie incriminatrici astrattamente applicabili. – 4. L'imputabilità dei minori fra neuroscienze e anticipo puberale. – 5. Sussidiarietà del diritto penale e strumenti di tutela previsti dalla l. 71/2017. – 6. Conclusioni.

1. L'11 febbraio, in occasione del *Safer Internet Day*, l'UNICEF ha ricordato che, a livello mondiale, oltre uno studente su tre fra i tredici e i quindici anni dichiara di essere stato vittima di bullismo o cyberbullismo¹. Dalla ricerca EU Kids Online 2020, condotta su diciannove paesi europei², è emerso che il 14% dei ragazzi fra i nove e i sedici anni dichiara di aver compiuto almeno una volta atti di bullismo o cyberbullismo e il 23% di esserne stato vittima. Per quanto concerne la situazione italiana, l'ultima rilevazione ISTAT del fenomeno risale al 2014 (è in programma una nuova indagine da condurre in collaborazione con il MIUR) e attesta che più del 50% degli intervistati, tutti fra gli undici e i diciassette anni, ha riferito di essere rimasto vittima, nei dodici mesi precedenti l'intervista, di un episodio offensivo, non rispettoso e/o violento e una percentuale

*Il lavoro è stato già pubblicato in *Jus-online* n. 6 del 2020.

¹ UNICEF, doc. 9681, su www.unicef.it. I dati raccolti dall'UNICEF e dal Rappresentante Speciale del Segretario Generale delle Nazioni Unite nel 2018 tramite la piattaforma U-Report dimostrano che il bullismo online è un fenomeno che non riguarda unicamente i paesi ad alto reddito. Infatti, un ragazzo su tre dei 170.000 intervistati, tutti fra i tredici e i ventiquattro anni, provenienti da trenta paesi (Albania, Bangladesh, Belize, Bolivia, Brasile, Burkina Faso, Costa d'Avorio, Ecuador, Francia, Gambia, Ghana, Giamaica, India, Indonesia, Iraq, Kosovo, Liberia, Malawi, Malesia, Mali, Moldavia, Montenegro, Myanmar, Nigeria, Romania, Sierra Leone, Trinidad e Tobago, Ucraina, Vietnam e Zimbabwe) ha dichiarato di essere stato vittima di cyberbullismo e uno su cinque di aver saltato la scuola per tale motivo. UNICEF, doc. 9277, su www.unicef.it.

² Il report (*EU-Kids online 2020. Survey results from 19 countries*), liberamente fruibile su internet (www.lse.ac.uk), illustra i dati raccolti dall'autunno 2017 all'estate 2019 intervistando 21.964 ragazzi fra i nove e i sedici anni provenienti dai seguenti paesi: Croazia, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Paesi Bassi, Francia, Germania, Italia, Lituania, Malta, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Russia, Serbia, Slovacchia, Spagna, Svizzera.

significativa, quasi uno su cinque (19,8%), avrebbe subito azioni tipiche di bullismo (online o offline) una o più volte al mese³.

La risonanza che il fenomeno del cyberbullismo ha avuto negli ultimi anni ha portato il nostro legislatore a introdurre una legge *ad hoc*, la legge 29 maggio 2017, n. 71 recante “Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione e il contrasto del fenomeno del cyberbullismo”. Nel presente contributo l’esame dei contenuti della legge costituirà occasione per analizzare il fenomeno del bullismo online sotto il profilo criminologico e giuridico-penale.

È bene anzitutto precisare che nel corso dell’iter di approvazione della legge era stato proposto di ampliare l’ambito di applicazione delle disposizioni anche al bullismo⁴, emendamento che tuttavia non è stato accolto e il testo, nella sua versione definitiva, riguarda il solo cyberbullismo. Tale scelta potrebbe trovare giustificazione nelle peculiarità che gli atti di bullismo assumono quando sono compiuti online, dimensione che, come si vedrà, favorisce la genesi e la protrazione delle condotte devianti, ne rende spesso difficilmente identificabile l’autore e ne amplifica gli effetti lesivi. «Gli interventi di contrasto del cyberbullismo» – si è osservato – «sono, pertanto, molto diversi e più difficoltosi di quelli adottabili contro gli atti di bullismo, i quali avvengono tra persone conosciute e producono effetti, di regola, limitati all’ambiente in cui si sono verificati e quindi più agevolmente rimovibili»⁵. Tuttavia, bullismo e cyberbullismo sono fenomeni strettamente legati⁶ in quanto, accanto ai comportamenti tenuti direttamente ed esclusivamente online, vi sono atti compiuti offline che vengono immortalati e cui viene data diffusione in rete e, in molti casi, all’esperienza di vittimizzazione nel mondo virtuale si accompagna una parallela esperienza di vittimizzazione nel mondo reale. La definizione stessa di cyberbullismo, o meglio le varie definizioni proposte dagli esperti – come si illustrerà nel prosieguo – promanano dalla definizione di bullismo, aggiungendo a essa, quale elemento di specialità, la peculiare modalità dell’azione, ossia l’impiego di mezzi informatici o telematici. Alla luce di tali considerazioni, sarebbe stato preferibile includere nell’ambito di applicazione del testo normativo anche il bullismo *face to face*, pur tenendo ferma la previsione di strumenti di tutela specificamente mirati a prevenire e contrastare la diffusività delle offese in rete.

Per quanto concerne i contenuti precettivi della legge 71/2017, contrariamente a quanto alcuni dei primi commentatori hanno lasciato intendere⁷, essa non ha introdotto un “reato di cyberbullismo”, né ha sposato una logica repressiva. Vengono richiamate alcune fattispecie incriminatrici che possono essere integrate dalle condotte di cyberbullismo, ma viene prediletto un approccio preventivo-

³ In circa la metà dei casi (9,1%), si tratta di atti ripetuti una o più volte a settimana. Le ragazze risultano più vittimizzate dei ragazzi. Oltre il 55% delle giovani fra gli undici e i diciassette anni è stato oggetto di prepotenze qualche volta nel corso dell’anno, mentre per il 20,9% le vessazioni hanno avuto cadenza almeno mensile (contro, rispettivamente, al 49,9% e al 18,8% dei loro coetanei maschi). A subire atti di bullismo una o più volte a settimana è stato il 9,9% delle ragazze e l’8,5% dei ragazzi. www.istat.it/it/archivio/228976. Cfr. P. AROLDI, G. MASCHERONI, *Oltre il cyberbullismo. Il contributo di EU Kids Online alla ricerca sul benessere sociale dei giovani utenti della rete*, in *Media Education*, 2, 2019, 181 ss.

⁴ Proposta emendativa n. 1.14 pubblicata nel Bollettino delle Giunte e Commissioni del 22 marzo 2016, fruibile su www.camera.it.

⁵ E. LUPO, *La legge n. 71 del 2017 sul cyberbullismo: uno sguardo generale*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 3, 1005 ss.

⁶ «Prior evidence has shown that online and offline bullying among young people is often interconnected – those who are involved in online forms of bullying are often involved in offline forms of bullying as well», in *EU-Kids online 2020. Survey results from 19 countries*, cit.

⁷ Cfr. V. SELLAROLI, *Il nuovo reato di cyberbullismo: (l. 29 maggio 2017, n. 71)*, Milano, 2017.

cautelare⁸. Nell'articolato sono infatti previste e disciplinate misure – che verranno sinteticamente esaminate nel penultimo paragrafo – da ricondurre a due categorie: strumenti *ante-factum*, di natura preventiva, informativa, educativa, e strumenti *post-factum*, di natura inibitorio-cautelare.

All'art. 1, comma secondo, viene fornita una definizione di cyberbullismo da cui è agevole partire per offrire un primo inquadramento del fenomeno. In particolare, la norma precisa che per cyberbullismo si intende «qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi a oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo».

Alle definizioni offerte dalla letteratura psicologica – secondo cui un soggetto è vittima di bullismo «quando viene esposto, ripetutamente nel corso del tempo, alle azioni offensive perpetrate da uno o più compagni»⁹ e di cyberbullismo quando tali «comportamenti di prevaricazione sono messi in atto mediante l'uso delle nuove tecnologie (smartphone e internet)»¹⁰ – il legislatore ha preferito una definizione che richiama, combinando in maniera meramente esemplificativa e non esaustiva espressioni tecniche e atecniche, alcune ipotesi di reato che le condotte di cyberbullismo possono integrare. Il termine «pressione», ad esempio, potrebbe essere utilizzato come sinonimo di «molestia», che costituisce una contravvenzione punita ex art. 660 c.p. nonché una delle modalità di condotta degli atti persecutori ex art. 612-bis c.p.; il «ricatto» è semanticamente analogo alla minaccia, fattispecie autonoma di reato ex art. 612 c.p. e altra modalità di condotta degli atti persecutori; l'«ingiuria» rimanda all'omonima ipotesi criminosa di cui all'art. 594 c.p., depenalizzata nel 2016, ora illecito civile; la «diffamazione» è un delitto punito ai sensi dell'art. 595 c.p. e il termine «denigrazione» ne costituisce la variante terminologica atecnica; il «furto d'identità» allude alla fattispecie di sostituzione di persona ex art. 494 c.p. e, infine, l'«alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali» richiama il reato previsto e disciplinato dall'art. 167 codice della privacy.

Rinviando al terzo paragrafo per la rassegna delle ipotesi criminose poc'anzi menzionate e delle altre fattispecie i cui elementi costitutivi possono ravvisarsi nelle condotte di cyberbullismo, va sottolineato che tale definizione ha il pregio di individuare, in parte espressamente in parte

⁸ Detto approccio emerge già dall'art. 1, comma primo, della legge, in cui si precisa che l'obiettivo del provvedimento normativo è quello di «contrastare il fenomeno del cyberbullismo in tutte le sue manifestazioni, con azioni a carattere preventivo e con una strategia di attenzione, tutela ed educazione nei confronti dei minori coinvolti, sia nella posizione di vittime sia in quella di responsabili di illeciti, assicurando l'attuazione degli interventi senza distinzione di età nell'ambito delle istituzioni scolastiche».

⁹ D. OLWEUS, *Bullying at School. What We Know and What We Can Do*, Oxford-Cambridge, 1993, trad. it. *Bullismo a scuola. Ragazzi oppressi ragazzi che opprimono*, Firenze, 1996, 11-12. Analogamente Sharp e Smith precisano che il bullismo «è un tipo di azione che mira deliberatamente a fare del male o a danneggiare: spesso è persistente, talvolta dura per settimane, mesi e persino anni, è difficile difendersi per coloro che ne sono vittime» e che «alla base della maggior parte dei comportamenti sopraffattori c'è un abuso di potere e un desiderio di intimidire o dominare». S. SHARP, P.K. SMITH, *Tackling Bullying in Your School. A practical handbook for teachers*, London, 1994, trad. it. *Bulli e prepotenti nella scuola. Prevenzione e tecniche educative*, Trento, 1995, 11. È bene sottolineare che la ricerca psicologica circoscrive l'utilizzo corretto del termine «bullismo» alle prepotenze attuate fra coetanei in età scolare. S. CARAVITA, G. GINI, *L'(im)moralità del bullismo*, Milano, 2010, 11 ss.

¹⁰ G. GINI, *Il cyberbullismo*, in *Minori giustizia*, 2, 2019, 142.

implicitamente, i tre criteri che vengono tradizionalmente richiamati negli studi psico-pedagogici¹¹ per marcare il confine fra scherzo e cyberbullismo: i) l'*asimmetria*: lo scherzo non presuppone un'asimmetria di potere, fama, successo tra chi lo attua e chi lo subisce, mentre nel bullismo/cyberbullismo spesso si assiste a un'asimmetria fra i soggetti coinvolti, il bullo appare fisicamente e/o psicologicamente più forte, a volte anche più popolare (anche se la sua tendenza a "prevalere" sugli altri spesso cela un disagio); ii) la *sistematicità*: lo scherzo consiste in un unico episodio, cambia spesso "bersaglio", mentre il bullismo e il cyberbullismo si caratterizzano per la reiterazione di comportamenti vessatori o denigratori nei confronti della stessa persona; iii) l'*intenzionalità*: lo scherzo viene attuato per divertirsi e nello scherzo si diverte sia chi lo attua sia chi lo subisce (si ride *con l'altro* non *dell'altro*), mentre gli atti di bullismo e cyberbullismo sono posti in essere al fine di ferire, emarginare, far soffrire l'altro¹².

Per riassumere, si può parlare di bullismo, e non di scherzosità fra coetanei, quando ricorrono azioni offensive ripetute e frequenti, tenute intenzionalmente da uno o più soggetti nei confronti di un altro soggetto che si trovi in una condizione di "inferiorità" e che costituiscano per quest'ultimo fonte di disagio¹³. Il bullismo diventa cyberbullismo, come anticipato, quando tali condotte vengono messe in atto avvalendosi delle nuove tecnologie digitali, ossia inviando messaggi o pubblicando post in rete (per lo più sui social network) per mezzo di computer o, più di frequente, smartphone e tablet. Il confine fra scherzo e cyberbullismo è spesso più difficile da tracciare rispetto a quello fra scherzo e bullismo, in quanto la diffusione virale che un contenuto immesso in rete può avere rischia di attribuirgli una portata diffamatoria e umiliante tale che, pur in assenza di uno dei requisiti indicati (ad es. la sistematicità), secondo alcuni commentatori parrebbe forzato non ricondurre la condotta alla categoria del cyberbullismo¹⁴.

La fenomenologia del cyberbullismo è molto ampia. Ad esempio per *flaming* si intendono i litigi online che assumono toni particolarmente violenti e volgari; per *harassment* l'invio ossessivo di messaggi denigratori; la *denigration* o *put down* consiste nell'offendere l'altrui reputazione attraverso la condivisione di contenuti imbarazzanti; il termine *masquerade* o *impersonation* indica l'utilizzo abusivo di un indirizzo mail o di un account altrui sempre al fine di screditare il titolare;

¹¹ Es. D. OLWEUS, *Bullismo a scuola*, cit.

¹² Il requisito dell'intenzionalità a volte non è semplice da riscontrare in quanto lo scherzo, anche prolungato e reiterato nel tempo, per i ragazzi è al contempo una forma di divertimento e una strategia comunicativa impiegata per istaurare un rapporto, per stabilire un contatto. A. BILOTTO, I. CASADEI, *Dalla balena blu al cyberbullismo. Affrontare i pericoli della rete con la psicologia positiva*, Reggio Emilia, 2017, 80.

¹³ Il bullismo può manifestarsi in varie forme, tra le quali si possono esemplificativamente enumerare: il bullismo verbale, attuato mediante insulti e commenti sarcastici; il bullismo emarginante, che consiste nell'esclusione sociale della vittima; il bullismo fisico, che ricorre in presenza di aggressioni fisiche; il bullismo diffamatorio, che si sostanzia nel diffondere notizie vere o false in danno della reputazione del soggetto cui attengono; il bullismo danneggiante, realizzato attraverso la sottrazione e/o il danneggiamento di beni di proprietà della vittima; il bullismo razziale, esercitato nei confronti di chi appartiene a una minoranza etnica o culturale; il bullismo sessuale, inteso come insieme di condotte umilianti e minacciose tese o comunque potenzialmente prodromiche alla violenza sessuale vera e propria, e il cyberbullismo, ossia il bullismo attuato attraverso internet e/o usando il cellulare. Tra le varie categorizzazioni delle molteplici forme di bullismo che ricorrono nella letteratura psicologica, quella che maggiormente rileva ai presenti fini è quella tra bullismo diretto e bullismo indiretto, ricomprendendosi nel primo tutti i comportamenti che implicano un contatto diretto con la vittima (si pensi a calci, pugni, spintoni, insulti e sottrazione o danneggiamento di beni in presenza del proprietario) e nel secondo tutti i comportamenti che non implicano tale contatto (si pensi alle condotte diffamatorie, alle pressioni esercitate su terzi per ottenere l'isolamento sociale della vittima e al cyberbullismo). G. MURA, D. DIAMANTINI, *Il cyberbullismo*, Milano, 2012, 37.

¹⁴ A. BILOTTO, I. CASADEI, *Dalla balena blu al cyberbullismo*, cit., 102.

l'*exposure* è la rivelazione di informazioni altrui private, vere o false; il *trickery* è un tradimento affettivo realizzato conquistando la fiducia della vittima per poi diffondere fotografie o informazioni ottenute in via confidenziale o per ricattarla minacciando di diffonderle; l'*esclusion* comprende tutti quei comportamenti volti a isolare “social-mediaticamente” la vittima; il *cyberstalking*¹⁵ consiste nell'invio ripetuto di messaggi offensivi e minacciosi per intimidire il destinatario e il *cyberbashing* nel riprendere e condividere online scene di aggressione o molestia *face to face*¹⁶.

Si distinguono, inoltre, nella letteratura psicologica¹⁷, tre tipi di bullo e cyberbullo. Il primo è il tipo attivo/aggressivo, che è impulsivo e dotato di scarsa empatia ed elevata autostima, compie atti offensivi per accrescere la propria fama e l'ammirazione dei compagni. Il secondo è il tipo ansioso, caratterizzato da insicurezza, impopolarità, scarso rendimento scolastico e incapacità a concentrarsi. L'ultimo è il tipo passivo, ossia colui che non prende iniziativa, ma si limita a incoraggiare gli atti di bullismo altrui¹⁸. Al tempo stesso si possono distinguere vittime passive, che non hanno provocato in alcun modo il bullo o i bulli e sono solitamente schive, remissive e con bassissima autostima; vittime provocatrici¹⁹, che per la loro irritabilità, irrequietezza e ostilità tendono a suscitare negli altri irritazione, rabbia ed esasperazione che talvolta si traducono in comportamenti offensivi; bulli-vittime, ossia soggetti che bullizzano e sono a loro volta bullizzati, più “deboli” dei propri bulli, più “forti” delle proprie vittime, statisticamente poco frequenti²⁰.

Le ripercussioni negative di bullismo e cyberbullismo sono svariate e spesso durature. Le vittime vanno frequentemente incontro ad ansia, depressione e calo di autostima. Nei casi più gravi

¹⁵ Per il significato tecnico-giuridico del termine si rimanda al terzo paragrafo.

¹⁶ A. BILOTTO, I. CASADEI, *Dalla balena blu al cyberbullismo*, cit., 116 ss. Cfr. A. PILARKSA, *Il Cyberbullismo*, in Z. FORMELLA, A. RICCI (a cura di), *Il disagio adolescenziale. Tra aggressività, bullismo e cyberbullismo*, Roma, 2010, 71 ss.

¹⁷ G. MURA, D. DIAMANTINI, *Il cyberbullismo*, cit., 39 ss.; S. ICARDI, *Cyberbullismo: un'analisi comportamentale dell'offender e della vittima*, in *Cyberspazio e diritto*, 2017, 3, 686 ss.

¹⁸ Il “bullo passivo”, che incoraggia gli atti di bullismo altrui, oltre a concorrere (cd. concorso morale) all'atto di bullismo o cyberbullismo, può essere annoverato fra le possibili tipologie di astanti (cd. *bystanders*), ossia i coetanei che, assistendo a episodi offensivi possono adottare diversi atteggiamenti: di incoraggiamento, di indifferenza, di segnalazione all'insegnante o ai genitori e di difesa della vittima. Gli studiosi, nel sottolineare come bullismo e cyberbullismo siano fenomeni fortemente “relazionali”, che affondano le loro radici nella ricerca di popolarità da parte di bullo o cyberbullo, evidenziano l'importanza nella loro genesi e protrazione dell'atteggiamento del gruppo dei pari che assiste. M.G. FOSCHINO BARBARO, P. RUSSO, *Bulli, cyberbulli e vittime. Dinamiche relazionali e azioni di prevenzione, responsabilità civili e risarcimento del danno*, Milano, 2019, 50 ss.; G. GINI, *Il cyberbullismo*, cit., 145-146; S. CARAVITA, G. GINI, *L'(Im)moralità del bullismo*, cit., 42 ss., 67 ss.

¹⁹ Tale classificazione, lungi dal voler “colpevolizzare” la vittima, si inserisce nel solco dello studio scientifico delle sue caratteristiche e del suo ruolo nella criminogenesi e nella criminodinamica, studio che, a partire dagli anni Quaranta del XX secolo è divenuto parte integrante della criminologia, dando origine alla branca della vittimologia. La nascita di tale disciplina viene tradizionalmente ricondotta a studiosi quali Wertham, psichiatra statunitense di origine tedesca che ha coniato il termine “vittimologia” (F. WERTHAM, *The Show of Violence*, New York, 1949); Von Hentig, criminologo tedesco che ha studiato e “catalogato” le varie tipologie di vittime (H. VON HENTIG, *The Criminal and His Victims*, New Haven, 1948); Mendelsohn, avvocato israeliano noto, ad esempio, per essersi occupato del rapporto reo-vittima e aver classificato le vittime in base al loro ruolo nella genesi del crimine subito (B. MENDELSON, *Una nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: la Victimologie*, in *Rev. int. crimin. pol. tec.*, 1956, 95 ss.). Più avanti, a Fattah si deve lo studio delle predisposizioni vittimogene, ossia delle variabili che aumentano la vulnerabilità alle esperienze di vittimizzazione. E.A. FATTAH, *La victime est elle coupable?*, Montreal, 1971, 111. Cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 13 ss.

²⁰ G. MURA, D. DIAMANTINI, *Il cyberbullismo*, cit., 39 ss.; S. ICARDI, *Cyberbullismo: un'analisi comportamentale dell'offender e della vittima*, in *Cyberspazio e diritto*, 2017, 3, 686 ss.

le conseguenze comprendono disturbi alimentari e autolesionismo e, in casi estremi, il suicidio (cd. *bully-cide*)²¹.

2. «L'uso della tecnologia non è neutro, perché modifica l'identità dell'utilizzatore»²². Le esperienze digitali, che pervadono letteralmente il nostro quotidiano, hanno un notevole impatto sui processi psicologici, relazionali e identitari, sulla percezione di sé e dell'altro e sul rapporto fra sé reale e sé digitale, fino a portare, in casi limite, allo sviluppo di dipendenze e patologie²³. Soprattutto per i giovani, i social network determinano al giorno d'oggi forti investimenti in termini di tempo e identità²⁴. Se alcuni studiosi pongono l'accento sulla potenzialità dei nuovi media quali formidabili strumenti di socializzazione ed espressione di sé²⁵, altri evidenziano come, a livello identitario, una fruizione eccessiva delle piattaforme social possa limitare la propensione alla riflessione sul sé e la maturazione, poiché offrono un sentiero più agevole di formazione del "Self"²⁶ rispetto allo scambio diretto con l'altro, studiato dagli interazionisti simbolici²⁷, che è più impegnativo e complesso da

²¹ S. DIMITRI, S. PEDRONI, E. DONGHI, *Attraverso le sofferenze della vittima: tra bullismo, cyberbullismo e proposte di intervento*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, vol. 20, 1, 2018, 34 ss.

²² Così IPPOLITA, *Nell'acquario di facebook. La resistibile ascesa dell'anarco-capitalismo*, Milano, 2012, parafrasando al rovescio il noto principio di "neutralità della tecnica o della tecnologia", la cui origine si deve al filosofo e psichiatra tedesco Karl Jaspers (1883-1969), secondo il quale «La limitazione della tecnica consiste nel non poter esistere da sé, per sé, nel rimanere sempre un mezzo. Perciò essa è ambivalente. Poiché non si pone alcun obiettivo, si trova prima e al di là del bene e del male. Può servire alla salvezza e al disastro. In sé è neutrale rispetto a entrambi» (K. JASPERS, *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*, München, 1949, trad. it. *Origine e senso della storia*, Milano-Udine, 2014, 155). Cfr. G. SIMONDON, *Sur la technique*, Paris, 2014, tra. it. *Sulla tecnica*, Napoli-Salerno, 2017.

²³ Cfr. R. PERRELLA, G. CAVIGLIA, *Dipendenza da internet: adolescenti e adulti*, Santarcangelo di Romagna, 2014. La dipendenza dalla rete è stata inserita nel *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-V) con la locuzione *internet addiction disorder*, quale alterazione comportamentale priva di alterazioni chimiche cui vengono solitamente associati disturbi del sonno, depressione, abbassamento dell'autostima, aumento della solitudine e della timidezza. Alcuni Autori sottolineano come il tema necessiterebbe di ulteriori approfondimenti da condurre in relazione all'attuale contesto sociale e all'approccio che i giovani hanno con lo smartphone e con i social media. Si tratta, infatti, di un «coinvolgimento profondo» di carattere «altamente sociale», «lo smartphone diventa chiave d'accesso alla socialità, una qualità che ha ben poco a che fare con gli aspetti tecnologici in senso stretto, ma che è più fortemente legata all'organizzazione dei tempi e ai ritmi di ciascun individuo». M. DRUSIAN, P. MAGAUDDA, C.M. SCARCELLI, *Vite interconnesse: pratiche digitali attraverso app, smartphone e piattaforme online*, Milano, 2019, 137. In tal senso si è osservato che «i giovani si rivolgono a qualsiasi ambiente che permetta loro di comunicare con gli amici, e ne diventano ossessionati. Moltissimi di loro non sono dipendenti dai social media, ma gli uni dagli altri». D. BOYD, *It's complicated*, New Haven, 2014, trad. it. *It's complicated*, Roma, 2018, 111.

²⁴ Una ricerca condotta nel 2008 ha rilevato che già all'epoca i social network avevano comportato un rimodellamento del tempo libero dei giovani, prendendo il posto della televisione e riempiendo gli intervalli precedentemente "vuoti" tra un'attività e l'altra. Lo stesso studio ha messo in luce che alla base della scelta di un social piuttosto che di un altro vi è il bisogno identitario di appartenenza, in quanto i giovani tendono a scegliere il social più utilizzato in quel momento dagli amici. Ricerca condotta da Mascheroni e altri come cit. in G. MURA, D. DIAMANTINI, *Il cyberbullismo*, cit., 31.

²⁵ S. LIVINGSTONE, L.A. LIEVROUW (a cura di), *Handbook of new media: social shaping and social consequences of ICTs*, London, 2006, trad. it. *Capire i new media*, Milano, 2008; S. LIVINGSTONE, *Children and the internet. Great expectations, challenging realities*, London, 2009, trad. it. *Ragazzi online: crescere con internet nella società digitale*, Milano, 2010.

²⁶ In psicologia si evidenzia come i social network abbiano dato origine a nuove modalità di presentazione di sé e di formazione delle impressioni sugli altri. Da un lato, la creazione di un profilo web consente riflessioni e "ritocchi" e tale impegnativa gestione del proprio profilo social, che richiede un periodico aggiornamento della foto, delle informazioni e dello stato, in base ad alcune ricerche, avrebbe portato a una maggiore concentrazione su di sé che, secondo alcuni studiosi, va interpretata quale fattore dell'aumento dilagante del narcisismo, secondo altri, è frutto di quel bisogno di conferme esterne che caratterizza l'uomo moderno. Dall'altro, venire a contatto con un profilo web altrui favorirebbe la tendenza alle scorciatoie cognitive, ossia alla formazione di idee sulla base di pochi indizi, quali l'immagine del profilo e il numero di amici. P. WALLACE, *The Psychology of the Internet*, Cambridge, 2016, trad. it. *La psicologia di Internet*, Milano, 2016, 33 ss.

²⁷ L'espressione "interazionismo simbolico", coniata nel 1937 dal sociologo statunitense Herbert Blumer, indica un approccio teorico, inaugurato da Charles Horton Cooley e, soprattutto, da George Herbert Mead negli anni Venti,

gestire. Infatti, la possibilità di postare e comunicare ventiquattro ore su ventiquattro con gli amici sette giorni su sette, l'appartenenza a un mondo virtuale sempre attivo e recettivo e facilmente fruibile, secondo alcune ricerche, renderebbe i giovani sempre meno capaci di gestire la solitudine e le difficoltà che le relazioni reali comportano²⁸. Inoltre, lo scambio rapido di messaggi, spesso standard, in cui la parola è sovente abbreviata, tende a tradursi in contatti “superficiali”²⁹, che non presuppongono un reale scambio di contenuti. A ciò si aggiunge che la dimensione globale del web, che mette l'individuo in condizione di entrare in contatto con alterità infinitamente maggiori rispetto a quanto accadesse pochi decenni fa – osservano alcuni autori – comporta il rischio dell'assunzione, da parte dei giovani, di un'identità “liquida”³⁰, che viene a definirsi attraverso il confronto con i più disparati modelli identitari, modelli che, per altro, non possono che essere colti in via parziale e mediata, in quanto ciascuno seleziona cosa mostrare di sé e come, tendendo a palesare il sé ideale anziché il sé reale³¹.

Ai nostri fini, è bene chiedersi se l'influenza che il nuovo mondo virtuale esercita sui processi identitari in atto in età adolescenziale favorisca il compimento mediante la rete di atti di bullismo e se gli stessi tendano ad assumere, nel cyberspazio, connotati più aggressivi e a produrre conseguenze più gravi di quelli che li caratterizzano nelle dinamiche interpersonali offline³².

Per quanto concerne la propensione alla devianza, va detto che agire, spesso utilizzando un pseudonimo, attraverso la “maschera” del pc o del cellulare, anziché “face to face”, da una parte, ingenera nel cyberbullo l'“illusione dell'anonimato” (“illusione” in quanto la polizia postale è quasi sempre in grado di risalire quantomeno all'indirizzo IP o MAC da cui è promanato il comportamento) che si traduce in un senso di deresponsabilizzazione, dall'altra, impedisce il contatto visivo con la

particolarmente attento al ruolo svolto dalle interazioni sociali nella formazione del Sé e nell'adozione dei comportamenti da parte degli individui. Sebbene i fondamenti dell'interazionismo si rinvergono nel testo di Mead *Mind, Self and Society* (G. MEAD, *Mind, Self and Society*, Chicago, 1934, trad. it. *Mente, Sé e società*, Firenze, 2010), l'opera che viene tendenzialmente considerata come manifesto di tale prospettiva sociologica consiste in *Symbolic Interactionism* di Blumer (H. BLUMER, *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*, New Jersey, 1969, trad. it. *Interazionismo simbolico. Prospettiva e metodo*, Bologna, 2008). Fra i sociologi interazionisti meritano senza dubbio di essere menzionati anche Lonnie Athens (cfr. *inter alios* L. ATHENS, *Violent Criminal Acts and Actors: A Symbolic Interactionist Study*, Boston, 1980) e Erving Goffman (E. GOFFMAN, *The presentation of self in everyday life*, New York, 1959, trad. it. *La vita quotidiana come rappresentazione*, Bologna, 1969) Cfr. P. IAGULLI, *Sé ed emozioni nell'interazionismo simbolico*, Milano, 2012, 289 ss.

²⁸ Con il motto “*I share, therefore I am*”, “condivido, quindi sono”, si osserva come imperniare il processo identitario nei social network comporti che il venire meno di scambi e, quindi, di socialità nel mondo virtuale produca un sentimento di mancanza del sé che attraverso tale socialità si costituisce. Ricerca condotta da Sherry Turkle come cit. in G. MURA, D. DIAMANTINI, *Il cyberbullismo*, cit., 35. Si veda anche il discorso «*Connected, but alone?*», tenuto nel 2012, disponibile su www.ted.com.

²⁹ La comunicazione online, secondo alcuni studi, trasmette l'idea di un interlocutore più “freddo” rispetto all'impressione che la stessa persona farebbe in un dialogo reale. Tanto è vero che, per ovviare a tale inconveniente e rendere più “calde” le conversazioni telematiche, sono state introdotte le emoticon (faccine che esprimono stati d'animo). P. WALLACE, *La psicologia di Internet*, cit., 24 ss., 44 ss.

³⁰ Cfr. Z. BAUMAN, *Liquid modernity*, Cambridge, 2000, trad. it. *Modernità liquida*, Bari, 2000.

³¹ Le ricerche attestano che i ragazzi sentono notevole pressione sociale a creare post che riscuotano successo fra i propri follower acquisendo così popolarità. A tal proposito, si osserva nella letteratura psicologica che «il bisogno di pubblicare continuamente contenuti relativi alla nostra quotidianità è, infatti, il tentativo di definire ciò che si è, in un mondo in cui l'esistere è inscindibilmente legato al raccontare e al condividere». E. DONGHI, V. PAGANI, S. CARAVITA, *Bullismo online. Conoscere e contrastare il cyberbullismo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2018, 66. Cfr. C. BELACCHI, *Formazione dell'identità personale tra realtà e virtualità: riflessioni a margine del cyberbullismo*, in C. BELACCHI, M.G. EUSEBIO (a cura di), *Cyberbullismo e traiettorie contemporanee della violenza*, Milano, 2018, 38 ss.

³² In tema si veda anche S. BOLOGNINI, *Il cyberbullismo come volto demoniaco del potere digitale e le (possibili) politiche del diritto antidoto*, Milano, 2017, 94 ss.

vittima, determinando l'impossibilità di coglierne le reazioni e gli eventuali segnali espressivi di disagio e diminuendo così fortemente la possibilità di cessazione o moderazione "empatica" degli attacchi³³.

Diversi studi attestano che il cd. "effetto anonimato" che l'agire online produce sull'utente può favorire l'aggressività. La convinzione di non poter essere individuati, infatti, porta a comportarsi in maniera più disinibita, meno condizionata da convenzioni e norme sociali. Il che può essere positivo, in certe situazioni, poiché consente di discutere liberamente di argomenti anche molto intimi, ma negativo in altre, portando a comportamenti aggressivi (cd. "disinibizione tossica")³⁴.

L'anonimato, secondo un'interessante prospettiva, si articola in diversi livelli. In primo luogo, la non identificabilità, che consiste nella percezione di non poter essere individuati in relazione al contesto di appartenenza (posizione geografica, professione, genere, età, etnia). Talvolta, pur usando il proprio nome, non ci si sente identificabili, in quanto si ritiene impossibile per gli interlocutori risalire alle altre informazioni necessarie per "inquadrarci". Altro aspetto dell'anonimato è la non visibilità che consiste nel rapportarsi online senza usare una propria fotografia o video o una webcam. Come nei contesti di vita reale l'invisibilità creata dal buio determina disinibizione, così avviene in rete. L'ultima declinazione dell'anonimato è la mancanza di contatto visivo, che potrebbe al più essere riprodotto in rete, anche se non compiutamente, nelle video-conversazioni, in cui però, a ben vedere, non ci si guarda negli occhi, ma bisogna scegliere se guardare verso la webcam o verso la parte dello schermo in cui appare l'immagine dell'interlocutore, punti che solitamente non coincidono. Un'interessante ricerca per valutare l'incidenza di tali variabili sulla disinibizione tossica e sulla litigiosità ha dimostrato che quella che favorisce maggiormente l'aggressività è la mancanza di contatto visivo³⁵.

Tale conclusione trova conferma nel noto esperimento di Stanley Milgram, volto a studiare la propensione dell'individuo sottoposto ad autorità a compiere azioni che contrastano con la propria coscienza morale. In particolare, i soggetti coinvolti nella ricerca, convinti di partecipare a un test di verifica di un nuovo metodo di potenziamento della memoria, dovevano somministrare (false) scosse elettriche di intensità crescente agli "studenti" che non rispondevano correttamente a domande di rievocazione mnemonica, i quali, d'accordo con lo sperimentatore, simulavano una sensazione di fastidio crescente fino al dolore. La modifica delle condizioni dell'esperimento ha consentito di valutare l'incidenza di diverse variabili situazionali sulle remore a somministrare scosse potenzialmente mortali nonostante le richieste degli "studenti" si sospendere l'esperimento. Fra gli

³³ Ciò vale, a maggior ragione, quando la condotta consiste nel produrre o concorrere a diffondere contenuti offensivi che riguardano una vittima del tutto sconosciuta, che abita in un'altra città o in un altro Stato, come talvolta accade. Se infatti agendo in rete risultano attenuate le remore a offendere una persona che si conosce, ciò vale tanto più con riferimento a una persona che non si conosce.

³⁴ P. WALLACE, *La psicologia di Internet*, cit., 139 ss.

³⁵ La ricerca ha visto coinvolti diversi soggetti, accoppiati casualmente e chiamati a confrontarsi in via telematica al fine di convincere l'altro che un proprio ipotetico parente malato avesse più bisogno del parente dell'altro di un farmaco salvavita. In alcuni casi la conversazione avveniva senza indicare i nomi degli interlocutori, in altri la coppia interagiva conoscendo nome e diversi dettagli identificativi dell'interlocutore, altre volte ancora la conversazione avveniva dotando i due soggetti di una telecamera a livello degli occhi e dicendo loro di fissare direttamente l'obiettivo durante la discussione. In tutto, otto gruppi di coppie, tutti con una diversa combinazione di condizioni sperimentali. Le coppie con tutte le componenti dell'anonimato si sono rivelate le più litigiose in assoluto, ma la variabile che ha avuto l'impatto maggiore è stata la presenza/assenza del contatto visivo. A tal proposito, conclude l'Autrice, «il detto "dimmelo guardandomi negli occhi" pare avere un fondo di verità». P. WALLACE, *La psicologia di Internet*, cit., 143.

elementi che maggiormente avevano favorito la somministrazione di scosse di notevole intensità venne individuata la distanza della vittima, con il conseguente mancato contatto visivo con la stessa, che impediva di percepirne i segnali esteriori di sofferenza³⁶.

Altro esperimento interessante è lo *Stanford Prison Experiment*, condotto da Philip Zimbardo, in cui ventiquattro studenti sono stati divisi in guardie e prigionieri, ruoli che avrebbero dovuto interpretare per quattordici giorni in un finto carcere. Tuttavia, al sesto giorno lo sperimentatore ha deciso di interrompere l'attività per via dell'escalation di comportamenti aggressivi dei primi nei confronti dei secondi. Le risultanze più interessanti, in relazione al cyberbullismo, consistono nell'incidenza delle regole del gruppo sociale di appartenenza (nello specifico del gruppo delle "guardie") e della percezione dell'anonimato/impunità del proprio agire, derivante dal contesto sperimentale, nella propensione all'aggressività e nella de-umanizzazione della vittima³⁷.

Gli studiosi si sono inoltre chiesti se la dimensione cyber favorisca i meccanismi di disimpegno morale, ossia quei processi attraverso i quali un individuo "si autogiustifica", vale a dire neutralizza o attenua sensi di colpa e dissonanza cognitiva fra i valori in cui crede e le proprie azioni, disattivando parzialmente o totalmente il controllo morale e mettendosi così al riparo da sentimenti di svalutazione e vergogna. Alcuni agiscono sulla condotta immorale, rendendola "più accettabile" tramite il richiamo a principi e valori morali superiori, come la cd. *giustificazione morale* (es. richiamare la libertà di espressione) o svilendone il disvalore attraverso la deformazione linguistica, cd. *etichettamento eufemistico* (es. "era solo uno scherzo") o, ancora, mettendola a confronto con azioni peggiori, cd. *confronto vantaggioso* (es. "non ho ucciso nessuno"). Altri meccanismi agiscono ridefinendo la responsabilità dell'azione compiuta che viene suddivisa tra più persone, cd. *diffusione della responsabilità* (es. "lo prendevamo in giro tutti")³⁸ o riversata su altri, cd. *dislocamento della responsabilità* (es. attribuzione della colpa alla famiglia, alla scuola, alla società) o minimizzando le conseguenze dannose delle azioni, cd. *distorsione delle conseguenze* (es. "non pensavo se la prendesse tanto"). Infine, ci sono due meccanismi che si concentrano sul ruolo della vittima, la cd. *de-umanizzazione della vittima*, che consiste nel rappresentare la vittima come "meno umana", priva di sentimenti, di sensibilità e di dignità, parificata a un essere inferiore che si merita di essere vittimizzato, e la cd. *attribuzione di colpa* alla vittima, per cui la vittima è ritenuta responsabile, colpevole di ciò che le accade e che subisce, avendo "provocato" il suo aggressore³⁹.

³⁶ S. MILGRAM, *Obedience to authority*, London, 1974, trad. it. *Obbedienza all'autorità*, Torino, 2003, 32 ss. Cfr. Z. BAUMAN, *Modernity and the Holocaust*, New York, 1989, trad. it. *Modernità e Olocausto*, Bologna, 1992, 215 ss. e G. FORTI, *Prefazione al volume "Io perpeatore, io vittima"*, Torino, 2020.

³⁷ P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, New York, 2007, trad. it. *L'effetto Lucifero: cattivi si diventa?*, Milano, 2008. Cfr. E. GOFFMAN, *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, New York, 1961, trad. it. *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2010. All'esperimento sono ispirati diversi film: *L'esperimento* (1971), di Dante Guardamagna; *Das Experiment* (2001), del regista Oliver Hirschbiegel, *The Experiment film* (2010), diretto da Paul Scheuring e, da ultimo, *The Stanford Prison Experiment* (2015), diretto da Kyle Patrick Alvarez.

³⁸ La diffusione della responsabilità è uno dei meccanismi che concorrono al cd. "effetto spettatore" (*bystanders effect*), fenomeno studiato in psicologia sociale che consiste nella tendenza di chi assiste a un'aggressione a non intervenire se sul posto sono presenti altre persone. In tal senso, la probabilità per la vittima di essere soccorsa è inversamente proporzionale al numero degli spettatori. J.M. DARLEY, B. LATANÉ, *Bystander intervention in emergencies: Diffusion of responsibility*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1968, 8, 377-383.

³⁹ A. BANDURA, *Failures in Self-Regulation: Energy Depletion or Selective Disengagement?*, in *Psychological Inquiry*, 1996, 7, 20-24; ID., *Moral Disengagement: How People do Harm and Live with Themselves*, New York, 2015; A. DE GIORGIO, *Disimpegno morale ed empatia: il contributo delle neuroscienze nello spiegare il fenomeno del cyberbullismo*,

Vicina alla teoria del disimpegno morale poc' anzi richiamata è la teoria delle neutralizzazioni, che individua fra le cause della delinquenza giovanile meccanismi psicologici di neutralizzazione dei sensi di colpa che consistono nella negazione della responsabilità (che viene attribuita a forze fuori dal proprio controllo, es. “ero ubriaco”), del danno (es. “nessuno si è fatto male”) o della vittima (es. “se l'è meritato, è un poco di buono”), nonché nella condanna dei condannanti (enfasi posta sull'inadeguatezza delle autorità, es. “chi solo loro per giudicarmi?”) e nel richiamo a fedeltà superiori (es. “l'ho fatto per difendere un amico”)⁴⁰.

Se tali meccanismi di disimpegno morale e di neutralizzazione si rivelano spesso efficaci nella spiegazione della devianza minorile *face to face*, alcune ricerche rilevano una diminuzione del disimpegno morale nei casi di cyberbullismo, che si spiegherebbe sulla base di due diverse considerazioni. Da una parte, il cyberspazio viene percepito come una dimensione ricreativa in cui i comportamenti non vengono percepiti come seri e significativi tanto quanto i comportamenti tenuti nello spazio reale. Nel mondo virtuale il confine fra lecito e illecito, fra ciò che è moralmente e socialmente approvato e ciò che è riprovevole tende a sbiadire. Se insulti e ostilità in classe sono stigmatizzati dagli insegnanti o da taluni compagni, in rete rischiano di avere una notevole eco, attraverso “like” apposti superficialmente, e quindi di essere (male) interpretati come fonte di notorietà e successo sociale. In tal senso, si è osservato come l'effetto della “disinibizione on line”⁴¹, dovuto anche al frequente impiego di pseudonimi, porta a scindere un sé virtuale, che non rispetta le norme morali, dal sé reale della vita quotidiana che, invece, agisce nel pieno rispetto delle norme morali e delle convenzioni sociali. Dall'altra, il bullismo e il cyberbullismo sono fenomeni relazionali, in cui bullo e cyberbullo trovano il sostegno nel gruppo dei pari, da cui vengono considerati modelli da imitare, pertanto manca o è molto flebile un “giudizio morale” (del bullo stesso e/o dei suoi pari) da “neutralizzare”. In altri termini, il seguito e gli apprezzamenti di cui i post offensivi spesso – malauguratamente – godono sui social trasmettono al cyberbullo la percezione (distorta) che il proprio agire sia lodevole e non moralmente riprovevole. Ancora, l'assenza di un contatto diretto con la vittima nel cyberspazio ostacola l'istaurazione di un legame empatico fra aggressore e vittima, rendendo così meno accentuati i sensi di colpa e, di conseguenza, non egualmente impellente il ricorso a meccanismi di neutralizzazione e disimpegno morale⁴².

Per quanto concerne la maggiore dannosità del bullismo online rispetto al bullismo *face to face*, se è vero che nelle dinamiche interpersonali in presenza si può assistere ad aggressioni contro

in S. BOLOGNINI (a cura di), *Cyberbullismo. Profili psico-pedagogici e socio-giuridici*, Milano, 2017, 43 ss.; S. CARAVITA, G. GINI, *L'(Im)moralità del bullismo*, cit., 129 ss.

⁴⁰ M. SYKES, D. MATZA, *Techniques of Neutralization; A Theory of Delinquency?*, in *ASR*, 1957, 664 ss.; ID., *Becoming Deviant*, New Jersey, 1969, trad. it. *Come si diventa devianti*, Bologna, 1976; G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 499 ss.

⁴¹ Se nella vita reale i giovani hanno remore a condividere informazioni private e ad assumere atteggiamenti provocanti e sessualizzati, pare che abbiano meno riserbo quando agiscono online, mostrandosi maggiormente proclivi a condividere momenti di vita privata e contenuti pornografici. Ad esempio, alla base del cd. *sexting*, ossia della condivisione di contenuti di testo, fotografici e video, di natura pornografica (vedi *infra* § 3), fenomeno sempre più diffuso sia fra i minori sia fra gli adulti, vi sono sia il bisogno narcisistico di mettersi in mostra, ricevere apprezzamenti, appagare il destinatario, sia quella che è stata definita l'*online disinhibition*, ossia l'allentamento delle restrizioni sociali e delle inibizioni cui si assiste nelle interazioni mediate dalle nuove tecnologie. J. SULER, *The online disinhibition effect*, in *CyberPsychology and Behavior*, 7, 2004, 321-326.

⁴² In altri termini, «nel bullismo elettronico sembra sussistere un'effettiva diluizione morale, ma che si esercita a livello emotivo più che cognitivo». S. CARAVITA, L. MILANI, G. BINAGHI, C. APOLLONI, *Il funzionamento morale come fattore di rischio per il bullismo e il cyberbullismo*, in *Maltrattamenti e abuso all'infanzia*, 2016, 18, 59.

l'incolumità fisica (solitamente non gravi), è altrettanto vero che le offese alla reputazione perpetrate *face to face* rimangono circoscritte nello spazio e nel tempo, mentre messaggi, video e immagini denigratori inviati o postati attraverso i servizi di messaggia istantanea e i social network possono avere una diffusione rapidissima e potenzialmente enorme. In tal senso, attingendo a un'efficace metafora, si parla del cd. *snowball effect*⁴³ a indicare che un contenuto immesso in rete, anche mediante l'invio a una sola persona, può diventare virale. Inoltre, è nota l'espressione "*internet never forgets*", in riferimento al fatto che, anche qualora si rimuova un contenuto dalla sua sede virtuale originaria, non si avrà mai la certezza di averlo eliminato definitivamente, in quanto il destinatario (o i destinatari), o chiunque sia venuto a contatto con esso, può averlo salvato o condiviso con terzi o in un altro ambiente del web.

A ciò si aggiunge che nel cyberbullismo le prepotenze possono avvenire ovunque, non solo a scuola o nei pressi della scuola. Il cyberbullo può agire anche da casa e la vittima non è "al sicuro" nemmeno a casa⁴⁴. Ancora, alla diffusione di immagini o contenuti umilianti possono concorrere soggetti che non conoscono la vittima, che abitano in un'altra città o in un altro Stato. Inoltre, tornando al rapporto fra cyberspazio e processi identitari, le offese subite in rete possono avere un notevole impatto emotivo sulla vittima. Dal momento che i giovani di oggi sono "iperconnessi", ossia vivono in simbiosi con i device elettronici, primo fra tutti lo smartphone, anche i processi identitari, come anticipato, rischiano di avere come set principale la realtà virtuale, il che spiega l'impatto devastante che il cyberbullismo può avere sulla vittima e sulla sua autostima. Se infatti i giovani sono abituati a cercare principalmente nelle interazioni con i pari sui social le risposte alle proprie domande su di sé e sul proprio valore, qualora le risposte siano negative, dalla denigrazione fino all'istigazione al suicidio, è evidente che l'individuo possa percepire come azzerate le proprie chances di costruirsi un'identità e una reputazione di segno positivo⁴⁵.

3. L'evoluzione informatica e social-mediatica ha dato vita a preziose opportunità prima impensabili, ma ha fatto altresì insorgere nuove modalità di offesa a beni giuridici meritevoli di tutela penale e ha amplificato le conseguenze lesive di condotte già penalmente rilevanti. Il legislatore, pertanto, in taluni casi ha introdotto nuove ipotesi di reato, che puniscono condotte rese possibili solo dall'avvento delle nuove tecnologie digitali (si pensi all'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico, di cui all'art. 615-ter c.p.), in altri ha aggravato il trattamento sanzionatorio nel caso in cui il fatto tipico venga commesso attraverso strumenti informatici o telematici (come negli atti persecutori, art. 612-bis, comma 2, c.p.) in ragione della maggior offensività della condotta. Anche gli atti di bullismo, commessi o trasposti in rete, come si è visto, assumono nuove caratteristiche fenomenologiche e vanno incontro a un potenziale aggravamento delle loro conseguenze lesive. A ben vedere, nella maggior parte delle condotte di cyberbullismo sono ravvisabili gli estremi di fattispecie incriminatrici, interpretate "evolutive" dalla giurisprudenza in aderenza al nuovo

⁴³ V. CAMBRIDGE DICTIONARY, "*A snowball effect*".

⁴⁴ Una soluzione potrebbe essere cambiare numero di cellulare e cancellarsi dai social network, ma per i giovani di oggi, che vivono in una società dominata dalle nuove tecnologie digitali, "negarsi virtualmente" non è semplice, significa rinunciare alla più diffusa forma di interazione e socializzazione con i pari.

⁴⁵ A. BILOTTO, I. CASADEI, *Dalla balena blu al cyberbullismo*, cit., 88 ss.

contesto social-mediatico. Nel presente paragrafo ci si propone di passare brevemente in rassegna quelle più frequentemente integrate.

Partendo dagli atti di cyberbullismo che incidono sulla reputazione della vittima, va richiamato anzitutto il delitto di diffamazione⁴⁶, integrato, ad esempio, ogniqualvolta venga pubblicato in un social network o comunque in rete un contenuto (testo, immagine, fotografia, video) idoneo a offendere la reputazione di taluno⁴⁷. La condotta deve essere tenuta in assenza della persona offesa, requisito, quest'ultimo, che differenzia la diffamazione dall'ingiuria⁴⁸ (ex art. 594 c.p., depenalizzata nel 2016⁴⁹) e che non deve essere inteso in senso rigorosamente fisico-spaziale – precisa la giurisprudenza – ma come incertezza circa l'immediata percezione dell'addebito diffamatorio⁵⁰. In altri termini, sebbene fra i potenziali fruitori del contenuto offensivo diffuso mediante internet vi possa essere anche la persona offesa, ciò non depone nel senso di ricondurre la condotta alla fattispecie di ingiuria, anziché a quella di diffamazione, in quanto, la percezione dell'offesa è solo eventuale, mancando la certa compresenza di agente e soggetto vilipeso⁵¹. Qualora invece l'offesa venga diretta, ad esempio tramite sistemi di messaggia istantanea, al destinatario, anche in una chat di gruppo – secondo un recente orientamento – non ricorre diffamazione ma la fattispecie meno grave di ingiuria, oggi illecito civile, in quanto l'offeso è posto in condizione di potersi immediatamente

⁴⁶ Il delitto è punito con la reclusione fino a un anno (ipotesi base) e fino a due o a tre anni (ipotesi aggravate). Il 9 giugno 2020, la Corte Costituzionale ha rinviato la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale della pena detentiva in caso di diffamazione a mezzo stampa al 22 giugno 2021 «per consentire alle Camere di intervenire con una nuova disciplina della materia». È dalla fine degli anni Ottanta che vengono avanzate proposte di riforma della fattispecie mai diventate legge. Fra le più recenti si segnala il d.d.l. Caliendo, n. 218, presentato in data 20 settembre 2018, che propone di sostituire la comminatoria edittale attuale con la multa da euro tremila a euro diecimila, che diventa fino a quindicimila se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato ed è aumentata della metà se l'offesa è arrecata con il mezzo della stampa o con un qualsiasi mezzo di pubblicità, in via telematica, ovvero in atto pubblico. Si prevede inoltre che la persona offesa possa chiedere l'eliminazione, dai siti internet e dai motori di ricerca, dei contenuti diffamatori o dei dati personali trattati in violazione di disposizioni di legge. Qualora non ottenga la cancellazione potrà rivolgersi al giudice affinché ne ordini la rimozione o ne inibisca l'ulteriore diffusione, eventualmente condannando l'inadempiente al pagamento di una somma determinata in via equitativa. Testo fruibile su www.senato.it.

⁴⁷ La reputazione è tradizionalmente intesa quale «stima diffusa nell'ambiente sociale», «opinione che gli altri hanno del suo onore e del suo decoro». Cass. pen., 25 maggio 1995, n. 3247, in *Cass. pen.*, 1995, 2535 ss. Sul tema si veda diffusamente A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018. Ai fini della configurazione della fattispecie non è necessaria la lesione della reputazione, ma è sufficiente l'idoneità del contenuto in questione a ledere l'altrui reputazione. Sul punto, Cass. pen., Sez. V, 5 agosto 2015, n. 34178, in *Dir. & Giust.*, 2015, 6 agosto; Cass. pen., Sez. V, 4 dicembre 2013, n. 9091, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 2, 679 ss.; Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 2012, n. 5654, in *Dir. & Giust.*, 2013, 5 febbraio.

⁴⁸ Tale distinzione, che si giustificerebbe «sulla base dell'asserita [F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2000, I, 195; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981-1986, 621, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 2019, 266 ss.] minore gravità dell'offesa posta in essere nei confronti di una persona che, per averne immediata conoscenza, sarebbe posta nella condizione di approntare sul momento una difesa al suo onore, rintuzzando le affermazioni del soggetto attivo e riducendo, quindi, la gravità della lesione», suscita nella dottrina più recente (A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore*, cit., 350 ss.) perplessità che meritano di essere condivise e la cui fondatezza emerge in maniera lampante in relazione alle dinamiche di bullismo e cyberbullismo, in cui è presumibilmente raro che la vittima, per la sua frequente fragilità e per la posizione in cui si trova, riesca a opporre una difesa efficace alle offese che pure le vengano rivolte in sua presenza (reale o virtuale).

⁴⁹ Il delitto di ingiuria, di cui all'art. 594 c.p. [«Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 516. Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa (...)»] è stato abrogato con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. Oggi l'ingiuria costituisce illecito civile punito con sanzione pecuniaria da cento a ottomila euro.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2012, n. 44980, in *Cass. pen.*, 2013, 10, 3522 ss.

⁵¹ C. PANICALI, *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenal) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 6, 2081 ss.

difendere⁵². La diffamazione è aggravata, a norma del terzo comma dell'art. 595 c.p., fra l'altro, quando l'offesa è recata con un qualsiasi «mezzo di pubblicità», categoria cui, sulla base di un indirizzo ormai consolidato, vanno ricondotte le piattaforme social e la rete in generale, dal momento che i contenuti che vi sono veicolati possono avere una diffusione potenzialmente enorme⁵³.

La reputazione va indubbiamente annoverata fra i beni giuridici tutelati dal nuovo delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, di cui all'art. 612-ter c.p. (cd. “*revenge porn*”), sebbene tale fattispecie sia stata inserita nella Sezione III, Capo III, del Titolo XII, dedicata ai delitti contro la libertà morale⁵⁴. È infatti indubbio che le condotte punite, che consistono nell'invio, nella consegna, nella cessione, nella pubblicazione e nella diffusione di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito⁵⁵, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate, possano avere un notevole impatto sulla reputazione della persona offesa.

In particolare, la norma contempla due ipotesi criminose che si differenziano sulla base della “genesi” dei contenuti sessualmente espliciti: nella prima sono stati realizzati o sottratti dall'agente, che è punito a prescindere dal fine per il quale li ha ceduti o ne ha dato diffusione (comma 1); nella seconda, l'agente ha ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video ed è punito solo qualora abbia agito al fine di recare nocumento alla persona raffigurata (comma 2). Questa seconda ipotesi, a ben vedere, è destinata a trovare applicazione in tutti i casi in cui il contenuto sessualmente esplicito sia stato autoprodotta e trasmesso *ab origine* dalla stessa persona raffigurata, nell'ambito di un fenomeno piuttosto diffuso fra i giovani (e non solo), il cd. *sexting*. Tale neologismo indica l'invio di messaggi (*text*) di contenuto erotico (*sex*) che possono includere anche immagini e video⁵⁶. Qualora tali contenuti vengano ceduti a terzi o pubblicati senza il consenso esplicito della persona raffigurata

⁵² Cass. pen., Sez. V, 25 febbraio 2020, n. 10905, in *Dir. & Giust.*, 2020, 1° aprile, in cui si precisa che «l'elemento distintivo tra ingiuria e diffamazione è costituito dal fatto che nell'ingiuria la comunicazione, con qualsiasi mezzo realizzata, è diretta all'offeso, mentre nella diffamazione l'offeso resta estraneo alla comunicazione offensiva intercorsa con più persone e non è posto in condizione di interloquire con l'offensore». Sul punto v. *supra* nota 48.

⁵³ Da ultimo Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2018, n. 40083, in *Dir. & Giust.*, 2018, 6 settembre.

⁵⁴ La fattispecie ha indubbiamente natura pluri-offensiva, in quanto la condotta, oltre alla libertà di autodeterminazione in campo sessuale, pare idonea a offendere altresì la reputazione e la riservatezza. Tanto è vero che, fra le sedi in cui collocare la nuova norma, erano stati proposti il codice della privacy (d.d.l. 1166/2019) e un apposito titolo del codice penale relativo ai delitti contro la riservatezza sessuale (Unione Camere penali italiane). Sul rapporto fra riservatezza e onore si veda, diffusamente, A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore*, cit., 116 ss.

⁵⁵ Carattere “sessualmente esplicito” va attribuito, secondo i primi commentatori, «a immagini che raffigurino qualsiasi forma di rapporto sessuale o di autoerotismo, nonché alle immagini raffiguranti corpi nudi, per intero o limitatamente a organi genitali o ad altre aree corporee generalmente riconducibili all'eccitamento sessuale come, appunto, il seno o le natiche». G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 2070-2071. Continua l'Autore: «per le altre categorie di immagini – baci e altre effusioni, pose sensuali o provocanti, foto in costume da bagno o in lingerie – che non paiono di per sé idonee a integrare la fattispecie, assumerà rilievo la valutazione del contesto complessivo, atteso che anche un'immagine particolarmente allusiva, benché priva delle predette nudità, può presentare carattere marcatamente sessuale».

⁵⁶ Per un inquadramento sociologico si vedano, *inter alios*, M.C. SCARCELLI, *Quando l'affettività e la sessualità attraversano la rete*, in *Minori giustizia*, 4, 2012, 69 ss.; ID. *Intimità digitali. Adolescenti, amore e sessualità ai tempi di internet*, Milano, 2015, 40 ss., 105 ss.; M. DRUSIAN, P. MAGAUDDA, C.M. SCARCELLI, *Vite interconnesse: pratiche digitali attraverso app, smartphone e piattaforme online*, cit., 39 ss., 57 ss.; J. DAVIDSON, *Sexing Gender and Teens*, Rotterdam, 2014; N. DÖRING, *Consensual sexting among adolescents: Risk prevention through abstinence education or safer sexting?*, in *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, 2014, 8(1).

e, come avviene in caso di cyberbullismo, al fine di recarle nocumento⁵⁷, verrà integrata la fattispecie in esame.

È bene precisare che, nei casi, presumibilmente più rari, di cessione o diffusione di materiale pornografico relativo a un minore che l'agente stesso abbia realizzato, per effetto della clausola di riserva ("salvo che il fatto costituisca più grave reato") posta all'incipit dell'art. 612-ter c.p., anziché il primo comma di detta norma, potrebbe trovare applicazione la più grave ipotesi di pedopornografia minorile di cui all'art. 600-ter, comma 4, c.p.⁵⁸, che invece, come statuito dalla Corte di Cassazione⁵⁹, non opera, poiché altrimenti si sfocerebbe in un'interpretazione analogica *in malam partem*, nei casi in cui il materiale pedopornografico ceduto o diffuso senza il consenso della persona raffigurata sia stato autoprodotta e trasmesso spontaneamente⁶⁰ dalla stessa (ipotesi ora coperta dall'art. 612-ter, secondo comma, c.p.), difettando il requisito di fattispecie dell'*utilizzo* del minore per la sua realizzazione.

Fra le degenerazioni abusive e penalmente rilevanti del *sexting* merita di essere menzionata anche la fattispecie di violenza sessuale, di cui all'art. 609-bis c.p. Le condotte tipiche di costrizione a compiere atti sessuali mediante minaccia (comma 1) e di induzione a compiere tali atti abusando della condizione di inferiorità fisica o psichica o sostituendosi ad altra persona (comma 2) possono infatti essere messe in atto anche "a distanza", costringendo o inducendo la persona offesa a compiere "in diretta", tramite videochat o webcam, atti di autoerotismo o a realizzare e inviare immagini o video raffiguranti tali atti⁶¹. Anche qualora il compimento di atti di autoerotismo e l'eventuale invio di immagini o video a essi relativi non sia avvenuto per effetto di minaccia o di comportamenti abusivamente induttivi ma spontaneamente, il fatto potrebbe integrare il delitto di atti sessuali con minori di cui all'art. 609-quater c.p. ove la persona che li compie abbia meno di quattordici anni (salvo che abbia compiuto i tredici anni e anche il "destinatario" sia minorenni)⁶².

È interessante osservare come, prima dell'introduzione del delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, la casistica che la fattispecie ricomprende venisse ricondotta ora al delitto di diffamazione⁶³ ora al delitto di illecito trattamento di dati personali di cui all'art. 167

⁵⁷ La previsione di tale dolo specifico riduce molto l'ambito applicativo della norma in quanto non vi potranno essere sussunti tutti quei casi, non infrequenti, soprattutto fra i minori, in cui il contenuto sessualmente esplicito venga inviato o diffuso per leggerezza, noia o come motivo di vanteria con gli amici.

⁵⁸ La norma punisce «chiunque offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma» ossia il «materiale pornografico realizzato *utilizzando* minori».

⁵⁹ Cass. pen., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675, in *Riv. pen.*, 2016, 5, 433 ss. Cfr. M. BIANCHI, *Il "sexting minorile" non è più reato? Riflessioni a margine di Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 138 ss.

⁶⁰ Recente giurisprudenza ha precisato che è invece configurabile il reato di pornografia minorile (art. 600-ter, comma 4, c.p.) qualora il minore non abbia agito spontaneamente ma sia stato indotto con minacce a scattarsi e inviare "selfie erotici", poi ceduti o diffusi dal destinatario. Cass. pen., Sez. III, 10 maggio 2018, n. 39039, in *Guida dir.*, 2018, 41, 50 ss.

⁶¹ Cass. pen., Sez. III, 18 luglio 2012, n. 37076, in *Dir. & Giust.*, 2012, 27 settembre, in cui si afferma che «il reato di violenza sessuale, consistente nel compimento da parte della persona offesa di atti sessuali su se stessa, può essere commesso anche a distanza, ovvero sia a mezzo telefonico o di altre apparecchiature di comunicazione elettronica».

⁶² Cass. pen., Sez. III, 25 marzo 2015, n. 16616, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 228, relativa al caso di imputato maggiorenne condannato, fra l'altro, per atti sessuali con minore, ai sensi dell'art. 609-quater c.p., per essersi collegato via "webcam" con due minori di 9 e 11 anni, essersi denudato e masturbato e aver osservato le persone offese fare altrettanto. Va precisato che gli atti sessuali con minore consenziente assumono rilevanza penale anche quando il minore abbia più di quattordici anni nelle ipotesi previste e disciplinate dall'art. 600-quater c.p. (che si riferiscono a casi in cui sussiste un rapporto qualificato fra minore e agente).

⁶³ Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n.19659, in *CED Cass.* 2019.

del codice della privacy⁶⁴. Quest'ultima fattispecie, posta a tutela del diritto alla protezione dei propri dati personali, ricorre infatti, anzitutto, ogniqualevolta taluno⁶⁵ tratti – ossia, fra l'altro, estragga, usi, comunichi, trasmetta, diffonda – dati, senza il consenso della persona cui si riferiscono (al di fuori delle circoscritte ipotesi in cui il consenso non è necessario), al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di danneggiare l'interessato, arrecando così nocumento a quest'ultimo. Si tratta di una fattispecie espressamente richiamata dalla l. 71/2017, che, in forza della nozione ampia di nocumento adottata dai giudici di legittimità, quale «insieme delle conseguenze negative in senso lato, ivi comprese le ripercussioni sgradevoli o disonorevoli»⁶⁶ e dell'interpretazione estensiva che viene data alla finalità di profitto – oggetto del dolo specifico – come avente natura anche non patrimoniale, potrebbe ricorrere in caso di sottrazione, trasmissione e diffusione di dati – vale a dire informazioni, ma anche immagini o video⁶⁷ – da parte del cyberbullo⁶⁸.

Passando agli atti di cyberbullismo che offendono principalmente la libertà morale, viene in rilievo il delitto di minaccia di cui all'art. 612 c.p., posto a tutela, in particolare del «diritto a starsene quieti e sicuri»⁶⁹. La nozione tecnica di minaccia è quella di prospettazione ad altri di un male ingiusto, il cui verificarsi dipende dall'autore della minaccia (e non ad esempio dal “fato”). Il primo comma dell'art. 612 c.p. punisce con la multa la minaccia “semplice”, che si distingue dalla minaccia aggravata, di cui al secondo comma, in quanto quest'ultima è “grave” – ossia tale da aver determinato, anche in considerazione del contesto in cui è profferita, un turbamento psichico di notevole entità⁷⁰ –

⁶⁴ L'offesa che la diffusione di immagini o video sessualmente espliciti reca alla riservatezza ha portato l'Unione Camere penali italiane (UCPI), nell'ambito delle audizioni tenute dalla commissione giustizia del Senato per l'approvazione del c.d. “Codice Rosso”, a prospettare la creazione di un apposito titolo del codice penale relativo ai delitti che ledono la riservatezza sessuale in cui collocare la nuova fattispecie.

⁶⁵ Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, nei casi in cui il trattamento non sia effettuato dal soggetto istituzionalmente o normativamente “depositario” dei dati, ma da un soggetto privato, questi potrà essere chiamato a rispondere di trattamento illecito di dati. Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 21839, in *Foro it.* 2012, 3, II, 142. A suffragio di tale impostazione, si noti che l'art. 167 (così come gli artt. 167-bis, 167-ter e 168), a differenza dell'art. 170 del codice della privacy, non reca, dopo il «chiunque», la specificazione «essendovi tenuto» riferita al compimento delle operazioni di trattamento.

⁶⁶ Cass. pen., Sez. III, 7 febbraio 2017, n. 29549, in *CED Cass.* 2017.

⁶⁷ Cass. pen., Sez. III, 10 settembre 2015, n. 40356, in *Dir. & Giust.*, 2015, 9 ottobre. Qualora le immagini o i video abbiano contenuto sessualmente esplicito, la condotta verrebbe oggi ricondotta, in presenza di tutti i requisiti di fattispecie, alla nuova ipotesi criminosa di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti.

⁶⁸ Fattispecie, quella di illecito trattamento di dati personali, che oggi potrebbe concorrere con l'art. 612-ter c.p. nei casi di cd. “doxxing”, espressione che indica la tendenza ad accompagnare la pubblicazione di immagini intime a informazioni personali della persona raffigurata (nome, indirizzo, numero di telefono, contatto e-mail, riferimenti sui social network). Cfr. G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet*, cit., 2057.

⁶⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XV ed. integrata e aggiornata a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2008, 152. In particolare, secondo una recente ricostruzione dottrinale, il bene giuridico oggetto di tutela sarebbe il «diritto a non avere paura, nel senso precipuo, però, di diritto a non subire sopraffazioni violente nella propria sfera psichica; a non essere impauriti dall'altrui ingiusta intimidazione, a non vedere turbato il proprio stato e benessere psichico (e correlativamente la propria esistenza) in ragione della sofferenza, per l'appunto psichica, che consegue a una *vis animo illata*». G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, 65.

⁷⁰ *Ex pluribus* Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 1980, in *Giust., pen.*, 1980, II, 655 ss. in cui si chiarisce che «la gravità della minaccia, agli effetti dell'art. 612 c.p., deve essere intesa con riferimento all'entità del turbamento psichico che l'atto intimidatorio può determinare nel soggetto passivo, e può essere desunta da tutte le circostanze oggettive e soggettive che accompagnano il fatto»; Cass. pen., Sez. V, 13 gennaio 1984, in *Cass. pen.*, 1985, 646 ss., in cui si legge che «la gravità della minaccia deve essere accertata con riferimento alla entità del turbamento psichico causato al soggetto passivo dall'atto intimidatorio, turbamento che si desume sia dalla gravità del male minacciato, sia dalle circostanze nelle quali la minaccia è fatta, oltreché dalle condizioni particolari in cui si trovino il soggetto attivo e la persona offesa»; più di recente Cass. pen., Sez. V, 29 maggio 2015, n. 44382, in *CED Cass.*, 2016, e Cass. pen., Sez. V, 14 gennaio 2019, n. 8193, in *CED Cass.* 2019, in cui si precisa che «in tema di reati contro la persona, ai fini della configurabilità del reato di

o viene realizzata ad esempio da più persone riunite. Si tratta di un reato di pericolo che si perfeziona quando la minaccia, potenzialmente idonea a incidere sulla libertà psichica del destinatario, sia giunta, con qualsiasi modalità, a conoscenza di quest'ultimo, a prescindere dal fatto che egli ne sia rimasto effettivamente intimidito.

Quando la condotta consiste in minacce o molestie reiterate, che ingenerino nella persona offesa un perdurante e grave stato di ansia o di paura o un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto, o che la costringano ad alterare le proprie abitudini di vita, si configura la fattispecie di atti persecutori (o *stalking*) di cui all'art. 612-bis c.p. Si tratta di un reato abituale, ossia per la cui integrazione non è sufficiente una condotta isolata, ma occorre una reiterazione di condotte di minaccia o di molestia, laddove la minaccia è intesa nel senso già illustrato e per molestia si intende un modo di agire pressante e indiscreto, tale da interferire sgradevolmente nella sfera privata altrui⁷¹. Il bene giuridico tutelato consiste in quella declinazione della libertà morale che si sostanzia nella libertà da intrusioni moleste e assillanti, da ansie, timori eccessivi e turbamenti idonei a stravolgere l'equilibrio psicologico di chi li prova⁷². In caso di cyberbullismo, la fattispecie si applicherà in forma aggravata, in quanto la norma dispone che la pena è aumentata se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici (cd. *cyberstalking*), ad esempio attraverso l'invio di messaggi e la pubblicazione di post di carattere denigratorio e intimidatorio⁷³, e se il fatto è commesso a danno di un minore (in tal caso la pena è aumentata fino alla metà). Trattandosi di un reato di danno, non di pericolo, è necessario, affinché il comportamento possa essere sussunto nella fattispecie di atti persecutori, che dal fatto derivi almeno uno dei tre eventi descritti dalla norma. Il più facile da accertare è la costrizione al cambio di abitudini. Si pensi, qualora la condotta si sostanzia nella reiterata pubblicazione di post denigratori e minacciosi attraverso i social network, alla vittima che si risolve a eliminare il proprio account. Maggiori criticità sotto il profilo probatorio ricorrono con riferimento al fondato timore per l'incolumità propria o di un congiunto, nonché allo stato di grave e perdurante ansia e paura⁷⁴.

minaccia grave, ex art. 612, comma 2, c.p., rileva l'entità del turbamento psichico determinato dall'atto intimidatorio sul soggetto passivo, che va accertata avendo riguardo non soltanto al tenore delle espressioni verbali profferite ma anche al contesto nel quale esse si collocano».

⁷¹ *Inter alios*, Cass. pen., Sez. I, 22 febbraio 2011, n. 10983, in *Foro it.* 2011, II, 581; Cass. pen., Sez. I, 7 giugno 2018, n. 50381, in *CED Cass.*, 2019.

⁷² M. CAPUTO, *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 1412 ss.

⁷³ Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 2019, n. 45141, in *ilpenalista.it*, 31 marzo 2020, con nota di L. BELLANOVA, *Il reato di stalking nell'era dei social network*. Nella pronuncia viene messo in luce come la persona offesa, molestata dall'imputato attraverso la pubblicazione reiterata di minacce e offese attraverso i social network e l'invio di messaggi intimidatori, oltre a versare in uno stato di angoscia e paura, era stata costretta a cambiare le proprie abitudini, chiedendo spesso ad amici di accompagnarla a casa e impostando nel proprio telefono cellulare il blocco delle chiamate in entrata.

⁷⁴ Il perdurante e grave stato di ansia e di paura, per costante giurisprudenza, non deve consistere in un vero e proprio stato patologico e non è quindi imprescindibile, per il suo accertamento, ricorrere a una perizia medica, potendo il giudice argomentare la sussistenza degli effetti destabilizzanti della condotta dell'agente sull'equilibrio psichico della persona offesa anche sulla base di massime di esperienza, ossia di giudizi ipotetici di carattere generale fondati sul parametro dell'*id quod plerunque accidit*. Cass. pen., Sez. V, 19 gennaio 2016, n. 30334, in *Dir. & Giust.*, 2016, 18 luglio. Afferma infatti la giurisprudenza sul punto che il grave e perdurante stato di ansia e di paura «deve avere indubbiamente una qualche consistenza, come suggerisce il ricorso da parte del legislatore agli aggettivi “grave” e “perdurante” per qualificare gli elementi selezionati per caratterizzare l'evento in questione, e sotto il profilo probatorio ciò significa che l'effetto destabilizzante deve risultare in qualche modo oggettivamente rilevabile e non rimanere confinato nella mera percezione soggettiva della vittima del reato, ma in tal senso anche la ragionevole deduzione che la peculiarità di determinati comportamenti suscitino in una persona comune l'effetto destabilizzante descritto dalla norma corrisponde

Nel novero delle fattispecie che puniscono condotte con effetti destabilizzanti sull'equilibrio psichico della vittima, merita un cenno anche la contravvenzione di molestia, richiamata dalla l. 71 del 2017, inserita nella sezione dedicata alle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica. La norma punisce chi reca molestia o disturbo a taluno per petulanza o altro biasimevole motivo, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono. La Corte di cassazione ha statuito che chi posta contenuti offensivi, inequivocabilmente rivolti a una persona, su una pagina facebook aperta a tutti, integra il reato in esame non tanto per l'assimilabilità della comunicazione telematica alla comunicazione telefonica, quanto per la natura di Facebook, quale «luogo virtuale» aperto all'accesso di chiunque utilizzi la rete e quindi assimilabile a un luogo pubblico⁷⁵. Le stesse considerazioni possono essere estese alle altre piattaforme social e a tutti gli spazi online open access.

Gli episodi di cyberbullismo che hanno avuto maggiore eco mediatica sono stati quelli con esito fatale, ossia che hanno portato la vittima a togliersi la vita (cd. *bully-cide*). La fattispecie che viene in rilievo in tali casi è l'istigazione al suicidio, di cui all'art. 580 c.p., delitto contro la vita e l'incolumità che ricorre quando l'agente determina la vittima al suicidio o ne rafforza il proposito suicidario purché questa effettivamente si suicidi o, nel tentare di suicidarsi, si provochi almeno una lesione personale grave o gravissima. Alcuni recenti casi di cronaca, legati al cyberbullismo o ad altri allarmanti fenomeni giovanili (come il *suicide game* chiamato *Blue Whale*) hanno condotto gli studiosi a interrogarsi sulla possibilità di punire l'istigazione al suicidio a titolo di tentativo⁷⁶, ossia anche nei casi in cui la vittima, pur tentando il suicidio, grazie al sopravvenire di interventi salvifici, non riporti lesioni o riporti lesioni lievi. Tuttavia, in tema di istigazione, la scelta del legislatore è stata quella di punire, quale forma di concorso morale nel reato (ex. art. 110 c.p.), la sola istigazione a commettere un reato accolta dal destinatario (art. 115, comma 3, c.p.), mentre solo in via eccezionale e tassativa, ossia nei casi espressamente previsti, è punita l'istigazione non accolta (artt. 266, 302, 414, 414-bis, 415 c.p.) e, nei termini stringenti di cui all'art. 580 c.p., l'istigazione a compiere atti autolesivi. In tal caso, il legislatore, secondo una recente interpretazione giurisprudenziale, ha fissato quale soglia minima di rilevanza penale le lesioni gravi riportate dalla persona offesa, escludendo ulteriori anticipazioni della tutela derivanti dall'applicazione della disciplina del tentativo⁷⁷. Sulla scorta di tali considerazioni, nei casi di *Blue Whale* in cui la vittima, pur convinta dal “curatore” a praticarsi

alla segnalata esigenza di obiettivizzazione, costituendo valido parametro di valutazione critica di quella percezione». Cass. pen., Sez. V, 9 maggio 2012, n. 24135, in *Cass. pen.*, 2013, 1, 152 ss.

⁷⁵ A parere della Corte, infatti, sembra «innegabile che la piattaforma sociale Facebook rappresenti una sorta di agorà virtuale, o meglio una piazza immateriale che consente un numero indeterminato di accessi e di visioni». Inoltre la Suprema Corte, non solo afferma che la lettera della legge permette di assimilare Facebook alla nozione di luogo, ma aggiunge anche che, a fronte della «rivoluzione portata alle forme di aggregazione e alle tradizionali nozioni di comunità sociale, la *ratio* della disposizione impone di considerare questa assimilazione». Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 2014, n. 37596, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2015, con nota di M.C. UBIALI, *Molestie via facebook: tra divieto di analogia ed esigenze di adeguamento alle nuove tecnologie*.

⁷⁶ Proposta avanzata, ad es., da A. COCCA, *Delitti tentati di istigazione al suicidio. Una lettura “rinforzata” dell’art. 580 c.p. quale antidoto al fenomeno delle suicide challenges*, in *Arch. pen.*, 1, 2018.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. V, 23 novembre 2017, n. 57503, in *Ipenalista.it*, 8 maggio 2018, con nota di A.V. LANNA, *Il Blue Whale Challenge è un “gioco” odioso ma perché vi sia reato non è sufficiente la semplice istigazione*. Già. M. BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. Pen.*, 1999, XIV, 113 e 120, aveva rilevato che, rispetto al reato di istigazione al suicidio consumato, ossia che abbia portato la persona offesa a suicidarsi, il tentativo di suicidio della stessa che abbia avuto come conseguenza lesioni gravi o gravissime costituisce già un'ipotesi speciale di tentativo che prevale sull'art. 56 c.p. escludendone l'applicazione.

tagli sul corpo e a salire sul cornicione determinata a togliersi la vita, non abbia poi realizzato il proprio intento grazie all'intervento di terzi, sono state talora formulate a carico dell'istigatore, esclusa come detto l'imputazione per istigazione al suicidio⁷⁸, imputazioni alternative, quale quella di atti persecutori (art. 612-bis c.p.) e quella di violenza privata (art. 610 c.p.)⁷⁹.

Esempi di aggravanti che potrebbero essere applicate nei casi di cyberbullismo sono la cd. minorata difesa, di cui all'art. 61, n. 5 c.p., che ricorre quando l'agente ha profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa (si pensi alle vittime particolarmente vulnerabili per la propria giovanissima età o le proprie caratteristiche caratteriali o disabilità), e l'aggravante di odio razziale, di cui all'art. 604-ter c.p., che si applica quando il reato è commesso per finalità di discriminazione o di odio etnico, razziale o religioso.

Altri reati possono essere integrati nel corso delle attività *lato sensu* prodromiche o strumentali al compimento di atti di cyberbullismo. Ad esempio, talvolta tali condotte vengono poste in essere usando un "account *fake*", ossia creato in modo da non consentire l'identificazione dell'utilizzatore, Se l'account rimanda chiaramente a un'altra persona (poiché ad es. ne viene utilizzato il nome, il soprannome o una fotografia), la condotta potrebbe integrare il delitto di sostituzione di persona ex art. 494 c.p. Se il cyberbullo si introduce abusivamente nel sistema informatico (computer, smartphone, casella mail o account di social network) della vittima – immaginiamo per estrarre immagini o per postare contenuti offensivi – o di altri (ad esempio di un compagno dal cui account agire per far ricadere su di lui la responsabilità), il reato integrato è l'accesso abusivo a sistema informatico, di cui all'art. 615-ter c.p. Ancora, se il cyberbullo diffonde immagini o video senza il consenso della persona raffigurata dopo essere stato lui stesso a realizzarli «mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora» (come uno smartphone) e in «momenti attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi» di privata dimora (i bagni della scuola, ad esempio, potrebbero essere ricondotti alla nozione lata di "privata dimora" adottata dalla giurisprudenza⁸⁰), incorrerà nel reato di interferenze illecite in vita privata, ex art. 615-bis c.p.

4. Come noto, all'art. 97 del codice penale il legislatore ha fissato per gli infra-quattordicenni una presunzione assoluta, *iuris et de iure*, di non imputabilità. Fra i quattordici e i diciotto anni, invece, all'art. 98, non ha previsto alcuna presunzione attribuendo al giudice il compito di accertare, caso per caso, la capacità di intendere e di volere del minore *al momento* del fatto e *in relazione* al fatto. Detta capacità, con riferimento ai minori, viene tradizionalmente fatta coincidere il concetto di

⁷⁸ Cass. pen., Sez. V, 23 novembre 2017, n. 57503, in *Guida dir.*, 2018, 7, 95 ss.

⁷⁹ REDAZIONE MILANO ONLINE, «Blue Whale», *istigò 12enne al suicidio: a processo una 23enne milanese*, in *Corriere della sera*, 7 febbraio 2019.

⁸⁰ Cass. pen., Sez. V, 19 luglio 2017, n. 38400, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 1977 ss., in cui si precisa che la nozione di privata dimora è più ampia di quella di abitazione e va riferita al luogo in cui la persona compie, anche in modo transitorio e contingente, atti della vita privata. In tal senso, la Cassazione ha precisato, ad esempio, che «ai fini della integrazione del reato di interferenze illecite nella vita privata (art. 615-bis c.p.), deve ritenersi luogo di privata dimora la "toilette" di uno studio professionale, trattandosi di locale il cui accesso è riservato al titolare e ai dipendenti dello studio ed è consentito a clienti e fornitori solo in presenza di positiva volontà del personale. (Fattispecie in cui la Corte, avendo riguardo alla condotta posta in essere da uno dei titolari dello studio e consistita nella captazione delle immagini delle impiegate mediante un telefono cellulare opportunamente occultato, ha precisato che la disponibilità del luogo anche da parte dell'autore della indebita interferenza non incide sulla sussistenza del reato, che mira a tutelare la riservatezza domiciliare della persona offesa). Cass. pen., Sez. III, 30 aprile 2015, n. 27847, in *Dir. & Giust.*, 2015, 3 luglio.

“maturità mentale”⁸¹, intesa quale «capacità di comprendere adeguatamente gli elementi di una scelta comportamentale e di controllare le componenti emotive e motivazionali»⁸².

Prima dell'introduzione del D.P.R. n. 448 del 1988, per evitare l'ingresso dei minori nel circuito penale, la giurisprudenza tendeva a fare frequente ricorso al proscioglimento ex art. 98 c.p. per difetto di imputabilità, individuando, paradossalmente, nella stessa condotta criminosa il principale indice di mancata socializzazione e di immaturità e abdicando, sostanzialmente, a quell'accertamento caso per caso che la norma impone al giudicante⁸³. Con l'introduzione della nuova disciplina del processo penale minorile, il giudice può pronunciare sentenza di non luogo a procedere in caso di irrilevanza del fatto (art. 27 del D.P.R.) o sospendere il processo per mettere alla prova il minore (art. 28 del D.P.R.) con conseguente estinzione del reato in caso di esito positivo della prova, evitando così al minore la condanna e i suoi effetti stigmatizzanti e talvolta addirittura criminogeni. In tale nuovo contesto, l'accertamento della capacità di intendere e di volere viene condotta in concreto, svolgendo specifiche indagini sulle condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore, prescritte in via obbligatoria dall'art. 9 del D.P.R. n. 448, e avvalendosi, eventualmente⁸⁴, in deroga al divieto di perizia sulla personalità dell'imputato di cui all'art. 220 c.p.p.⁸⁵, della collaborazione di esperti in pedagogia, psicologia, sociologia e criminologia⁸⁶.

Parallelamente a tale evoluzione si è assistito al graduale superamento, a partire dagli anni Settanta, della precedente tendenza a «sposare il mito del pauperismo economico con l'incapacità»⁸⁷, ossia dell'idea che l'inadeguatezza dell'ambiente familiare e sociale si riflettesse automaticamente nell'inadeguatezza/immaturità dei giovani che vi crescono. Si è così assistito all'istaurazione di un «“doppio registro”, che individua il giudizio sull'imputabilità come un esame complesso che non può

⁸¹ Da ultimo Cass. pen., Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 14200, in *Guida dir.* 2018, 19, 80 ss. Nella letteratura psichiatrico-forense, U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Milano, 2018, 743.

⁸² S. DI NUOVO, G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, II ed., 2005, 100. Più precisamente, nel minore «l'intendere, quale presupposto di capacità, si riferisce a competenze cognitive sociali, emotivo-relazionali, a capacità di azione, a livelli di attivazione della responsabilità presenti al momento del fatto; il volere attiene – tra l'altro – al saper determinare il proprio comportamento rispetto alla percezione che di quel fatto si ha come antiggiuridico». A. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore. Alcune proposte per la sua valutazione dal punto di vista dello scienziato dell'uomo*, in *Minori giustizia*, 2002, 3-4, 288. In tema di imputabilità dei minori, diffusamente, M. BERTOLINO, *Fattispecie di reato e delinquenza minorile: questioni attuali di imputabilità*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 51-75.

⁸³ D. STENDARDI, *Accertamento dell'imputabilità del minore e gravità del reato*, in *Cass. pen.*, 2008, 4, 1574 ss.

⁸⁴ Per costante giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'accertamento dell'imputabilità dell'infradiciottenne, così come dell'imputato maggiorenne che si sospetti fosse affetto da vizio di mente al momento del fatto, non è imprescindibile una specifica indagine peritale, potendo il giudice desumere la capacità di intendere e di volere dalla diretta osservazione della sua personalità e del suo comportamento e dagli altri elementi agli atti, purché la relativa decisione sia congruamente motivata. Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2010, n. 24004, in *Riv. pen.*, 2011, 5, 574 ss.; Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 4104, in *Riv. pen.*, 2012, 2, 232 ss.

⁸⁵ «Oggi l'art. 9 delle disposizioni sul processo penale minorile consente anche al pubblico ministero – al fine di accertare “l'imputabilità e il grado di responsabilità”, di valutare “la rilevanza sociale del fatto” commesso e di disporre “le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili” – di acquisire senza alcuna formalità, utilizzando l'apporto di specialisti, educatori e assistenti sociali dipendenti dal Ministero della Giustizia nonché dei servizi istituiti dagli enti locali, “elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali” dell'indagato o dell'imputato. Questa osservazione di sintesi (gli elementi che riguardano la personalità del minore vanno infatti considerati “unitariamente”) non deve tenere conto dei divieti stabiliti dall'art. 220 cod. proc. pen., connotandosi come un'indagine psicologica dai contorni volutamente indeterminati e comunque dilatabili in base alla imponderabile e variegata articolazione delle circostanze e alla discrezionalità e sensibilità del giudice». A. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore*, cit., 276.

⁸⁶ D. STENDARDI, *Accertamento dell'imputabilità del minore e gravità del reato*, cit., 1574 ss.

⁸⁷ A. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore*, cit. 282. «L'oggetto dell'indagine si sposta dunque sui sistemi psico-sociali più ampi e complessi, sul rapporto tra personalità e ambiente micro-sociale». *Ivi*, 287.

fare a meno della valutazione dei fattori psicologico-individuali, nel determinare, in concreto, lo sviluppo della personalità del minore». Pertanto oggi si ritiene che «la capacità di intendere e di volere dell'imputato vada assunta sotto un doppio aspetto, "esogeno ed endogeno": il primo trae le basi dall'ambiente familiare e micro-sociale nel quale ha vissuto l'imputato, mentre il secondo profilo trova riscontro nella sua immaturità psicofisica»⁸⁸.

Partendo dagli aspetti endogeni del giudizio, è bene soffermarsi sulla nozione di maturità elaborata negli studi di psicologia evolutiva quale «compimento del processo di maturazione a livello fisico, con l'adeguato sviluppo dell'organismo psichico, comprensivo della componente emotiva e di quella cognitiva, morale, con il raggiungimento dell'autonomia per avvenuta interiorizzazione dell'obbligazione, e sociale e per la capacità di interagire con i propri simili a partire dalla comune accettazione di norme super-individuali». Di conseguenza, «ogni deficienza o ritardo nei processi di integrazione dei vari tratti della personalità in ordine all'età cronologica decide il grado di immaturità, che può essere globale o relativa a uno degli aspetti che connotano la maturità complessiva»⁸⁹. In tal senso, nella letteratura psichiatrico-forense vengono distinti quattro tipi di maturità: biologica (armonico sviluppo del corpo); affettiva (capacità di controllare le pulsioni e di integrare, incanalare ed esprimere le emozioni); intellettiva (capacità di utilizzare la dotazione intellettiva per affrontare e risolvere i problemi dell'esistenza); sociale-relazionale (capacità di adattamento alla realtà, di inserimento sociale gratificante e assertività)⁹⁰.

L'esame della maturità fisico-psichico-relazionale non è agevole, in quanto «mancano sicuri indicatori sui quali il tecnico si possa obiettivamente fondare per formulare un siffatto giudizio, che rimane sempre e solo affidato alla capacità, all'abilità, alla preparazione, alla sensibilità e alla serietà dell'osservatore»⁹¹. Esistono tuttavia alcuni test in grado di fornire dati indicativi che andranno sempre messi in correlazione con le altre valutazioni destinate a concorrere al giudizio complessivo. Il *Risk Sophistication Treatment-Inventory* (RST-I)²⁵, ad esempio, è uno strumento che studia il grado di maturità del minore in relazione a tre parametri: la sua autonomia, la sua maturità cognitiva e la sua maturità emotiva. L'autonomia viene valutata osservando l'indipendenza da genitori e coetanei nel prendere decisioni e la capacità di riconoscere le motivazioni alla base dei propri comportamenti. Per verificare la maturità cognitiva si guarda alla capacità di riconoscere l'esistenza di norme condivise e di comprenderne la funzione per la società, di prevedere gli effetti delle proprie

⁸⁸ *Ivi*, 282. Tale multifattorialità dell'immaturità viene descritta anche nella letteratura psico-forense che precisa come «le caratteristiche di funzionamento dell'adolescente immaturo – in relazione di continuità con quelle più propriamente disadattive, tipiche dell'infermità mentale – rappresentano dei veri e propri marker strutturali e funzionali riferibili a una condizione di sviluppo psichico relativamente incompleto. In tale prospettiva, gli ostacoli che impediscono lo sviluppo del senso di responsabilità possono essere, di caso in caso, costituiti da conflitti evolutivi transitori, da una psicopatologia individuale o familiare, ma anche da un disagio psicosociale, da una culturale deviante d'appartenenza o da un aspetto del carattere che può essere difficilmente definito in termini medici e psicologici». L. CASSARÀ, R. DI CORI, N. FEDELI, U. SABATELLO, *Imputabilità del minore: capacità d'intendere e volere e maturità*, in AA.VV., *Manuale psicoforense dell'età evolutiva*, Milano, 2018, 287-288.

⁸⁹ U. GALIMBERTI, *Nuovo dizionario di psicologia: psichiatria, psicoanalisi, neuroscienze*, Milano, 2018, 606. Maturità e infermità di mente del minore sono due concetti distinti – psicologico il primo, psicopatologico il secondo – che, tuttavia possono concorrere laddove una patologia o un disturbo mentale non sia tale da escludere o far scemare la capacità di intendere e di volere ai sensi dell'art. 88 c.p., ma abbia inciso sull'evoluzione maturativa dell'imputato. U. FURNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 763-764.

⁹⁰ U. FURNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 753 ss.

⁹¹ *Ivi*, 749. In altri termini, «la valutazione della maturità/immaturità di un minore, lungi dall'essere rigorosamente tecnica, risente inevitabilmente di riferimenti soggettivi e di parametri valutativi di ordine morale e culturale (...) poco tecnici e tutt'altro che scientifici, nel senso di "oggettivi" e "misurabili"». *Ivi*, 753.

azioni, nonché di identificare azioni alternative rispetto a quanto messo in atto e di regolare il proprio comportamento sulla base di una adeguata anticipazione delle prevedibili conseguenze. Infine, la maturità emotiva dipende dalla capacità di ritardare la gratificazione, dalla possibilità di esercitare qualche forma di controllo sulla propria vita emotiva, dalla tollerabilità dei conflitti e delle ambivalenze e dal modo di entrare in relazione con gli altri⁹². Qualora uno degli “indicatori” di immaturità sia presente, esso inciderà nel giudizio non automaticamente⁹³, ma tenendo conto delle sue ricadute complessive «sulla crescita del minore, sul suo bilancio evolutivo, cioè a dire i livelli maturativi da lui raggiunti nella realizzazione di ciò che sui sistemi psico-sociali più ampi e complessi del minore; [...] sulle sue competenze cognitive-sociali, emotive al momento dei fatti; sulle capacità soggettive del minore di anticipare, comprendere e sostenere le conseguenze sociali e giudiziarie del fatto di reato commesso; [...] sulla capacità/incapacità del/della minore di svincolarsi dalle dinamiche di gruppo o di coppia nel/nella quale e/o con il quale/la quale è stato commesso il reato, ecc.»⁹⁴. In altri termini, «la maturità è “accertabile” ogniqualvolta un soggetto, pur assediato da fattori perturbanti, è in grado tuttavia di mantenere integro un nucleo che garantisce una certa autonomia della sfera emotivo-affettiva-istintiva e di quella dell’integrazione sociale»⁹⁵.

Negli ultimi decenni anche le neuroscienze hanno dato un importante contributo alla comprensione dei processi di maturazione facendo luce, in particolare, sugli aspetti neurobiologici⁹⁶. Gli studi neuroscientifici condotti sullo sviluppo cerebrale in età adolescenziale dimostrano che in tale fase permane una fisiologica immaturità, in quanto vi sono alcune aree dell’encefalo in corso di sviluppo. In particolare, a essere interessate da processi di rimodellamento sono la corteccia prefrontale e il sistema limbico, rispettivamente deputati all’autoregolazione emozionale e cognitiva. Il sistema limbico tende a evolversi più rapidamente della corteccia cerebrale, portando a quello che viene definito *effortful control*, termine utilizzato per indicare un’eccessiva rapidità nell’attivazione emozionale, specie di carattere aggressivo, e accompagnata dalla mancanza di capacità di autoregolazione cognitiva. Ciò spiega la spiccata reattività emotiva dei giovani, che «si manifesta nell’estrema sensibilità agli stimoli sociali, il cd. “dramma sociale degli adolescenti”, e nell’intensa

⁹² Il *Risk Sophistication Treatment-Inventory* e altri simili strumenti sono utili alla valutazione delle caratteristiche di maturità o immaturità individuali, ma è importante considerare che la maturità è un concetto complesso e relazionale. La capacità di distinguere il bene dal male dipende dallo sviluppo, dal livello di dipendenza e del riconoscimento sociale del bambino o dell’adolescente da parte della famiglia, del gruppo dei pari, della scuola e della società. A. MAGGIOLINI, M. DI LORENZO, V. SUIGO, *L’imputabilità: una prospettiva evolutiva*, in *Minori giustizia*, 2019, 70.

⁹³ In tal senso è stato sottolineato come «le procedure psicologiche dialogano con quelle processuali, e che la realtà clinico-conoscitiva non costituisce ricerca della verità processuale e non si traduce linearmente in essa». A. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore*, cit., 288.

⁹⁴ *Ivi*, 289 ss.

⁹⁵ *Ivi*, 280.

⁹⁶ Occorre tuttavia guardarsi dal rischio che tali conquiste della scienza ripristino paradigmi rigidamente deterministici, di stampo neolombrosiano, nella spiegazione della delinquenza giovanile. «Pensare che la criminalità sia determinata in modo lineare e univoco da un funzionamento difettuale del cervello o da specifiche varianti geniche – senza considerare tutti i fattori individuali, sociali, più o meno contingenti, che specificano le condotte umane –, rappresenta un paradigma antiquato e superato da tempo, che fa torto a decenni di ricerche che hanno dimostrato l’indissolubile e multiforme interazione tra natura e cultura. Diversamente l’applicazione di modelli dinamici non lineari, tipici dei sistemi complessi, può fornire una cornice teorica soddisfacente, anche se meno “rassicurante”, per comprendere il fenomeno della criminalità giovanile e modellare in modo opportuno la pratica psicoforense. Solo l’integrazione di modelli e ricerche multilivello – sul piano individuale, familiare, ambientale, neuroscientifico e genetico – può aiutarci a comprendere le linee tracciate dallo sviluppo dai geni, i circuiti cerebrali, il temperamento, fino ad arrivare ai comportamenti antisociali». R. DI CORI, *La delinquenza giovanile tra determinismo, indeterminismo e paradigma della complessità*, in *Minori giustizia*, 2019, 2, 49.

risposta ai rinforzi positivi e alle gratificazioni»⁹⁷, ma anche nella ricerca di esperienze ed emozioni “forti”. Solo con il pieno sviluppo della corteccia cerebrale, che, per il suo ruolo, viene definita “regista del comportamento”, il soggetto riesce a gestire al meglio le attivazioni emotive e affettive che promanano dal sistema limbico.

Con riferimento all’agire online, alcune ricerche neuroscientifiche sembrano dimostrare come, se un uso equilibrato di device elettronici e videogames può potenziare le ragioni cerebrali responsabili dell’attenzione, delle abilità visuo-spaziali e delle capacità motorie, un uso eccessivo, soprattutto durante l’infanzia, può modificare il funzionamento e alterare le strutture del cervello. Inoltre, i videogiochi con trame violente possono provocare alterazioni biochimiche a livello neurotrasmettitoriale a carico della noradrenalina, influenzare l’operatività della corteccia prefrontale e determinare disfunzioni delle attività neuronali⁹⁸.

Il 7 febbraio 2019 è stata presentata una proposta di legge che prevede l’abbassamento dell’età imputabile dai quattordici ai dodici anni, sulla base di un presunto raggiungimento anticipato della maturità da parte dei giovani di oggi rispetto ai giovani di alcuni decenni fa⁹⁹. Sul punto – illustrano gli esperti – se è vero che la pubertà, considerato l’evento biologico, psicologico e culturale che segna il passaggio dall’infanzia all’adolescenza, in base ai rilevamenti compiuti, inizia oggi in media tre o quattro anni prima¹⁰⁰ rispetto a un secolo e mezzo fa, ciò non significa che essa finisca anche prima, conservando questa, al contrario, la medesima durata, e, anzi, secondo gli esperti, essendo oggi presenti fenomeni di «anticipo puberale e ritardo culturale nello sviluppo degli adolescenti»¹⁰¹.

Vengono a tal proposito in rilievo i profili “esogeni” della valutazione sull’imputabilità del minore, valorizzati dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale mette in evidenza come, per la verifica della raggiunta maturità, occorra apprezzare una molteplicità di fattori, fra cui le condizioni

⁹⁷ A. MAGGIOLINI, M. DI LORENZO, V. SUIGO, *L'imputabilità: una prospettiva evolutiva*, cit., 65.

⁹⁸ U. FURNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 758.

⁹⁹ Proposta di legge n. 1580, presentata da Cantalamessa e altri, il 7 febbraio 2019, recante “Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa”. (Fra le proposte avanzate, anche quella di introdurre una deroga alla diminuzione di pena ex art. 98, co. 2, c.p. nel caso in cui il reato di cui il minore è ritenuto responsabile consista nel delitto di associazione mafiosa). L’Unione Nazionale Camere Minorili, commentando la proposta, ha rilevato che la criminalità minorile in Italia è stabile se non in leggero calo e che un contatto eccessivamente precoce del minore con il sistema di giustizia penale sarebbe controproducente, avendo effetti stigmatizzanti e destabilizzanti. Inoltre, che l’abbassamento della soglia di punibilità non determini effetti né general-preventivi né special-preventivi è dimostrato dall’esperienza di sistemi giudiziari stranieri, quali Regno Unito, Usa, Olanda. *Comunicato stampa Uncm*, 22.02.2019, in www.camereminorili.it.

¹⁰⁰ L’inizio della pubertà, tradizionalmente fatto coincidere con l’età media di comparsa del ciclo mestruale, a metà dell’Ottocento, epoca a cui risalgono le prime rilevazioni a livello mondiale, veniva collocato fra i quindici e i sedici anni, mentre oggi intorno ai dodici anni. Fra i fattori che potrebbero aver concorso a tale anticipazione gli esperti individuano le influenze ambientali: la maggior disponibilità di risorse alimentari e quindi di riserve di grassi corporei, l’esposizione a fonti di luce naturale e artificiale, la promiscuità dell’ambiente scolastico. A. MAGGIOLINI, M. DI LORENZO, V. SUIGO, *L'imputabilità: una prospettiva evolutiva*, cit., 68.

¹⁰¹ *Ibidem*. Continuano gli Autori «la difficile individuazione di un indicatore biologico che sancisca l’ingresso nell’età adulta, non essendo ritenuti affidabili il momento in cui si smette di crescere o quello in cui si è in grado di procreare o ancora il completamento della maturazione cerebrale, e in particolare della corteccia prefrontale, situabile intorno ai ventun anni, ha condotto alla valorizzazione di parametri di natura culturale quale l’acquisizione di «una sicurezza emotiva tale da consentire il passaggio da un controllo esterno (genitoriale, educativo, scolastico, sociale) a una autonomia fondata sull’autoregolazione, quando si possiedono le competenze comportamentali necessarie per sapere come agire quando ci si trova da soli o si è in gruppo e quando si è abbastanza sicuri di sé da assumersi le responsabilità delle proprie azioni». *Comunicato stampa Uncm*, cit.

familiari, socio-ambientali, il grado di istruzione e di educazione raggiunta, il comportamento antecedente, contemporaneo e successivo al fatto, nonché la natura del reato¹⁰².

Il contesto social-mediatico, quale “habitat” prevalente dei giovani di oggi, indubbiamente è fra le componenti da tenere in considerazione nell’accertamento della maturità. In tal senso, se l’attrazione per il rischio è una costante dell’età evolutiva, i dati raccolti in molte ricerche attestano lo spostamento delle attività “rischiose” dalla dimensione offline alla dimensione online¹⁰³. Nella letteratura psicologica, a tal riguardo, si osserva come «molti comportamenti a rischio sono tentativi disfunzionali dal significato antidepressivo di cercare eccitazione, curiosità e legame» e che il fatto «che tale ricerca venga effettuata tra le mura di casa la rende più “sicura” rispetto a quella più “rischiosa” della vita reale»¹⁰⁴.

Inoltre, pare che l’attuale generazione di adolescenti tenda a mettere in atto comportamenti rischiosi online soprattutto con l’obiettivo della popolarità. In tal senso si è affermato che «la propensione al rischio oggi è più utilizzata dagli adolescenti nella direzione di una ricerca di rispecchiamento narcisistico da parte del gruppo dei pari, che non in comportamenti impulsivi e violenti»¹⁰⁵. La ricerca della propria identità, che contraddistingue la fase adolescenziale, nell’attuale contesto social-mediatico tende a svilupparsi più nel senso «dell’omologazione agli altri, veicolata e agevolata dalla rete, che non [come] caratterizzazione del proprio sé»¹⁰⁶. Il senso di gruppaltà che deriva dall’appartenenza a una cerchia di amici, reale o – come spesso avviene oggi – virtuale, è un altro aspetto esogeno che può assumere rilievo nell’ambito dell’accertamento “integrato” e “in concreto” dell’imputabilità del minore, svolgendo un ruolo “ambivalente”. Da una parte, può

¹⁰² *Ex pluris*, Cass. pen., Sez. I, 10 novembre 1987, n. 2140, in *CED Cass.* 1988; Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 2006, n. 24271, in *Foro it.*, 2007, II, 494; Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2010, n. 43953, in *CED Cass.* 2010; Cass. pen., Sez. I, 15 luglio 2014, n. 52165, in *CED Cass.* 2014. Parimenti, si afferma in dottrina, «le molteplici ed eterogenee componenti del mosaico che definiamo maturità non devono essere valutate astrattamente, e non devono poter incidere positivamente sul giudizio in base alla loro semplice presenza e/o natura: ciò che rileva, invece, sono le loro ricadute globali, complessive, sullo sviluppo del minore». A. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore*, cit., 286-287.

¹⁰³ Tale dato non è accompagnato dall’aumento del tasso di criminalità minorile rilevato, ma dalla sua diminuzione. Secondo i risultati pubblicati dall’*European Crime Prevention Network (Eucpn)*, i reati minorili a livello internazionale sono significativamente diminuiti nel corso dell’ultimo decennio e la circostanza che avrebbe inciso maggiormente su tale dato, tenute sotto controllo una serie di variabili socio-anagrafiche, economiche e culturali, pare essere proprio la diffusione di internet, smartphone e giochi online. B. BERGHUIS, J. DE WAARD, *Declining juvenile crime-explanations for the international downturn*, originariamente pubblicata in tedesco con il titolo *Verdampende jeugdcriminaliteit: Verklaringen van de internationale daling*, in *Justitiële Verkenningen*, 2017, 43, 1, come cit. in A. MAGGIOLINI, M. DI LORENZO, V. SUIGO, *L’imputabilità: una prospettiva evolutiva*, cit., 70. Le statistiche attestano inoltre che in Italia il tasso di criminalità minorile non è aumentato ed è fra i più bassi in Europa. Ciò è connesso anche alla mutazione delle tipologie di devianza minorile e suggerisce che l’innalzamento dell’allarme sociale amplificato dai media sia dovuto soprattutto al “peso emotivo” di alcuni gravi fatti di cronaca. L. MUGLIA, *Adolescenza, (im)maturità, neuroscienze: gli scenari futuri tra nuove conquiste e imbarazzanti paradossi*, in *Minori giustizia*, 2019, 2, 52. Tali risultati, unitamente all’innalzamento dell’età media del primo rapporto sessuale e della diminuzione delle gravidanze sotto la maggiore età, potrebbero spiegarsi anche alla luce della minor tracciabilità delle condotte, per le difficoltà di individuazione dei responsabili in rete, e per la mancanza di contatto effettivo fra gli attori del *sexting* che esclude il rischio di gravidanze indesiderate.

¹⁰⁴ A. MAGGIOLINI, M. DI LORENZO, V. SUIGO, *L’imputabilità: una prospettiva evolutiva*, cit., 70.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ L. MUGLIA, *Adolescenza, (im)maturità, neuroscienze*, cit., 51. Con l’espressione “malessere del benessere” si indica la condizione di giovani appartenenti al ceto medio, ampiamente scolarizzati, al cui benessere materiale non sempre corrisponde un benessere psicofisico. Al contrario, l’illimitata disponibilità di beni voluttuari e l’agevole accesso ai divertimenti, spesso acuisce la ricerca del rischio e dell’autoaffermazione a detrimento della capacità di riconoscere l’altro come persona. I. MASTROPASQUA, T. PAGLIAROLI, *La devianza minorile in Italia. Alcuni tratti connotativi*, in *1° Rapporto sulla devianza minorile in Italia*, Roma, 2008, 313. Cfr. J.F. PEREZ, *Le dinamiche di gruppo nei processi di crescita*, in J.F. PEREZ, O. IPPOLITI, E. ROMEO, A. ALBANESE, M. MELITO (a cura di), *Bullismo e cyberbullismo. Il disagio relazionale multiforme*, Roma, 2016, 13 ss.

determinare o rafforzare la criminogenesi minorile. «Infatti, il forte legame solidaristico che si crea all'interno di un gruppo servirebbe agli adolescenti per riconoscersi e per darsi reciproche conferme; ogni singolo membro del gruppo utilizzerebbe gli altri come punto di riferimento, e ciò porterebbe l'intero gruppo a strutturare una gerarchia di valori ed elaborare, quindi, un sentire comune che fortemente inciderebbe sull'attivazione del comportamento deviante»¹⁰⁷. D'altra parte, esso può implicare una situazione di sudditanza e, addirittura, di "plagio" in capo al minore che non si trova, quindi, nelle condizioni di elaborare una volontà indipendente e di determinarsi autonomamente dal gruppo. Con ciò si intende che «laddove le scelte progettuali dei leader abbiano a oggetto progetti sfocianti nella commissione di reati, questi avranno comunque come destinatari soggetti nei quali, data la loro ordinaria subalternità nella dinamica del gruppo, la capacità di autocontrollo realmente propria sul loro operato verrà sopravanzata, in tutto o in parte, dalla personalità prevalente di chi li ha dettati e dalla sicurezza che l'agire in gruppo infonde, comunque, a ciascuno dei suoi membri»¹⁰⁸.

Infine, con riferimento alla rilevanza da attribuire al reato commesso, la giurisprudenza di legittimità è pacifica nel ritenere che «ai fini dell'accertamento della capacità di intendere e di volere del minore imputabile, valore preminente deve riconoscersi alla natura del fatto criminoso e alle sue modalità esecutive»¹⁰⁹. In tal senso, nella giurisprudenza di merito viene sottolineato come l'indagine sull'imputabilità del minore debba essere condotta con particolare cautela rispetto a reati, come quelli informatici, in cui il comportamento incriminato può essere interpretato più come il sintomo di spiccate e non comuni capacità intellettive dell'agente piuttosto che quale manifestazione di un atteggiamento deviante di costui¹¹⁰. Statuizione, quest'ultima, senz'altro valida nel momento in cui è

¹⁰⁷ M. LEONARDI, *Le cause e i processi della devianza minorile*, in A. PENNISI (a cura di) *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2004, 65.

¹⁰⁸ F. MANTOVANI, *L'imputabilità del minorenne: problemi e prospettive*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenne*, Milano, 2005, 35. Cfr. A. ASTROLOGO, *Il "gruppo" come fattore incidente sulla valutazione dell'imputabilità del minore ultraquattordicenne*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, 5-6, in cui si mette in luce come il gruppo possa essere visto come momento-situazione o momento-stimolo, atto a sollecitare di volta in volta un funzionamento più "adulto" o un funzionamento più "regressivo", e I. GALLIANI, S. PIETRALUNGA, *Dinamiche di gruppo e valutazione dell'imputabilità del minorenne*, in *Minori giustizia*, 2005, 4, 157. In giurisprudenza, si precisa che «... in adolescenza il gruppo tra i pari esprime per ciascuno dei membri una funzione di nicchia protettiva fonte di sostegno narcisistico che favorisce un complesso gioco di identificazioni speculari e differenziazioni. La solidarietà emotiva indotta da un siffatto gruppo può portare alla commissione di azioni che nessuno dei componenti avrebbe compiuto altrove e da solo. Ciò, tuttavia, non implica necessariamente la totale coartazione della libertà di autodeterminarsi del singolo. Se così avvenisse, infatti, in tutti i casi di condotte collettive, sempre allora sarebbe da escludere la capacità di volere del singolo. Occorre, invece, volta per volta sondare se nell'appartenenza al gruppo vi sia spazio per ciascun partecipe di decidere e di fare altro. Tale spazio di autodeterminazione individuale nel contesto del gruppo appare maggiormente coglibile nei casi in cui manchi un leader forte e carismatico o un'ideologia intensa e assorbente». Trib. min. Milano, 9 agosto 2001, in *Cass. pen.*, 2003, 836, 2826 ss.

¹⁰⁹ Cass. pen., Sez. IV, 15 aprile 2010, n. 17661, in *CED Cass.*, 2010. Cfr. Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 2006, n. 24271, in *Foro it.*, 2007, II, 494 ss.; Cass. pen., Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 14200, in *Guida dir.* 2018, 19, 80 ss. in cui si afferma che «in questa prospettiva, l'incapacità di intendere e di volere da immaturità ha carattere relativo nel senso che, trattandosi di qualificazione fondata su elementi non solo biopsichici ma anche socio-pedagogici, relativi all'età evolutiva, va accertata con riferimento al reato commesso, sulla base degli elementi, offerti dalla realtà processuale» e Cass. pen., Sez. V., 12 maggio 2010, n. 18084, in *Riv. pen.*, 2011, 5, 573 ss., secondo cui «l'incapacità di intendere e di volere di cui all'art. 98 c.p., derivante da immaturità ha carattere relativo nel senso che richiede un'indagine fondata sulla base di elementi non solo psichici ma anche sociali e culturali, relativi all'età evolutiva, con stretto riferimento al reato commesso». Così anche nella giurisprudenza di merito: «è noto come l'imputabilità del minore presupponga l'accertamento della capacità di intendere e di volere di costui, la quale si sostanzia nella c.d. "maturità mentale", concetto, questo, a carattere relativo, poiché correlato alle caratteristiche del reato commesso, e implicante in special modo la capacità del soggetto di percepire il disvalore etico-sociale delle proprie azioni». Trib. Min. Bologna, 7 maggio 2008, n. 659, *Il merito*, 2008, 10, 66 ss.

¹¹⁰ Trib. Min. Bologna, 7 maggio 2008, n. 659, cit., 66 ss.

stata formulata, ossia nel 2008, ma che andrebbe oggi riferita a crimini che richiedano competenze informatiche superiori rispetto alla media delle (accresciute) competenze degli adolescenti odierni.

All'importanza di parametrare l'accertamento dell'imputabilità al reato contestato fa da corollario la necessità di evitare approcci interpretativi, cui talvolta si assiste in giurisprudenza, inclini a trarre dalla gravità del reato conclusioni aprioristiche, nonché di segno diametralmente opposto. Di fonte a reati particolarmente efferati, infatti, talvolta si assiste al rifiuto dell'idea che un fatto tanto "disumano" possa essere stato commesso da una persona capace di intendere e di volere, altre volte, al contrario, emerge una certa resistenza a immaginare che l'agente, per quanto immaturo, possa non aver colto che quell'atto tanto crudele non dovesse essere compiuto e sia quindi meritevole di rimprovero e sanzione¹¹¹. Nella prassi giurisprudenziale talvolta si avverte la tendenza a ritenere che il disvalore connesso alla lesione di beni primari dell'individuo (la vita, l'integrità personale, la libertà) sia percepibile anche in assenza di un adeguato sviluppo cognitivo, affettivo, etico e volitivo, così facendo, tuttavia, si finisce per valorizzare soprattutto il profilo oggettivo dell'offensività della condotta pretermettendo la valutazione dello stato soggettivo di maturità/imputabilità, in violazione del principio di colpevolezza¹¹².

5. La scelta del legislatore di attribuire spiccata residualità alla sanzione penale, nonostante le molte vicende drammatiche¹¹³ che si inseriscono nel solco del fenomeno in esame, non può che essere salutata con approvazione. In primo luogo, secondo le statistiche, il cyberbullismo ha come protagonisti principalmente ragazzi che vanno dai 10 ai 16 anni¹¹⁴ e che, quindi, in buona parte, sono a priori non imputabili. In secondo luogo, anche per i minori ultraquattordicenni al momento del fatto, che potrebbero essere ritenuti capaci di intendere e di volere – come si è detto sulla base di un accertamento condotto caso per caso, in concreto e in relazione al reato contestato – il procedimento penale dovrebbe essere una risposta assolutamente residuale. Infatti, sebbene, come si è accennato, in seno alla giustizia penale minorile sia «andata emergendo – sia con riguardo all'elaborazione teorica, che all'impianto normativo e alle prassi applicative – una visione della giustizia diversa rispetto a quella classica», «orientata a (ri)costruire, a riallacciare legami, a riparare, piuttosto che a

¹¹¹ Cass. pen., Sez. II, 2 luglio 2010, n. 33873, in *CED Cass.* 2010; Cass. pen., Sez. I, 13 gennaio 2015, n.12543, in *CED Cass.*, 2015. Cfr. D. STENDARDI, *Accertamento dell'imputabilità del minore e gravità del reato*, cit., 1579. Cfr. M.E MAGRIN, C. BRUNO, *Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale - Malati o malvagi? Valutare la libertà umana in azione*, in *Cass. pen.*, 2004, 3860. Si pensi, da un lato, che i dubbi sull'imputabilità vengono spesso sollevati in procedimenti aventi per oggetto i più gravi reati contro la persona; dall'altro, al fatto che spesso tali procedimenti si concludono con la condanna dell'imputato, fondata sulla motivazione che anche un soggetto non pienamente capace di intendere e di volere avrebbe percepito il disvalore e l'offensività dell'atto compiuto.

¹¹² D. STENDARDI, *Accertamento dell'imputabilità del minore e gravità del reato*, cit., 1579. Critico sui collegamenti aprioristici fra gravità del reato, individuata sulla base dell'importanza del bene giuridico offeso, e capacità di intendere e di volere, anche A. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore*, cit., 277-278.

¹¹³ Una fra tutte, la nota vicenda di Carolina Picchio, che si è tolta la vita a quattordici anni, in quanto vittima di bullismo e cyberbullismo, a cui è stata dedicata un'associazione (www.fondazionecarolina.org). Cfr. *Il suicidio di Carolina, la verità in una lettera*, su www.corrieredellaserait, sezione "cronache", 7 gennaio 2013.

¹¹⁴ «In base agli elementi di cui dispongono gli operatori della Polizia postale, l'immagine del cyberbullo presenta le seguenti caratteristiche: un'età compresa tra i 10 e i 16 anni, una competenza informatica superiore alla media, una chiara incapacità di valutare la gravità delle azioni compiute on line». *Relazione della prima commissione permanente* (affari costituzionali, affari della presidenza del consiglio e dell'interno, ordinamento generale dello Stato e della pubblica amministrazione), nn. 1261 e 1620-A, Relatore Palermo, comunicata alla Presidenza il 10 marzo 2015, 4, in www.senato.it.

retribuire»¹¹⁵, la vicenda processuale, prima ancora e a prescindere da un'eventuale condanna, incide negativamente sulle esigenze educative del minore¹¹⁶. Inoltre – come messo in luce nel corso dei lavori preparatori della l. 71/2017 – «insistere sulla repressione avrebbe poco senso, sarebbe poco efficace e andrebbe a intasare ulteriormente il sistema giudiziario con una mole di fattispecie potenzialmente infinita»¹¹⁷. Ancora, si è osservato come il legislatore faccia proprio «il principio di sussidiarietà, la concezione del diritto penale come *extrema ratio*, accogliendo l'argomento spiccatamente strumentalista secondo cui per garantire l'efficienza del sistema penale è necessario un uso sinergico e una equilibrata gradualità di intervento dei diversi strumenti giuridici, poiché all'aumentare dei reati corrisponde, ferme le risorse impegnate, una minore possibilità di accertare e sanzionare ciascuno di essi e, dunque, la minore efficacia preventiva del sistema penale»¹¹⁸.

La l. 71/2017 ha così introdotto strumenti *ante-factum*, di natura preventiva, informativa, educativa, e strumenti *post-factum*, di natura inibitorio-cautelare.

Fra i primi va richiamato il “tavolo tecnico”¹¹⁹, istituito a norma dell'art. 3, con il compito di redigere un piano di azione per il contrasto e la prevenzione del cyberbullismo, di realizzare un sistema di raccolta di dati, di adottare un codice di co-regolamentazione per i gestori delle piattaforme e di organizzare iniziative di informazione e prevenzione rivolte ai cittadini coinvolgendo i servizi socioeducativi. A oggi, tuttavia, il tavolo si è riunito solo due volte, non sono state svolte significative attività di monitoraggio (molti dati sono fortunatamente offerti da altre ricerche, come *EU-Kids online*¹²⁰) e non sono stati adottati né il piano di azione per il contrasto e la prevenzione del cyber bullismo, che doveva intervenire entro sessanta giorni, né il codice di co-regolamentazione¹²¹. Andando oltre, l'art. 4 prevede l'adozione di “linee di orientamento per la prevenzione e il contrasto in ambito scolastico”, da aggiornare ogni due anni, che devono perseguire, fra l'altro, l'obiettivo essenziale della formazione del personale scolastico¹²². In ogni scuola è prevista, infatti, la nomina di un referente per il cyberbullismo, da scegliere fra i docenti, incaricato di coordinare le iniziative volte

¹¹⁵ L. EUSEBI, *Le buone ragioni di una giustizia (penale) minorile*, in *Minori giustizia*, 2018, I, 16-17.

¹¹⁶ Non va infatti dimenticato che la legge ha come finalità preminente la tutela dei minori coinvolti in atti di cyberbullismo, sia in quanto vittime sia in quanto autori. M. MANTOVANI, *Profili penali del cyberbullismo: la l. 71 del 2017*, in *Ind. Pen.*, 2018, 2, 475 ss.

¹¹⁷ *Relazione della prima commissione permanente*, cit.

¹¹⁸ C. PANICALI, *Il cyberbullismo*, cit., 2083.

¹¹⁹ Nel tavolo sono rappresentati diversi soggetti (pubblici e privati). In particolare si compone di rappresentanti del Ministero dell'interno, del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, del Ministero della giustizia, del Ministero dello sviluppo economico, del Ministero della salute, della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, del Garante per l'infanzia e l'adolescenza, del Comitato di applicazione del codice di autoregolamentazione media e minori, del Garante per la protezione dei dati personali, di associazioni con comprovata esperienza nella promozione dei diritti dei minori e degli adolescenti e nelle tematiche di genere, degli operatori che forniscono servizi di social networking e degli altri operatori della rete internet, delle associazioni studentesche e dei genitori e delle associazioni attive nel contrasto del bullismo e del cyberbullismo. Art. 3, l. 71/2017.

¹²⁰ Da ultimo: *EU-Kids online 2020. Survey results from 19 countries*, liberamente fruibile su internet (www.lse.ac.uk).

¹²¹ B.L. MAZZEI, *Cyberbulli, la legge che non decolla*, in *Il Sole 24 ore*, sezione *Scuola* 24, 10 giugno 2019, che mette in luce come il tavolo tecnico, coordinato dal Miur, avrebbe dovuto inviare alle Camere, entro la fine di ogni anno, una relazione sulle attività svolte, ma non si ha notizia della relazione che si sarebbe dovuta presentare alla fine del 2018, né di quella da presentare alla fine del 2019.

¹²² Si segnala, a tal riguardo, l'istituzione della Piattaforma Elisa (formazione E-Learning degli Insegnanti sulle Strategie Antibullismo), che conta più di 3500 iscritti, che rappresentano circa 3000 scuole, un terzo degli istituti statali. Cfr. B.L. MAZZEI, *Cyberbulli, la legge che non decolla*, cit.

alla sensibilizzazione e «all'educazione all'uso consapevole della rete internet e ai diritti e doveri connessi all'utilizzo delle tecnologie informatiche»¹²³.

Si tratta, a ben vedere, di misure ispirate a una logica di prevenzione primaria, ossia di contrasto dei fattori che favoriscono il cyberbullismo operando in via anticipata rispetto alle condotte, anzitutto a livello educativo-culturale, attraverso la sensibilizzazione, l'educazione, il radicamento, nel contesto familiare e scolastico, di valori che si pongono in antitesi all'agire prepotente¹²⁴. In tal senso, accanto alla *digital literacy* e alla *media literacy*, ossia all'educazione a un uso consapevole della rete¹²⁵, che ponga l'accento sul continuum fra vita online e vita offline, fra identità offline e identità online, nonché sull'eccezionale diffusività della rete, occorrerebbe lavorare con i ragazzi sul necessario superamento delle discriminazioni, sull'uguaglianza, sull'importanza del rispetto dell'altro e sull'empatia, cercando di partire da un'empatia "cognitiva" per arrivare a un'empatia "affettiva"¹²⁶, di profonda immedesimazione nel disagio altrui. Sul punto si è osservato come, se è vero che la prevenzione del cyberbullismo va senz'altro radicata anche nel contesto scolastico, è altrettanto vero che affidare alle scuole, come fa l'art. 4, l'adozione di «misure di sostegno e rieducazione dei minori coinvolti» pare non tener conto della mancanza di conoscenze e competenze di tipo pedagogico e psicologico, che invece l'adempimento di tale compito presuppone¹²⁷.

Passando agli strumenti preventivo-cautelari, è bene fare cenno alla facoltà attribuita dall'art. 2 al minore ultraquattordicenne che abbia subito un atto di cyberbullismo – nonché al genitore o al soggetto esercente la responsabilità genitoriale in caso di minore infra-quattordicenne – di inoltrare al gestore del sito internet o del social media interessato un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi dato personale che lo riguardi, che sia stato diffuso in rete, anche qualora le condotte in questione non integrino le fattispecie previste dall'articolo 167 del codice in materia di protezione dei dati personali o altre ipotesi di reato. «Qualora» – si specifica al secondo comma – «entro le ventiquattro ore successive al ricevimento dell'istanza, il soggetto responsabile non abbia comunicato di avere assunto l'incarico di provvedere all'oscuramento, alla rimozione o al blocco richiesto, ed entro quarantotto ore non vi abbia provveduto, o comunque nel caso in cui non sia possibile identificare il titolare del trattamento o il gestore del sito internet o del social media, l'interessato può rivolgere analoga richiesta, mediante segnalazione o reclamo, al Garante per la

¹²³ Per ora sono state emesse le sole linee di orientamento dell'ottobre 2017 (MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, DIPARTIMENTO PER IL SISTEMA EDUCATIVO DI ISTRUZIONE E DI FORMAZIONE, DIREZIONE GENERALE PER LO STUDENTE, L'INTEGRAZIONE E LA PARTECIPAZIONE, *Aggiornamento, Linee di orientamento per la prevenzione e il contrasto del cyberbullismo*, ottobre 2017, liberamente fruibile su www.miur.gov.it.), ma non ancora il successivo aggiornamento da adottarsi con cadenza biennale.

¹²⁴ L. EUSEBI, *Le buone ragioni della giustizia (penale) minorile*, cit., 18-19, che sottolinea come la prevenzione primaria, che passa anzitutto attraverso l'impegno politico-sociale ed educativo-culturale a fini di contrasto dei fattori che favoriscono la criminalità costituisca «un'esigenza irrinunciabile», spesso non adeguatamente valorizzata, in quanto non costituisce, «diversamente dal populismo penale, strumento utilizzabile per ricercare nell'immediato, in senso demagogico, un facile consenso politico».

¹²⁵ Cfr. R. STELLA, C.M. SCARCELLI, *Digital literacy e giovani: strumenti per comprendere, misurare, intervenire*, Milano, 2017.

¹²⁶ S. DIMITRI, S. PEDRONI, E. DONGHI, *Attraverso le sofferenze della vittima*, cit., 41 ss. Sui rischi che comporta un'eccessiva valorizzazione delle emozioni nel dibattito politico e nei processi decisionali si veda P. BLOOM, *Against empathy: The case for rational compassion*, New York, 2018, trad. it. *Contro l'empatia. Una difesa della razionalità*, Roma, 2019.

¹²⁷ M. MANTOVANI, *Profili penali del cyberbullismo*, cit., 476. In tal senso, senza un'adeguata formazione e senza risorse finanziarie e modifiche organizzative, anche la nomina del referente per il cyberbullismo rischia di rivelarsi nient'altro che un mero adempimento burocratico.

protezione dei dati personali, il quale, entro quarantotto ore dal ricevimento della richiesta, provvede ai sensi degli articoli 143 e 144 del citato decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

Fermo restando il doveroso aggiornamento del richiamo agli articoli del codice della privacy, tenendo conto delle modifiche a essi apportate dal d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101¹²⁸, lo strumento introdotto potrebbe rivelarsi in taluni casi utile a contenere la diffusione di contenuti offensivi e quindi le conseguenze lesive delle condotte di cyberbullismo per la vittima. In due anni, tuttavia, sono state inoltrate solo un centinaio di segnalazioni al Garante¹²⁹, il che potrebbe dimostrare che il rimedio è ancora piuttosto sconosciuto, o potrebbe invece spiegarsi alla luce del buon esito della pregressa richiesta di rimozione al gestore o all'efficace impiego di altri meccanismi di segnalazione-rimozione già offerti da tempo dai gestori di molti social media¹³⁰.

Un'altra misura *post-factum* è costituita dall'obbligo imposto al dirigente scolastico dall'art. 5 di informare tempestivamente i soggetti esercenti la responsabilità genitoriale ovvero i tutori dei minori coinvolti in atti di cyberbullismo di cui sia venuto a conoscenza. A tale informativa, che deve essere destinata sia alla famiglia della vittima sia alla famiglia del responsabile, tuttavia, non si dovrà procedere, per espressa previsione, quando il fatto costituisce reato. Probabilmente tale esclusione dell'informativa si collega al disposto dell'art. 331 c.p.p., che pone a carico dei pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio (tra i quali rientra il dirigente scolastico) il dovere (presidiato da sanzione penale ex art. 361 c.p.) di denunciare i reati perseguibili d'ufficio di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della loro attività. Nondimeno, non solo nella norma in esame non viene fatta alcuna distinzione fra reati perseguibili a querela e reati perseguibili d'ufficio, ma la clausola di esclusione non pare trovare giustificazione in eventuali ragioni di segretezza delle indagini e, dal momento che nella maggior parte dei casi gli atti di cyberbullismo assumono rilevanza penale, finisce per tradursi nella «neutralizzazione sistematica dell'obbligo informativo»¹³¹. In ogni caso, ossia a prescindere dall'informativa alle famiglie, il dirigente è tenuto ad attivare «adeguate azioni di carattere educativo» (non meglio precisate) nei confronti di tutti i minori coinvolti dal singolo episodio – previsione che desta perplessità in quanto difficilmente il dirigente avrà competenze pedagogiche idonee a consentirgli di intervenire in maniera adeguata – e ad adottare sanzioni disciplinari «commisurate alla gravità degli atti compiuti».

L'ultima misura di carattere inibitorio-cautelare prevista è l'ammonimento al questore, istituito mutuato dalla disciplina dello *stalking*¹³², che consente alla vittima, prima di proporre querela, di riferire i fatti al questore, il quale, dopo alcune attività investigative, condotte senza gli strumenti e senza le garanzie con cui vengono condotte dal pubblico ministero, se ritiene fondata l'accusa,

¹²⁸ Sul punto si è osservato che la procedura ora prevista è tale da rendere impossibile il rispetto del termine delle quarantotto ore “dal ricevimento della richiesta” imposto dalla legge n. 71/2017 per l'adozione di ogni provvedimento del Garante. E. LUPO, *La legge n. 71 del 2017 sul cyberbullismo: uno sguardo generale*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 3, 1005 ss. Sulle difficoltà tecniche e sulle problematiche che la procedura di rimozione solleva si veda R.M. COLANGELO, *La legge sul cyberbullismo. Considerazioni informatico-giuridiche e comparatistiche*, in *Inf. dir.*, 2017, 1-2, 397-418.

¹²⁹ Dato riferito in B.L. MAZZEI, *Cyberbulli, la legge che non decolla*, cit.

¹³⁰ Facebook, ad esempio, consente di segnalare e chiedere la rimozione di contenuti riconducibili a una delle seguenti categorie: nudo, violenza, intimidazioni, suicidio o autolesionismo, notizia falsa, spam, vendite non autorizzate, incitamento dell'odio, terrorismo, informazioni sul voto non corrette.

¹³¹ C. GRANDI, *Il “reato che non c'è”: le finalità preventive della legge n. 71 del 2017 e la rilevanza penale del cyberbullismo*, in *Studium Iuris*, 2017, 12, 1442.

¹³² Art. 8 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella l. 23 aprile 2009, n. 38, recante “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori”.

convoca il cyberbullo e lo ammonisce verbalmente. Tale previsione, volta a inibire la condotta offensiva prevenendo e scongiurando l'attivazione di un procedimento penale, non va immune da rilievi critici. In primo luogo, la richiesta di ammonimento può provenire solo da vittime ultraquattordicenni (sono quindi escluse le molte vittime infraquattordicenni). In secondo luogo, l'istituto opera solo nei casi in cui gli atti di cyberbullismo integrino specifiche ipotesi delittuose, vale a dire la diffamazione (art. 595 c.p.), la minaccia (art. 612 c.p.) e l'illecito trattamento di dati personali (art. 167 codice della privacy). La norma fa riferimento anche all'ingiuria (art. 594 c.p.), ipotesi che, tuttavia, è stata depenalizzata più di un anno prima dell'entrata in vigore della l. 71/2017¹³³. Vi è da chiedersi, a tal riguardo, se il richiamo all'art. 594 c.p. vada ignorato o vada invece riferito all'attuale illecito civile di ingiuria¹³⁴.

Il legislatore, a prescindere dalla probabile svista in materia di ingiuria, ha voluto limitare l'operatività dell'istituto a poche ipotesi delittuose individuate in base a criteri difficilmente afferrabili. Se infatti avesse limitato l'operatività dell'istituto ai soli reati procedibili a querela (come era stato proposto nel corso dei lavori preparatori), ricalcando la scelta operata in materia di atti persecutori, avrebbe evitato che dalla segnalazione scaturisse per il questore, in quanto pubblico ufficiale, l'obbligo di denuncia ex art. 331 c.p.p. Invece, l'art. 7 richiama sia l'art. 612, che al secondo comma punisce la minaccia aggravata, perseguibile d'ufficio, sia l'art. 167 del codice della privacy, assoggettato allo stesso regime di procedibilità. Ne consegue che, in caso di richiesta di ammonimento per una condotta che integri una delle due fattispecie poc'anzi menzionate, l'obbligo di denuncia vanificherebbe lo scopo dell'istituto di garantire una tutela immediata a favore della vittima di cyberbullismo che non implichi l'attivazione del procedimento penale a carico del minore responsabile. Il legislatore avrebbe al contrario potuto limitare l'ambito di applicazione dell'ammonimento ai reati procedibili a querela oppure estenderlo a tutti i reati integrati da condotte di cyberbullismo, escludendo in via eccezionale l'obbligo di denuncia del questore per i reati procedibili d'ufficio. Ancora, se l'ammonimento al questore in caso di atti persecutori ha conseguenze specificamente disciplinate, l'art. 8 si limita a statuire che le conseguenze dell'ammonimento cessano con il raggiungimento della maggiore età, senza specificare di quali effetti si tratti, «al di là di una tanto auspicabile quanto imponderabile contropinta emozionale alla reiterazione delle condotte di cyberbullismo»¹³⁵.

6. I rapidi cenni di inquadramento del cyberbullismo, a partire dalla l. 71/2017, consentono di sviluppare alcune considerazioni conclusive.

Come ogni forma di devianza, anche la devianza minorile, a maggior ragione nella sua nuova dimensione online, necessita di un attento studio, demandato alle scienze empiriche, delle sue caratteristiche qualitative e quantitative, dei meccanismi psicologici che sottende e della sua portata lesiva e dannosità sociale. Solo grazie a tale apporto conoscitivo è possibile per il giurista individuare i beni giuridici minacciati e la miglior strategia politico-criminale. Con la l. 71/2017 il legislatore ha

¹³³ Depenalizzazione avvenuta per effetto del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, recante "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67".

¹³⁴ Art. 4, d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

¹³⁵ C. GRANDI, *Il "reato che non c'è"*, cit., 1444.

avuto il merito di porre l'accento su un fenomeno dotato di notevoli potenzialità lesive e di introdurre strumenti di natura preventiva e cautelare evitando il ricorso a nuove (ridondanti) fattispecie incriminatrici. Da una parte, infatti, gli atti di cyberbullismo presentano già, nell'*id quod plerunque accidit*, gli elementi costitutivi di fattispecie incriminatrici e non sembrano quindi ravvisabili spiccati vuoti di tutela, dall'altra, l'attivazione di un processo penale in tali casi, esclusa a priori per i minori di anni quattordici e subordinata all'accertamento dell'imputabilità per i minori ultraquattordicenni, dovrebbe essere un'opzione assolutamente residuale.

Gli strumenti da incrementare e da valorizzare, non solo attraverso previsioni astratte (tali sono rimaste alcune delle novità introdotte con la l. 71/2017), ma con iniziative concrete e ben strutturate, sono quelli di carattere preventivo, orientati alla *media literacy*, ossia all'innalzamento della consapevolezza dei giovani circa le caratteristiche e i rischi del web e, prima ancora, all'educazione all'empatia e al rispetto dell'altro¹³⁶. Occorre inoltre rafforzare il ruolo della famiglia e della scuola – quest'ultima al centro di un altro obiettivo perseguito, sebbene senza la predisposizione delle risorse finanziarie e organizzative necessarie, dalla l. 71/2017¹³⁷ – sia in termini di sensibilizzazione sia di contributo all'emersione del fenomeno. Le attività di informazione e sensibilizzazione e l'instaurazione di un clima di maggior fiducia e confidenza dei ragazzi con genitori e insegnanti potrebbero infatti contribuire a erodere il vasto campo oscuro che, attraverso indagini di vittimizzazione, è stato rilevato in relazione a bullismo e cyberbullismo. Secondo i dati della Società italiana di Pediatria, infatti, il 68% degli adolescenti che subisce bullismo non ne parla con nessuno, tendenza confermata dal sondaggio condotto da Pepita Onlus su quattordicimila ragazzi nelle scuole di tutta Italia: il 45% degli interpellati, tra i dodici e i quattordici anni, afferma che, se fosse vittima o assistesse a un solo episodio di bullismo o cyberbullismo, non ne parlerebbe con un adulto¹³⁸.

Per evitare che la consapevolezza dei profili di rilevanza penale, di fatto ravvisabili nella maggior parte delle condotte di cyberbullismo, anziché un'auspicabile funzione di orientamento culturale delle condotte, fomenti omertà e ritrosie di sorta, occorrerebbe altresì porre l'accento sull'esistenza di strumenti, quali l'ammonimento (la cui disciplina andrebbe ripensata), che possono prevenire la denuncia, e sulla dimensione dialogica e "riparativa" che caratterizza il processo penale minorile, qualora la sua attivazione sia irrinunciabile. Tale approccio, fondato sul dialogo, per altro,

¹³⁶ Come sottolineato nei lavori preparatori della l. 71/2017 «occorre partire da uso positivo della rete, strumento importante per la crescita dei minori, da utilizzare in tutte le sue potenzialità, attraverso un corretto utilizzo e una maggiore consapevolezza degli strumenti di tutela, peraltro previsti dalla rete stessa», avendo cura altresì di «agire sulla sfera emotivo-relazionale cercando di capire quali emozioni e quali bisogni i ragazzi provino nel rivolgersi alla rete, definendo le idee e i principi alla base del loro comportamento. È necessario, in particolare, puntare a un rafforzamento delle capacità di risposta dei ragazzi. Occorre offrire alle famiglie gli strumenti di conoscenza del fenomeno, perché possano riconoscerlo e intervenire in modo corretto, assicurare il necessario sostegno nell'attività di denuncia e disporre dell'aiuto di interlocutori competenti a operare sia in favore della vittima sia verso l'autore dei comportamenti offensivi». *Relazione della prima commissione permanente*, cit.

¹³⁷ Sempre nei lavori preparatori si legge che «spetta poi alla scuola fornire ai ragazzi le competenze necessarie a un corretto utilizzo della rete, attraverso la creazione di linee guida e di buone pratiche all'interno di un sistema strutturato. Gli insegnanti, da un lato, sono le sentinelle, in grado di cogliere il disagio delle vittime e le situazioni in cui sono coinvolte, dall'altro rappresentano un punto di riferimento indispensabile cui rivolgersi per chiedere aiuto, pur nella evidente difficoltà di rompere il silenzio e superare la vergogna». *Relazione della prima commissione permanente*, cit. La scuola, infatti, oltre a essere o dover essere fonte di accrescimento culturale e umano dei ragazzi, «rimane il luogo principale dove tali episodi [di cyberbullismo] hanno inizio per poi trasferirsi sulla rete». *Cyberbullismo, oltre un terzo dei giovani vittima di bullismo*, su www.unicef.it, 4 settembre 2019.

¹³⁸ Dati riportati in A. BILOTTO, I. CASADEI, *Dalla balena blu al cyberbullismo*, cit., 7-8.

andrebbe valorizzata anche nei casi in cui le condotte di cyberbullismo non integrano reato, oppure non vi sia denuncia o gli imputati non siano imputabili.

Oltre a incrementare le iniziative di carattere educativo e culturale, da ricondurre alla cd. prevenzione primaria, che consiste nell'insieme delle «strategie che coinvolgano i diversi settori del sistema giuridico, come pure l'impegno politico-sociale ed educativo-culturale a fini di contrasto dei fattori che favoriscono la criminalità»¹³⁹, è infatti necessario mettere in campo, insieme agli strumenti di carattere inibitorio-cautelare, forme di risposta agli atti di cyberbullismo che si siano verificati nonostante le attività preventive, che facciano leva proprio sulla predetta dimensione dialogica. Il riferimento va anzitutto ai percorsi di giustizia riparativa, espressione che sta a indicare «ogni procedimento nel quale la vittima e il reo e, se opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità, leso da un reato, partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore»¹⁴⁰ e, in particolare, alla mediazione reo-vittima¹⁴¹, ossia un percorso, volontariamente scelto dalle parti e garantito dall'assoluta confidenzialità dei contenuti, che si fonda sull'incontro e sul dialogo. Non è questa la sede per trattare approfonditamente il tema, ma basti sottolineare come il processo penale minorile sia uno dei contesti in cui la giustizia riparativa ha trovato humus culturale e spazi normativi in cui germogliare. Non solo percorsi di mediazione vengono spesso condotti in fase esecutiva¹⁴² o nel corso del processo – e segnatamente in seno alla messa alla prova¹⁴³ – ma si assiste nella prassi anche a forme di mediazione

¹³⁹ L. EUSEBI, *Le buone ragioni di una giustizia (penale) minorile*, cit., 18.

¹⁴⁰ NAZIONI UNITE, *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* (Risoluzione n. 12/2002). Una definizione molto simile è stata adottata dall'Unione Europea nella Direttiva in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (Dir. 2012/29/UE): «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale». In tema C. MAZZUCATO, *La pena in "castigo". Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006; EAD., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla Legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002; EAD., *Oltre la punizione, ecco la giustizia riparativa*, in *Vita&Pensiero*, 2016, 4, 104-110; G. BERTAGNA, A. CERETTI, C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano, 2017; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, (a cura di), *La giustizia riparativa: formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.

¹⁴¹ La definizione di mediazione in ambito penale contenuta nella Raccomandazione (99)19 del Consiglio d'Europa è pressoché coincidente con quella di giustizia riparativa, riferendosi a «ogni procedimento nel quale la vittima e il colpevole sono messi in condizione, se vi acconsentono liberamente, di partecipare in modo attivo alla risoluzione delle questioni sorte dal reato attraverso l'aiuto di un terzo imparziale (mediatore)».

¹⁴² Il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, recante la "Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni" all'art. 1, comma 2, sancisce che «l'esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità deve favorire percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato». Tale provvedimento normativo, entrato in vigore il 10 novembre 2018, prevede una disciplina peculiare per l'esecuzione della pena nei confronti dei condannati minorenni nonché dei condannati infraventicinquenni per reati commessi da minorenni (c.d. giovani adulti). Una delle principali novità introdotte consiste nelle misure penali di comunità, misure alternative alla detenzione (affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare e semilibertà) che devono prevedere un programma di intervento educativo che coinvolge anche il nucleo familiare del minore. In caso di detenzione presso istituti penitenziari minorili è prescritta l'elaborazione di un progetto educativo personalizzato e l'istituto deve essere scelto in prossimità alla residenza o alla abituale dimora del detenuto e delle famiglie al fine di salvaguardare le relazioni personali e socio-familiari del minore. Sul tema, *inter alios*, E. CADAMURO, *Le nuove misure penali di comunità: chiusura del cerchio nella risposta alle istanze educative del minore?*, in *Minori giustizia*, 2, 2019.

¹⁴³ L'art. 28 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 consente al giudice, che ritenga sussistano persuasivi elementi a carico dell'imputato, di sospendere il procedimento per un periodo che va da uno a tre anni, durante il quale il minore viene affidato ai servizi minorili per la giustizia, per poi pronunciare sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato in caso di esito positivo della prova. L'istituto è stato esteso agli imputati maggiorenni, solo nei procedimenti per reati

pre-processuale, in cui l'esito positivo del percorso scongiura l'esercizio dell'azione penale. Tale prassi, non prevista espressamente da alcuna disposizione normativa, viene ricondotta al secondo comma dell'art. 9 D.P.R. 448/88, che contempla la possibilità per l'organo di accusa e per il giudice di «assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità». Sulla base di tale disposizione, pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari spesso chiedono all'ufficio preposto allo svolgimento dell'attività di mediazione di valutare l'opportunità di avviare un percorso, vagliando la disponibilità del minore indagato e della vittima¹⁴⁴. L'applicazione in fase pre-processuale dell'istituto non pare porsi in reale frizione con il principio costituzionale della presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.), a patto che la convocazione dei minori coinvolti sia preceduta dall'assunzione di elementi tali da costituire almeno univoci indizi di colpevolezza, né con il diritto inviolabile alla difesa (art. 24, comma 2, Cost.), in quanto le dichiarazioni rese nel corso degli incontri di mediazione non potranno essere utilizzate in sede processuale¹⁴⁵ e l'Ufficio competente si limiterà a trasmettere all'autorità giudiziaria una relazione di sintesi attestante l'esito positivo o negativo del percorso.

I benefici dei percorsi di giustizia riparativa come risposta agli atti di cyberbullismo si possono apprezzare sia in termini di responsabilizzazione del cyberbullo, che nel (difficile) incontro *face to face* con la vittima può rielaborare l'accaduto, recuperando quella “visione” empatica che, come si è detto, lo schermo del device elettronico tende a ostacolare, sia in termini di attenzione e giustizia per la vittima, che gode di uno spazio di ascolto in cui le è possibile ottenere il riconoscimento della propria sofferenza e dell'ingiustizia di ciò che ha subito da parte di chi ne è stato autore. La mediazione mira infatti a lavorare sulla relazione e sul riconoscimento fra i soggetti coinvolti, favorendo il passaggio «dall'impersonale dei rispettivi ruoli [cyberbullo e vittima] al “personale” dell'incontro in cui è insita la possibilità di riconoscere e riconoscersi in rappresentazioni meno stereotipate, individuarsi come interlocutori; conoscere le conseguenze scaturite per entrambi a partire dall'evento»¹⁴⁶.

puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, con la l. 28 aprile 2014, n. 67, che ha introdotto nel codice penale gli artt. 168-bis ss. e nel codice di procedura penale gli artt. 464-bis ss.

¹⁴⁴ G. ALBANESE, *La mediazione nel procedimento penale minorile tra normativa e prassi*, in *Cass. pen.*, 1, 2019, 370 ss. Se le parti sono disponibili il magistrato fissa un termine per la conclusione del percorso che coincide con il termine ultimo per concludere le indagini preliminari. La fase delle indagini è considerata il momento migliore per avviare il percorso di mediazione in quanto consente al minore autore della condotta di prendere subito contezza dell'impatto che la stessa ha avuto sulla vittima, con immediati effetti di responsabilizzazione. A questo proposito, è stato affermato che «attraverso la mediazione il minore è, almeno in parte, attivo e titolato a contribuire concretamente alla formazione di progetti che lo riguardano (...). La responsabilità, accertata in relazione al fatto commesso, perde ogni fissità e diventa dinamica perché proiettata verso la realizzazione di una condotta *post delictum* che può arricchirsi di contenuti e significati positivi, al contempo riparativi e responsabilizzanti». G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 256 ss.

¹⁴⁵ La confidenzialità, insieme alla volontarietà e spontaneità dell'adesione ai percorsi, costituisce una delle “regole d'oro” della giustizia riparativa. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, cit., 108 ss.; Raccomandazione (99)19 del Consiglio d'Europa, art. 1; NAZIONI UNITE, *X Congresso sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, Vienna, 2000, art. 7.

¹⁴⁶ M. RUPIL, F. MOSIELLO, M. CAPONE, *Attraverso l'altro: l'incontro autore-vittima nella mediazione penale minorile*, in *Minori giustizia*, 1, 2010, 130, continuano le Autrici: «La persona offesa trova possibilità di ascolto ed espressione nonché di comprensione, trova potere nell'esserci, nel “potere” del suo sguardo e della sua voce, ora protagonisti. Trova il diritto di dire e di ricevere. (...) Vittima e reo sono protagonisti e competenti del proprio percorso di benessere. Solo le parti possono “chiudere il cerchio” e far cessare gli effetti di quanto è avvenuto, recuperando immagini più complesse della vicenda, dell'altro e di se stessi. (...) Dall'incontro, sembra possibile costruire un'altra storia». In tal senso è interessante il riferimento alla *peer education*, come strategia di risposta ai fatti di cyberbullismo fondata sull'incontro, sul dialogo, sul confronto fra vittime e responsabili, contenuto all'art. 4 della l. 71/2017, sebbene occorra guardarsi dal

rischio che tali percorsi vengano gestiti senza il necessario apporto di conoscenze e competenze, apporto che è proprio dei mediatori, figure appositamente formate a tale scopo. Raccomandazione (99)19 del Consiglio d'Europa, artt. 20-24; NAZIONI UNITE, *X Congresso sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, cit., art 17-20. Cfr. S.H. DUNCAN, *Cyberbullying and Restorative Justice*, in R. NAVARRO, S. YUBERO, E. LARRANAGA (a cura di), *Cyberbullying Across the Globe*, Switzerland, 2016, 239 ss.

Il “doppio binario penitenziario” nel sistema minorile sotto la scure della Corte costituzionale

ILARIA PICCOLO

ABSTRACT

With judgement no. 263/2019, the Constitutional Court declared unconstitutional the applicability of the “double penitentiary track” to juvenile detainees. With an “announced” decision, the judge of the laws censured an unreasonable foreclosure, favouring an interpretation in line with the educational needs of the penalty.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il d.lgs. 121 del 2018 e le esigenze di diversificazione trattamentale. – 2. Automatismi ostativi e meccanismi presuntivi nel sistema multilivello dell’art. 4-*bis*. – 3. Il *focus* della questione. – 3.1. I punti di frizione con il microcosmo minorile. – 3.2. Lo scrutinio della Corte: “cronaca di una morte annunciata”. – 4. Conclusioni e rilievi critici.

1. La sentenza n. 263 del 2019 interviene nel solco già tracciato da una pluralità di interventi della Corte costituzionale, volti a demolire l’immanenza nel sistema dei reati cc.dd. ostativi. In particolare, oggetto della decisione è l’art. 2, terzo comma, del d.lgs. n. 121/2018¹, nella parte in cui consente l’applicabilità dell’art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, L. 354/1975² ai condannati minorenni.

Con l’approvazione del d.lgs. n. 121 del 2018, il legislatore delegato implementa nel panorama normativo – *sub specie* quello penitenziario – una disciplinata dedicata, per la prima volta, al condannato minorenne³. E lo fa dopo ben settant’anni dalla Costituzione e più di quaranta dalla legge che ha introdotto l’Ordinamento penitenziario, prendendo impulso dalla crisi sistemica dell’apparato di esecuzione penale, che si era aperta con la sentenza Torreggiani⁴.

Invero, a seguito della condanna inferta dalla Corte di Strasburgo, il Parlamento ha approvato una legge delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario: «si prese atto che l’esecuzione della

¹ Disciplina dell’esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

² Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà.

³ Cfr. L. CARACENI, *L’ordinamento penitenziario minorile*, in AA.VV., *Manuale di diritto penitenziario*, F. Della Casa – G. Giostra (a cura di), Torino, 2020, 287 ss.

⁴ Corte Europea dei diritti dell’uomo, Sez. II, *Causa Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013 (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). «La carcerazione», hanno affermato i giudici di Strasburgo, «non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l’articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell’assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l’interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d’intensità che ecceda l’inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente».

pena nel nostro Paese era scivolata verso abissi di intollerabile degrado soprattutto a causa dell'inadeguata, troppo flebile e discontinua realizzazione della funzione rieducativa della pena»⁵.

La L. 103 del 2017 – nel tentativo di superare la «politica del pendolo»⁶ – ha previsto una delega al fine di rimaneggiare (per gli adulti) le norme sull'esecuzione della pena e di legiferare sul punto (per i minori), rimettendo, dunque, all'esecutivo l'arduo compito di costruire un “manufatto di nuovo conio” inerente al detenuto infradiciottenne. Da qui il d.lgs. 121/2018⁷ che interviene, dunque, in un ordinamento che, per quanto riguarda i minori, si esauriva con il solo art. 79 della L. 354 del 1979, ai sensi del quale: «le norme della presente legge si applicano nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, fino a quando non si sarà provveduto con apposita legge».

L'originaria *ratio* era quella di colmare la voragine normativa in via provvisoria. Nella realtà, poi, l'art. 79 si è trovato a svolgere una funzione di supplenza normativa per più di quarant'anni, rinnegandosi, così, i principi di sussidiarietà e soggettività, strumentali ai bisogni educativi del minore: una lacuna che tradiva il diritto a un trattamento differenziato dagli adulti, quale segno distintivo del modello di giustizia per i minorenni che discende direttamente dall'art. 31, comma 2, Cost.

La dottrina ha sempre posto in debito risalto la discontinuità tra la fase di cognizione – dove, oltre a una giurisdizione specializzata, sussistono peculiari disposizioni relative al procedimento penale minorile (contenute nel D.P.R. 448/1988), improntate alla valutazione della personalità dell'autore di reato e alla valorizzazione delle sue esigenze educative – e la fase dell'esecuzione, priva di una regolamentazione “a misura di minorenni”. Segmento processuale, quest'ultimo, che, tuttavia, dovrebbe rappresentare proprio quello maggiormente connotato da una vocazione pedagogica.

D'altro canto, la stessa Corte costituzionale, in più occasioni, ha stigmatizzato l'esecuzione *in absentia* della diversificazione nel regime trattamentale tra adulti e minorenni⁸.

2. La norma tacciata di incostituzionalità è l'art. 2, terzo comma, secondo cui: «Fermo quanto previsto all'articolo 1, comma 1, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno si applica l'articolo 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni».

⁵ F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *La cornice costituzionale e sovranazionale*, in AA.VV., *Manuale di diritto penitenziario*, F. Della Casa - G. Giostra (a cura di), Torino, 2020, 14.

⁶ O. BRUNO, *Trattamento intra moenia e aspetti spazio-temporali della detenzione*, in AA.VV., *La nuova disciplina penitenziaria*, M. Colamussi (a cura di), Torino, 2020, 77.

⁷ Sommariamente, il d.lgs. n. 121 del 2018 consta di ventisei articoli, suddivisi in quattro capi: il primo (art. 1) si occupa di fissare le regole e le finalità dell'esecuzione penale minorile; il Capo II (artt. 2-8) ha ad oggetto l'esecuzione penale esterna e le misure penali di comunità; il terzo (artt. 9-13) disciplina le regole dell'espiazione della pena detentiva e dell'esecuzione delle misure di comunità; infine, il Capo IV (artt. 14-25) contiene le regole e i principi per il trattamento *intra moenia* del minore, all'interno dell'istituto penitenziario. L'art. 26 chiude il decreto legislativo, occupandosi delle disposizioni finanziarie.

⁸ Secondo C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, 51, la deriva è stata quella di «affidare al giudice il compito di conformare allo *status* di minore le regole di diritto penitenziario previsto per gli adulti, con il rischio di trattamenti disomogenei nei confronti di soggetti che abbisognavano di specifiche forme di protezione». In maniera conforme, L. CARACENI, *L'ordinamento penitenziario minorile*, cit., 288, secondo cui «in questi quarant'anni di attesa si deve alla Corte costituzionale il sapiente lavoro di differenziazione dell'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni; un lavoro di “adattamento” dell'ordinamento penitenziario per adulti che ha tracciato le coordinate del modello minorile mettendo al centro le prerogative di una personalità ancora in fase di strutturazione».

La disciplina dell'ordinamento penitenziario, in materia di accesso ai benefici, prevede una diversificazione di trattamento, sulla base del solo titolo di reato⁹. Invero, il citato art. 4-*bis* – introdotto dall'art. 1 d.l. 152/1991¹⁰ e inizialmente circoscritto ai soli delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso o di matrice terroristica¹¹ – ha, nel tempo, visto ampliarsi il proprio perimetro applicativo¹², sino a ricomprendere una serie di delitti numerosi ed eterogenei. Si possono richiamare, a titolo esemplificativo, i reati sessuali, il sequestro di persona, i reati in materia di stupefacenti e, da ultimo, anche i reati commessi in danno della Pubblica Amministrazione¹³.

Nella sua attuale formulazione, la norma delinea un “sistema multilivello”¹⁴, fondato su un ordine decrescente di (presunta) pericolosità sociale, cui si ricollegano talune preclusioni nell'accesso ai benefici penitenziari, tra cui: l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, esclusa la liberazione anticipata.

In altri termini: più si presume grave il delitto – e dunque pericoloso il reo – minore è la possibilità che questi possa accedere ai benefici.

Il primo comma dell'art. 4-*bis* si riferisce ai delitti ritenuti più pericolosi¹⁵ e, per gli stessi, subordina la concessione dei benefici alla positiva collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit., ovvero alla dimostrazione che si versi in una situazione di impossibilità oggettiva o inesigibilità-irrelevanza soggettiva di utile collaborazione con la giustizia. In queste ultime fattispecie, ai sensi del comma 1-*bis*, occorre provare altresì l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

È chiaro che «la *ratio* del sistema è individuabile, anzitutto, nella presunzione legislativa che il compimento di determinati delitti provi il collegamento con la criminalità organizzata e costituisca

⁹ F. FIORENTIN, *L'osservazione e il trattamento*, in AA.VV., *Manuale di diritto penitenziario*, F. Della Casa – G. Giostra (a cura di), Torino, 2020, 33. L'A. precisa che il “doppio binario penitenziario” implica, sul piano dell'esecuzione in senso stretto, l'impossibilità di sospendere la pena per i condannati ai reati cc.dd. “ostativi”, e, sul versante del trattamento penitenziario, una più rigida disciplina, ad esempio in punto di colloqui visivi e telefonici.

¹⁰ Conv., con modif., dalla L. 12 luglio 1991, n. 203.

¹¹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 2000, 53, secondo cui dal 1982 frequenti sono stati gli interventi normativi in materia di criminalità organizzata, il più delle volte mediante decreto-legge, strumento principe in uno stato emergenziale: «si è assistito ad un accavallarsi confuso ed incoerente di interventi legislativi che, in maniera del tutto scoordinata, hanno creato un quadro normativo in cui appare complessa la stessa ricostruzione delle norme».

¹² Per un *excursus* dei vari interventi succedutisi sull'art. 4-*bis*, si rinvia ad A. RICCI, *Nel labirinto dell'art. 4-bis o.p.: guida pratica per il “condannato ostativo” all'accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 32/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, in www.giuririsprudenzapenale.com, 2020, 6.

¹³ L. 9 gennaio 2019, n. 3 (cd. “Spazzacorrotti”). Sul punto, G.M. BACCARI, *Le modifiche della legge “anticorruzione” in materia di ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *La cd. Legge Spazzacorrotti*, C. Iasevoli (a cura di), Bari, 2019, 281 ss.

¹⁴ F. FIORENTIN, *Questioni aperte in materie di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis L. n. 354 del 1975*, in *Giur. merito*, 2012, 504.

¹⁵ A seguito delle varie modifiche, l'attuale formulazione dell'art. 4-*bis*, primo comma, comprende i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; art. 416-*bis* c.p. (associazione di tipo mafioso), nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste (c.d. aggravante di mafiosità); art. 416-*ter* c.p. (scambio elettorale politico-mafioso); art. 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di estorsione); art. 74 d.p.r. n. 309/90 (associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti); art. 291-*quater*, d.p.r. 23.01.1973, n. 43 (associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri); art. 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù); art. 600-*bis*, comma 1, c.p. (induzione, reclutamento, favoreggiamento della prostituzione minorile); art. 600-*ter*, commi 1 e 2, c.p. (pornografia minorile); art. 601 c.p. (tratta di persone); art. 602 c.p. (acquisto e alienazione di schiavi); art. 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo); art. 12, commi 1 e 3, d.lgs. 25.07.1998, n. 286 (t.u. immigrazione, plurime condotte di ingresso illegale di stranieri nel territorio dello stato); ed infine i delitti di cui agli artt. 314, comma 1, c.p. (peculato), 317 c.p. (concussione), 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p. (tutte ipotesi di corruzione).

un elemento di pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione del condannato ai benefici penitenziari. La fattiva collaborazione offerta dal soggetto assume, in questa prospettiva, valenza rescissoria di tale collegamento criminale e vale pertanto a ridurre il grado di pericolosità sociale dell'interessato»¹⁶. In altri termini, la condotta collaborativa neutralizza il connotato di «ostatività» e consente di riportare i delitti *de quibus* nell'alveo della disciplina ordinaria¹⁷.

Una seconda categoria di reati¹⁸, individuati dal comma 1-*ter*, condiziona l'ammissibilità dei benefici all'insussistenza di elementi da cui si possa desumere l'esistenza di collegamenti attuali del detenuto o dell'internato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Trattasi, dunque, di una prova negativa, che, in alcuni casi, finisce per divenire «diabolica»¹⁹. La presunzione, invero, appare invalicabile per tutte quelle condotte contigue assai marginali e modeste o, *a fortiori*, di mera adesione nominale e morale a una *societas sceleris*.

Infine, per una terza fascia di delitti²⁰, la concessione dei benefici è subordinata agli esiti dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente, per almeno un atto in istituto.

Questo è il c.d. «sistema multilivello» su cui si sovrastruttura l'art. 4-*bis*: una norma che contraddice la reale volontà del legislatore di rendere effettiva la finalità del reinserimento del reo nel tessuto sociale²¹ e che privilegia le istanze punitive rispetto a quelle risocializzanti. Invero, l'unico elemento preso in considerazione è il titolo di reato, *ergo* il risultato dell'operazione di sussunzione – effettuata dal Pubblico Ministero – del fatto concreto a una fattispecie legale astratta.

3. La *quaestio legitimitatis* si originava nell'alveo di un procedimento incardinato dinanzi al Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria, in funzione di sorveglianza, che censurava l'art. 2, co. 3, del d.lgs. 121 del 2018, nella parte in cui prevedeva che, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno, si applicasse il suddetto art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, della L. n. 354 del 1975.

¹⁶ F. FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis l. n. 354 del 1975*, cit., 509.

¹⁷ F. FIORENTIN, *L'osservazione e il trattamento*, cit., 37.

¹⁸ La c.d. «seconda fascia» comprende i delitti di cui all'art. 575 c.p. (omicidio volontario); art. 600-*bis*, comma 2 e 3, c.p. (atti sessuali con minore); art. 600-*ter*, comma 3, c.p. (divulgazione, diffusione di materiale pedopornografico); art. 600-*quinqies*, c.p. (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile); artt. 628, comma 3, e 629, comma 2, c.p. (rapina ed estorsione aggravate); art. 291-*ter*, d.p.r. 23.01.1973, n. 43 (t.u. doganale, ipotesi aggravate di contrabbando di tabacchi lavorati esteri); art. 73, aggravato ex art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309/90 (t.u. stupefacenti, condotte aggravate di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanza stupefacente); art. 416, commi 1 e 3, c.p. (associazione per delinquere) realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 c.p. (delitti in materia di tutela dei diritti d'autore); art. 416 c.p. realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice (delitti contro la personalità individuale), o allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 609-*bis* c.p. (violenza sessuale), 609-*quater* c.p. (atti sessuali con minorenni), 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo) e dall'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, d.lgs. 25.07.1998 (t.u. immigrazione, plurime condotte aggravate di ingresso di stranieri in territorio nazionale).

¹⁹ F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in *Arch. pen.*, 1/2015, 12.

²⁰ I delitti di cui agli articoli 583-*quinqies*, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqies*, 609-*octies* e 609-*undecies*. In particolare, per i delitti di cui agli articoli 583-*quinqies*, 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*, 600-*quinqies*, 609-*quater*, 609-*quinqies* e 609-*undecies* del codice penale, nonché agli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del medesimo codice, se commessi in danno di persona minorenni, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13-*bis* della presente legge.

²¹ U. NAZZARO, *La funzione rieducativa della pena nei confronti dei condannati minorenni: spunti di riflessione sul d.lgs. n. 121/2018*, in *Cassazione Penale*, 10/2019, 3796.

Una breve ricostruzione del fatto storico risulta necessaria al fine di evidenziare efficacemente le incongruenze del sistema. Nel caso di specie, il minore era stato condannato alla pena di anni cinque di reclusione, per i reati previsti e puniti dagli artt. 416-*bis* c.p. (associazione a delinquere di stampo mafioso), 2 e 7 legge 2 ottobre 1967, n. 895 (detenzione di armi comuni da sparo), con l'aggravante del metodo mafioso di cui all'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella L. 12 luglio 1991, n. 203.

Il minore, restando poco più di un anno e cinque mesi di reclusione affinché egli terminasse di espiare la pena, chiedeva al Tribunale l'applicazione di una misura penale di comunità: la detenzione "domestica" presso un domicilio o una comunità in un luogo ben distante dal *locus commissi delicti*.

Tuttavia, la sola qualificazione del titolo di reato, ossia l'art. 416-*bis* c.p., risultava sufficiente a connotare il minore quale detenuto ostativo "qualificato" e a precludergli l'ammissione ai benefici penitenziari, in mancanza della suddetta collaborazione. Tanto in virtù di un meccanismo presuntivo, che finiva per privare il magistrato di sorveglianza della possibilità di vagliare, in concreto, la pericolosità sociale del minore, a seguito del percorso educativo intrapreso e degli obiettivi educativi e risocializzativi fissati.

In particolare, nell'ordinanza di remissione, il Tribunale sottolineava, opportunamente, l'esistenza di un progetto educativo e di elementi di concreta rilevanza da prendere in considerazione²². Il minore detenuto, difatti, aveva manifestato la volontà di allontanarsi – per il pieno recupero – dal territorio e dal contesto familiare di appartenenza, al fine di interrompere i collegamenti con il circuito della locale criminalità organizzata per cui era stata emessa nei suoi confronti sentenza irrevocabile di condanna. Non si trattava di meri formalismi, in quanto, nel caso di specie, vi era la concreta opportunità di un lavoro e di un domicilio da condividere con la propria compagna, lontano dal luogo di consumazione del reato. Sussistevano, pertanto, elementi obiettivi, da cui emergeva l'intenzione del minore detenuto di operare una netta cesura con la vita pregressa, pur non avendo intrapreso un percorso di collaborazione con la giustizia; elementi, tuttavia, insuscettibili di essere valutati dal Tribunale, in forza di una irragionevole preclusione, fondata sul solo titolo di reato.

Un *modus procedendi*, dunque, del tutto avulso dalle esigenze individualizzanti nel trattamento del minore, autore di reato, che finiva per scontare indebitamente la storia di un reato associativo tra i più controversi e recrudescenti²³.

3.1. Diversi i punti di contrasto individuati dal giudice *a quo*, in relazione all'applicabilità degli automatismi ostativi, previsti per gli adulti, anche all'ambito penitenziario minorile.

In primis, secondo il rimettente, la norma avrebbe violato l'art. 76 Cost., per contrasto con la delega contenuta nella L. 103 del 2017. Si poneva in evidenza come l'art. 1, comma 85, lett. p), della "Riforma Orlando", avesse fissato una serie di "criteri-guida", al fine di orientare l'esecutivo

²² L. CARACENI, *Tanto tuonò che piovve: incostituzionali gli automatismi ostativi alla concessione delle misure penali di comunità per i condannati minorenni. I riflessi di Corte cost.*, 6 dicembre 2019, n. 263 sull'assetto complessivo del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2020, 237 ss.

²³ Si riportano le riflessioni di A. BARATTA, *La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica*, in *Dei delitti delle pene*, 1993, 120, secondo cui «Non si può fare la lotta alla mafia con il diritto penale, non solo perché una guerra fatta solo con questo strumento sarebbe perduta in partenza; ma anche perché il diritto penale non è uno strumento di guerra, bensì uno strumento giuridico di regolazione di obblighi, diritti e potestà che presidono l'attribuzione di responsabilità a cittadini e l'uso della reazione punitiva nei confronti degli infrattori dichiarati tali secondo procedure stabilite».

nell'adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minorenni²⁴. Ebbene, tra i suddetti obiettivi vi erano: la previsione di misure alternative alla detenzione conformi alle istanze educative del condannato minorenne; l'ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione dei minori all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà, di cui rispettivamente agli artt. 47 e 50 della L. n. 354/1975 e successive modificazioni; e, soprattutto, l'eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, ritenuti in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individualizzazione del trattamento.

L'art. 2, comma 3, d.lgs. 121 del 2018, nel consentire l'applicazione dell'art. 4-bis, secondo il giudice *a quo*, si porrebbe in una rotta opposta rispetto a quella delineata del legislatore delegante, compiendo una retromarcia involutiva sul piano dei principi posti a presidio del *best interest of the child*.

In secondo luogo, la norma censurata si sarebbe posta in contrasto con l'impianto normativo a presidio del minore autore di reato, di matrice nazionale e sovranazionale. Il riferimento è alle cc.dd. Regole di Pechino (Risoluzione O.N.U. n. 40/33 del 29 novembre 1985), alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori (adottata dal Consiglio d'Europa il 26 gennaio 1986) e alla Convenzione O.N.U. sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (approvata il 20 novembre 1989).

Sul piano costituzionale, l'art. 2 della nuova legge penitenziaria minorile, in quanto fondato su una presunzione di pericolosità radicata sul solo titolo di reato commesso, avrebbe violato con il principio sancito dall'art. 27, terzo comma, Cost., connesso a quelli di cui agli artt. 2, 3 e 31, secondo comma, Cost., in quanto espressivi della necessità di un trattamento differenziato per i minorenni e i giovani adulti, nonché «di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante»²⁵.

Sul versante logico-sistematico, vieppiù, il Tribunale di sorveglianza di Reggio Calabria riteneva che la nuova disposizione penitenziaria tradisse la *ratio* dell'art. 656, co. 9, c.p.p., così come riletto dalla Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 90 del 2017. Con tale pronuncia, invero, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma richiamata, nella parte in cui non consentiva la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i delitti ivi elencati²⁶. Ebbene, «la sospensione dell'esecuzione consentita al pubblico ministero risulterebbe *inutiliter data* se il tribunale di sorveglianza non potesse poi valutare nel merito le istanze di misure alternative alla detenzione, anche in presenza di reati ostativi. Osserva il giudice *a quo* che l'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. si rivolge al pubblico ministero e, dopo la sentenza n. 90 del 2017, gli consente di sospendere l'ordine di esecuzione anche in presenza di reati

²⁴ Cfr. G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. giust.*, 2/2015, 64, pone in risalto l'evanescenza di siffatti criteri, i quali assumono le fattezze di "buoni propositi" e non di vere e proprie guide operative per il legislatore delegato.

²⁵ Si richiamano le sentenze della Corte cost. n. 143 del 1996, n. 182 del 1991, n. 78 del 1989, n. 128 del 1987, n. 222 del 1983 e n. 46 del 1978.

²⁶ Corte cost., sent. 22 febbraio 2017 (ud. 28 aprile 2017), n. 90. «Imporre l'ingresso in carcere a un minore, che potrebbe evitarlo ed essere assoggettato utilmente a una misura alternativa, è un fatto che non solo interrompe il percorso rieducativo eventualmente già intrapreso [...], ma rischia di comprometterlo definitivamente [...]. Nei confronti dei minori la sospensione dell'esecuzione ha una funzione determinante, perché evita gli effetti desocializzanti correlati a un passaggio diretto in carcere del condannato che provenga dalla libertà e che potrebbe avere diritto, previa valutazione nel merito rimessa al Tribunale di sorveglianza, a una misura alternativa».

ostativi. La disposizione censurata, invece, si rivolge al tribunale di sorveglianza e gli impedisce di concedere le misure penali di comunità in caso di reati ostativi»²⁷.

Infine, l'art. 2, comma terzo, d.lgs. 121/2018 si sarebbe posto in aperta distonia con l'impianto generale degli istituti del processo penale minorile: ad esempio, la sospensione del processo con messa alla prova che risulta applicabile senza il rigido sbarramento previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit., secondo un'ottica che privilegia le esigenze di recupero dell'imputato rispetto alla pretesa punitiva.

3.2. Preso atto dello statuto di tutela di cui gode il minore, la Corte coglie l'occasione per una interpretazione costituzionalmente orientata della questione: l'unica possibile.

A pochi mesi dalla sua emanazione, e dopo un'attesa di oltre quarant'anni, si abbatte la scure della Corte costituzionale sul d.lgs. 121/2018, a dimostrazione che l'obiettivo auspicato – quello di differenziazione del regime *in executivis* per i minori rispetto a quello degli adulti – non poteva definirsi “raggiunto”²⁸.

La Corte condivide ragionevolmente le censure sollevate dal giudice *a quo* e, dando seguito a una granitica elaborazione giurisprudenziale, ritiene che una presunzione, come quella sottesa all'art. 4-*bis* ord. penit., finisca per compromettere l'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminente funzione educativa richiedono.

La previsione di automatismi che sottraggono all'organo giurisdizionale il potere di effettuare il giudizio di comparazione tra esigenze contrapposte, nell'ottica del *best interest of the child* è da ritenersi incompatibile con la tutela speciale che la Costituzione riconosce al minorene²⁹.

Il «cuore della giustizia minorile deve consistere in valutazioni fondate su prognosi individualizzate, in grado di assolvere al compito di recupero del minore deviante. Ciò comporta l'abbandono di qualsiasi automatismo che escluda l'applicazione di benefici o misure alternative»³⁰.

Nella questione sottoposta al vaglio della Consulta, il conflitto sorge tra la piena realizzazione del diritto del minore ad accedere ai benefici penitenziari e le istanze di difesa sociale sottese all'esecuzione della pena in carcere. Il giudice delle leggi, condivisibilmente, attribuisce prevalenza al primo.

Preliminarmente, la Consulta respinge l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo cui l'applicazione dell'art. 4-*bis* ordin. penit. anche ai minori non deriverebbe dall'art. 2, terzo comma, d.lgs. 121/2018, ma dall'art. 4, comma quarto, d.l. n. 152 del 1991, che già *ex ante* prevedeva che le limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari si applicassero anche nei confronti dei soggetti minorenni al tempo del fatto. In sostanza, la disposizione censurata avrebbe una natura meramente ricognitiva di una disciplina preesistente e costituirebbe l'espressione della discrezionalità del legislatore, che non sarebbe affatto irragionevole.

La Corte costituzionale, invero, pone in debito risalto il fatto che lo stesso giudice *a quo* aveva ben rammentato come i meccanismi ostativi dell'art. 4-*bis* ord. penit. fossero applicabili anche nei confronti dei minori, ma come ciò non equivallesse, *ipso iure*, a ritenere legittima la disciplina di nuovo conio.

²⁷ Corte cost., sent. n. 263 del 2019, § 5 del *Ritenuto in fatto*.

²⁸ L. CARACENI, *Tanto tuonò che piovve*, cit., 238.

²⁹ L. CARACENI, *ibidem*, 243.

³⁰ Corte cost., sent. n. 263 del 2019.

Condivisibilmente, il Tribunale di Reggio Calabria aveva incentrato le proprie censure sul reiterato inserimento del doppio binario penitenziario nel nuovo ordinamento: e sulla legittimità di una scelta legislativa del tutto distonica rispetto alla logica ispiratrice della riforma penitenziaria.

Del resto, la Corte costituzionale sostiene che il nuovo d.lgs. 121 del 2018 si sia «integralmente sostituito alla precedente disciplina dettata sul punto, per i condannati adulti, dalla legge n. 354 del 1975 e, in particolare, dal suo art. 4-*bis*, e, per i condannati per reati commessi durante la minore età, dall'art. 4, comma 4, del d.l. n. 152 del 1991». Esso, dunque, non ha un carattere meramente ricognitivo, bensì innovativo. A confortare un tale assunto, si pone altresì il restringimento dell'ambito applicativo, considerando che, a differenza del previgente art. 4, co. 4, del d.l. n. 152 del 1991, il nuovo art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 121 del 2018 rende applicabili ai minori i commi 1 e 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ordin. penit., e non più il comma 2.

Tanto premesso, per quanto concerne il merito della vicenda, la Corte dichiara fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, della nuova legge penitenziaria minorile, sollevata in riferimento all'art. 76 Cost.

Una volta respinta la suddetta eccezione d'inammissibilità, la Corte costituzionale entra nel merito della questione, vagliando i presunti contrasti della norma censurata, prima con quanto stabilito dall'art. 76 Cost. – strumentale ad assicurare «la prevalenza politica del parlamento» attraverso la determinazione, ad opera delle Camere, dei principi e criteri direttivi ai quali il Governo deve attenersi³¹ – e poi con gli artt. 27, terzo comma, 31, secondo comma, Cost.

Per quanto concerne il primo profilo di illegittimità, si trattava di verificare se l'art. 2, comma 3, d.lg. n. 121 del 2018 collidesse con i principi e i criteri stabiliti nella Legge delega “Orlando” n. 103 del 2017, all'art. 1, co. 85, lettera p), nn. 5) e 6), convergenti verso l'ampliamento dell'esecuzione penale esterna nel settore minorile.

L'identificazione della *ratio* della legge delega è l'asse portante del primo processo ermeneutico, attraverso cui la Corte va alla ricerca del giusto termine di confronto ai fini del sindacato sulle norme delegate³². Invero, a parere dei giudici, il legislatore delegante – nel recepire i principi, sopra richiamati, provenienti dalle fonti internazionali e dalla giurisprudenza costituzionale – aveva posto, quali obiettivi-cardine della riforma, l'ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione e l'eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento (art. 1, comma 85, lettera p, numero 6).

Appare evidente che, *a contrario*, l'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 121 del 2018 si pone su una retta, parallela sì, ma con opposto senso di marcia: il rinnovato richiamo ai meccanismi presuntivi di cui all'art. 4-*bis* ordin. penit. ha l'effetto di restringere e non di ampliare l'ambito di applicabilità delle misure alternative alla detenzione.

Una scelta costituzionalmente orientata e rispettosa dei criteri della delega avrebbe dovuto incentrarsi su una prognosi “educativa” individualizzata, ragionevolmente calibrata sulla personalità *in fieri* del minore, e non su automatismi e preclusioni.

³¹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2011, 162.

³² Così G. MANTOVANI, *L'esecuzione penale minorile abbandona definitivamente il modello decisionario caratteristico del “doppio binario trattamentale”*. Anche nei confronti dei detenuti per i reati di “prima fascia” non collaboranti l'accesso ai benefici penitenziari deve essere valutato caso per caso, in *Cass. pen.*, 4/2020, 1480.

La declaratoria di incostituzionalità per contrasto con l'art. 76 Cost. sarebbe stata sufficiente, poiché la Corte costituzionale ben avrebbe potuto dichiarare assorbite gli altri motivi di censura³³. Il giudice delle leggi, tuttavia, sceglie di non fermarsi e, procedendo in un'opera di demolizione totale, dichiara fondate anche le questioni di legittimità costituzionali sollevate in riferimento agli artt. 27, terzo comma, e 31, secondo comma, Cost. «Il binomio appena evocato è ben noto come collaudato grimaldello contro gli automatismi operanti nell'esecuzione penale minorile»³⁴.

I giudici, invero, ravvisano, nell'art. 2, comma terzo, d.lgs. 121 del 2018, non solo un vizio formale, dovuto alla divergenza rispetto alla delega, ma, altresì, gli estremi di una frattura incompatibile con il sottosistema posto a presidio del minore.

La giustizia penale “a misura di minore” trova un pieno riconoscimento sul piano costituzionale e internazionale. Ed è proprio sulla base dei principi di speciale protezione per l'infanzia e la gioventù, di individualizzazione del trattamento punitivo del minore e di preminenza della finalità rieducativa che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della previsione dell'ergastolo per gli infradiciottenni, con la storica sentenza n. 168 del 1994. Del resto, anche sulla scorta di tale sentenza, con cui la Corte, nel sottolineare la natura dinamica della condizione minorile, ne evidenziava le caratteristiche di soggettività «ancora in formazione e alla ricerca della propria identità», il legislatore del 2018 ha provveduto a sostituire, nell'ambito delle locuzioni “reinserimento sociale” e “percorso rieducativo”, i termini, rispettivamente, “inserimento” ed “educativo”³⁵.

Nel medesimo solco, si pongono anche le svariate pronunce con le quali è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcuni istituti dell'ordinamento penale e penitenziario, laddove riferiti ai condannati minorenni. Basti pensare alla preclusione della sospensione del processo per messa alla prova, nell'ambito del processo minorile, quando l'imputato abbia chiesto il giudizio abbreviato o il giudizio immediato³⁶; al divieto di disporre misure alternative alla detenzione per l'esecuzione di pene detentive derivanti da conversione di pena sostitutiva³⁷; all'esclusione della possibilità di concedere permessi premio nel biennio successivo alla commissione di un delitto doloso³⁸; alle condizioni soggettive per l'applicazione delle sanzioni sostitutive della pena detentiva³⁹; alla previsione della necessaria espiazione di una determinata quota di pena ai fini della concessione dei permessi premio⁴⁰; alla preclusione triennale dei benefici per il condannato nei cui confronti sia stata revocata l'applicazione di una misura alternativa⁴¹, nonché, più recentemente, al divieto di sospensione delle pene detentive brevi, di cui all'art. 656, co. 9, lett. a), del codice di procedura penale⁴².

³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 293 del 2010, secondo cui «è palese la pregiudizialità logico-giuridica delle censure riferite all'art. 76 Cost., giacché esse investono il corretto esercizio della funzione legislativa e, quindi, la loro eventuale fondatezza eliderebbe in radice ogni questione in ordine al contenuto precettivo della norma in esame».

³⁴ G. MANTOVANI, *L'esecuzione penale minorile abbandona definitivamente il modello decisorio caratteristico del “doppio binario trattamentale”*, cit., 1483.

³⁵ U. NAZZARO, *La funzione rieducativa della pena nei confronti dei condannati minorenni*, cit., 3800.

³⁶ Cost cost., sent. n. 125 del 1995.

³⁷ Corte cost., sent. n. 109 del 1997.

³⁸ Corte cost., sent. n. 403 del 1997.

³⁹ Corte cost., sent. n. 16 del 1998.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 450 del 1998.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 436 del 1999.

⁴² Corte cost., sent. n. 90 del 2017.

A parere dei giudici, le suddette pronunce hanno progressivamente diversificato il trattamento dei minorenni rispetto a quello stabilito in via generale dall'ordinamento penitenziario, culminando, infine, nella delega di cui alla L. n. 103 del 2017.

I meccanismi ostativi contenuti nell'art. 4-*bis* postulano una politica criminale che, nel baricentro tra istanze di difesa sociale e di educazione, è sbilanciata verso il primo polo. Un siffatto *modus procedendi* trova nelle esigenze educative un limite insormontabile, in quanto finalità «se non esclusiva, certamente preminente»⁴³, nel sistema multilivello dei diritti.

Non si può negare che la pena abbia una funzione anche repressiva e preventiva, ma è indiscutibile che l'unico fine espressamente menzionato dalla Costituzione sia quello rieducativo⁴⁴. La Consulta, in generale, ha sancito il principio della «non sacrificabilità della funzione rieducativa della pena sull'altare di ogni altro scopo»⁴⁵, con una sentenza che suona come un monito a difesa, per l'oggi e per il domani, di un diritto penale che faccia salvi fondamentali principi di civiltà⁴⁶, avverso uno Stato che, sempre più sovente, invoca la certezza della pena, intesa come non modificabilità *in itinere* della stessa. I giudici delle leggi sembrano, invece, prediligere un percorso di rieducazione che consenta al giudice di valutarne i progressi da lui compiuti, secondo una «logica gradualistica»⁴⁷.

Nell'esecuzione penale minorile, le suddette istanze si fanno ancor più pregnanti. Invero, dal combinato disposto degli artt. 27 co. 3 e 31 co. 2 Cost. discende una metamorfosi garantista del principio rieducativo della pena: quest'ultima, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto con una personalità ancora *in fieri* e alla ricerca di una identità, acquista una connotazione educativa, più che rieducativa: «il diritto all'educazione del minore piega le strutture del processo penale, riversandosi nelle sequenze del procedere»⁴⁸ e dell'eseguire!

Lo Stato, invero, ancor prima di tendere alla (ri)educazione del condannato, è tenuto a proteggere il soggetto minorenne dal rischio di de-socializzazione che un ambiente inadeguato può causare⁴⁹. Per tale motivo, devono privilegiarsi strumenti alternativi alla detenzione, al fine di inserire – e non reinserire – il minore nella società.

Ciò si attua con la responsabilizzazione, l'educazione e il pieno sviluppo psico-fisico del soggetto, nonché attraverso la preparazione alla vita libera, con l'inclusione sociale e con la prevenzione dalla commissione di ulteriori reati. Al perseguimento di siffatti obiettivi giova il ricorso ai percorsi di istruzione, di formazione professionale, di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile e ad attività di utilità sociale, culturali, sportive e di tempo libero.

La parificazione della disciplina della fase esecutiva nei confronti di adulti e minori, *a contrario*, «confligge con le esigenze di specifica individualizzazione e di flessibilità del trattamento del detenuto minorenne» e tale situazione «contrast[a] con le esigenze [...] del recupero e della risocializzazione dei minori devianti, esigenze che comportano [appunto] la necessità di differenziare

⁴³ Corte cost., sent. n. 168 del 1994.

⁴⁴ F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *La cornice costituzionale e sovranazionale*, cit., 3.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 149 del 2018.

⁴⁶ Si richiamano le osservazioni di E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2018.

⁴⁷ O. BRUNO, *Trattamento intra moenia e aspetti spazio-temporali della detenzione*, cit., 90.

⁴⁸ C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 42.

⁴⁹ U. NAZZARO, *La funzione rieducativa della pena nei confronti dei condannati minorenni*, cit., 3803.

il trattamento dei minorenni rispetto ai detenuti adulti e di eliminare automatismi applicativi nell'esecuzione della pena»⁵⁰.

La Corte conclude il proprio percorso giustificativo con la precisazione secondo cui dal superamento dei meccanismi preclusivi che ostano alla concessione delle misure extramurarie non deriva una generalizzata fruibilità dei benefici. Al Tribunale di sorveglianza compete, infatti, la valutazione caso per caso dell'idoneità e della meritevolezza di tali misure, secondo il progetto educativo costruito sulle esigenze del singolo. «Solo attraverso il necessario vaglio giudiziale è possibile tenere conto, ai fini dell'applicazione dei benefici penitenziari, delle ragioni della mancata collaborazione, delle condotte concretamente riparative e dei progressi compiuti nell'ambito del percorso riabilitativo, secondo quanto richiesto dagli artt. 27, terzo comma, e 31, secondo comma, Cost.»⁵¹.

4. La sentenza in commento assume una significativa rilevanza sul piano sistematico.

La Consulta, non a caso, si pronuncia solo a pochi giorni da un'altra sentenza, la n. 253 del 2019⁵², con cui ha accolto la questione di costituzionalità nei confronti dell'art. 4-*bis* L. 354/1975, nella parte in cui non prevede che, anche per i detenuti adulti, possano essere concessi permessi premio pur in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* L. 354/1975, qualora siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Il meccanismo ostativo dell'art. 4-*bis*, anche ove applicato nei confronti di detenuti adulti, contrasta con gli artt. 3 e 27 Cost. sia «perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante», sia «perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.»⁵³.

Nel raffronto tra le due sentenze, va posto in evidenza come, con riguardo ai detenuti minorenni, la Corte si sia mostrata più rigida⁵⁴. Diversamente dalla sent. n. 253 del 2019, che derubrica l'originaria presunzione legislativa da assoluta a relativa, nella pronuncia in commento quella stessa presunzione viene integralmente a cadere, perché nell'ordinamento penitenziario minorile «non può essere lasciato spazio a presunzioni di pericolosità di sorta, nemmeno se relative»⁵⁵.

Il filo che lega le due pronunce del 2019 è chiaro: quello di una progressiva e inesorabile erosione dei meccanismi presuntivi nel sistema penitenziario sia per gli adulti, sia, *a fortiori*, per i minori.

Evidente è il monito rivolto al legislatore, affinché epuri il sistema dal “doppio binario penitenziario”. Invero, la previsione di un contenitore eterogeneo di reati, per i quali il ricorso ai

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 263 del 2019. La Corte richiama le sentenze n. 90 del 2017, n. 436 del 1999, n. 16 del 1998 e n. 109 del 1997.

⁵¹ Corte cost., sent. n. 263 del 2019.

⁵² Le due sentenze sono Corte cost., 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253 e Corte cost., 5 novembre 2019 (dep. 6 dicembre 2019), n. 263.

⁵³ Corte cost., sent. n. 253 del 2019.

⁵⁴ Così A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Giur. cost.*, 6/2019, 3327.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 263 del 2019.

benefici penitenziari viene subordinato a talune condizioni, crea una oggettiva disparità di trattamento, ponendosi inevitabilmente in tensione con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Le preclusioni fondate su solo titolo di reato scontano un duplice rischio. Da una parte, quello di una commistione di situazioni completamente diverse nella prassi, ma sussunte entro una stessa fattispecie incriminatrice astratta. Per altro verso, occorre rammentare come l'inflazione normativa e la non sapiente tecnica legislativa degli ultimi decenni abbiano determinato dei corto-circuiti nel sistema penale: fattispecie normative che si pongono l'una ai confini dell'altra, che si intrecciano e si sovrappongono. Il rischio, dunque, è quello di sperequazioni trattamentali, in virtù del solo capo d'imputazione scelto dall'accusa.

Rebus sic stantibus, si impone come necessaria l'esigenza di escludere qualsiasi meccanismo presuntivo dal sistema, prediligendo, per contro, un bilanciamento in concreto da parte di chi giudica. «Una presunzione di pericolosità che si basa esclusivamente sul titolo del reato, irrigidisc[e] la regola di giudizio in un meccanismo che non consente di tenere conto della storia e del percorso individuale del singolo soggetto e della sua complessiva evoluzione sulla strada della risocializzazione»⁵⁶.

Su altro versante, la sentenza in commento consente di avanzare alcune considerazioni sulla legge penitenziaria minorile. Invero, i criteri ben "stilizzati" nella legge delega Orlando hanno trovato solo parziale concretizzazione, e, «al di là dell'operazione di *restyling* lessicale»⁵⁷, sembra che gli originari propositi si siano, man mano, inariditi⁵⁸, imbastendosi una disciplina non del tutto soddisfacente.

Tra gli elementi oggetto di principale censura, vi è la visione eccessivamente carcere-centrica, focalizzata sul modello di espiazione della pena *intra moenia*. Da ciò, un'elaborazione superficiale della disciplina sulle misure alternative alla detenzione⁵⁹, che non sembrano discostarsi particolarmente dall'archetipo penitenziario ordinario, tanto da contravvenire all'esigenza di un'esecuzione della pena a misura di minorenni.

Uno degli anelli più deboli, poi, pare essere proprio quello del percorso (ri)educativo del minore. Il d.lgs. n. 121 del 2018, invero, non chiarisce quali debbano essere le categorie di esperti di cui avvalersi dentro e fuori dal carcere e le loro specializzazioni; pecca per difetto nella delineazione di strumenti di sinergia con l'esterno volti a rendere effettive le *chances* di inserimento nella collettività e nel lavoro; non mette a punto i criteri per l'osservazione del minore e per la valutazione della buona riuscita del programma; ancora, non precisa con esattezza le modalità e i tempi dei momenti da svolgere fuori dal carcere, per trascorrere del tempo con la famiglia e con i propri

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 263 del 2019.

⁵⁷ L'espressione appartiene a U. NAZZARO, *La funzione rieducativa della pena nei confronti dei condannati minorenni*, cit., 3805.

⁵⁸ Così, O. BRUNO, *op. cit.*, 126, secondo cui «l'impianto messo in cantiere in ordine, per quanto ambizioso e complicato, tanto da impegnare, prima il tavolo degli Stati generali e, nel proseguo, tre Commissioni legislative istituite presso il Ministero della giustizia, ha subito gravi amputazioni, confluendo solo in minima parte nei decreti legislativi del 2018».

⁵⁹ Così U. NAZZARO, *op. cit.*, 3805, secondo cui la reiterazione delle lacune, riscontrabile in un testo normativo connotato da frettezza e incompletezza, ha accompagnato l'agire legislativo nell'approntare l'incompiuto tentativo di disegnare un modello di espiazione della pena alternativa alla detenzione. Le differenziazioni rispetto alla disciplina per adulti sono incentrate principalmente sulla condizione detentiva, elevando a regola l'opzione carceraria nell'ambito del sistema esecutivo minorile.

coetanei; infine, risultano del tutto assenti le norme riguardanti le modalità dei colloqui con il difensore⁶⁰.

In sostanza, emerge un prodotto normativo che, da un lato, va accolto con favore poiché supplisce a una grave lacuna, che perdurava da troppo tempo; per altro verso, però, lascia un senso di insoddisfazione, al punto da far pensare che quarant'anni di attesa, probabilmente, richiedevano di erigere un palazzo, e non di allestire le sole fondamenta, «abbandonando un cantiere aperto per il quale si palesa urgente la ripresa dei lavori»⁶¹.

⁶⁰ Così O. BRUNO, *op. cit.*, 132.

⁶¹ O. BRUNO, *ibidem.*, 98.