

DIRITTO

E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



1/2 2021 • ANNO VIII

EDITORI

Mario Covelli
Mariangela Covelli

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE**DIRETTORE RESPONSABILE**

Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO:

Sergio Moccia

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.

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),
Vincenzo Ruggiero (Londra),
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE

Piero Avallone, Teresa Bene, Antonio Cavaliere,
Maria de Luzenberger,
Francesco Forzati, Clelia Iasevoli, Fausto Izzo,
Carlo Longobardo, Valentina Masarone,
Mariano Menna, Egle Pilla,
Nicola Russo, Giuseppe Sassone, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo

CAPO DI REDAZIONE

Rossella Nicodemo

COMITATO DI REDAZIONE

Mario Afeltra,
Anna Maria Covelli, Marco de Martino,
Fabiana Falato, Barbara Nacar,
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,
Gennaro Demetrio Paipais

COMITATO DI REVISIONE

Claudia Cesari, Glauco Giostra,
Luca Marafioti, Oliviero Mazza, Paolo Patrono,
Mauro Ronco, Francesco Schiaffo,
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Esposito

Rivista fondata da Mario Covelli

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

ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323

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

Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

INDICE

L'OPINIONE

L'ergastolo e le sue varianti	5
SERGIO MOCCIA	

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

La giustizia penale nell'età comunale fra <i>utilitas, veritas e mala fama</i>. La ridefinizione dei caratteri del reo e del ruolo della persona offesa nel passaggio dal penale pattizio al modello inquisitorio	15
FRANCESCO FORZATI	

'Reati culturalmente orientati' contro donne e minori: opzioni politico-criminali e scelte normative	35
VALENTINA MASARONE	

Le vittime vengano tutelate, ma il rilievo del fatto detronizzi il fatto: profili critici e prospettive della responsabilità penale nelle proteiformi ipotesi di traduzione in danno dei pericoli sottesi ai 'Grandi Rischi'	50
ANTONIO NAPPI	

GIUSTIZIA
MINORILE

Imputabilità e minore età: il sistema penale tra bisogno (ri)educativo del giovane adulto e dell'<i>adulto giovane</i>.....	82
ANTONINO SESSA	



L'OPINIONE

L'ergastolo e le sue varianti

SERGIO MOCCIA

Aldo Moro, da retribuzionista puro, definisce l'ergastolo “fatto agghiacciante, crudele e disumano non meno di quanto lo sia la pena di morte” e sull'esercizio del potere punitivo afferma che “deve essere ben controllato, per non farsi condurre ad immaginare che la pena sia considerata una vendetta e quando si dice pena perpetua si dice una cosa [...] umanamente non accettabile. Ci si può anzi domandare se, in termini di crudeltà, non sia più crudele una pena che conserva in vita, privando questa vita di tanta parte del suo contenuto, che non una pena che tronca, sia pur crudelmente, disumanamente, la vita del soggetto, che libera di quella sofferenza quotidiana, di quella mancanza di rassegnazione o di quella rassegnazione che è uguale ad un abbruttimento, caratteristica della pena perpetua” (*Lezioni di diritto penale (1976)*, a cura di F. TRITTO, Bari 2005, pp.115-117). E, come vedremo, sono in tanti gli ergastolani che tuttora conducono fino alla fine la loro esistenza in queste condizioni.

Ergastolo deriva dal greco γαστεριον, casa di lavoro. Generalmente un locale sotterraneo dove venivano rinchiusi gli schiavi e i condannati ai lavori forzati. Da questo punto di vista era la forma più schiavizzante, disumanizzante di lavoro. Teniamo conto di questo dato, perché per tanti versi questo giudizio degradante resta. In tempi recenti – parliamo di un paio di secoli fa – l'ergastolo è diventato una sanzione largamente sostitutiva della pena di morte per l'omicidio, ma anche, attenzione, per il falso in moneta o per i furti reiterati. Quindi, c'è sempre, rispetto alla gravità dei fatti, un giudizio di tipo politico, occasionato dai rapporti di potere.

D'altronde, facendo riferimento alla fisica quantistica, quella che vede gli elementi e gli stessi atomi solo in senso relazionale, non 'atomisticamente', così avviene anche per le scienze dell'uomo: è possibile vedere le cose atomisticamente, o ontologicamente, rispetto ad un punto di vista sovraordinato, preferenziale, come può essere in una concezione teologica, oppure, al contrario, in relazione gli uni agli altri, ossia indagando su un concreto oggetto sempre relazionato al contesto degli altri elementi che vengono a dar vita in quella forma e in quel momento ad un certo istituto. L'ergastolo dobbiamo vederlo in un contesto relazionale, il che vuol dire, tradotto in termini a noi più vicini, da un punto di vista sistematico, con l'adozione del metodo proprio delle scienze normative, cioè della praticabilità dell'elaborazione concettuale e della sua riconduzione all'*ordo* dei principi. Non è la pura e semplice natura o nozione del concetto che interessa, ma un giudizio relazionale. Nella scienza giuspenalistica non possono esservi verità rivelate o *ipse dixit*, ma tutti i fenomeni che hanno a che fare con la relazionalità vanno visti nel contesto relazionale, seguendo le regole del metodo relazionale.

Questa importante premessa ci serve a comprendere determinate norme, determinate decisioni, con una *reductio ad unum*, partendo da quei presupposti che abbiamo dato per esistenti e che, in campo giuridico lo sono: i principi, laddove assumono la configurazione di norme, diventano essi stessi norme.

Nel Regno di Napoli l'ergastolo fu introdotto nel 1819, come superamento della pena dei ferri in vita e per il cumulo dei lavori forzati derivanti dall'antica galera. Laddove si sarebbe arrivati

all'esito della pena di morte, si iniziò a considerarlo come un sostitutivo. Ma un sostitutivo può essere visto come un miglioramento o un peggioramento. Nel codice penale del 1930 l'ergastolo è disciplinato in generale all'art.22, ed è previsto per ventisette fattispecie, da quella relativa al cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano alle intelligenze con lo straniero seguite da ostilità, allo spionaggio, al disfattismo politico, all'attentato alla vita e all'incolumità del Presidente, al sequestro di persona a scopo di terrorismo ed eversione seguito dalla morte, fino a vari casi di omicidio e di sequestro aggravato dalla morte. La disciplina del codice Rocco era in un certo senso migliorativa rispetto a quella del codice Zanardelli: quest'ultimo prevedeva pure l'isolamento per sette anni, che nella Relazione al codice del 1930 veniva vista come una pena eccessivamente crudele, tant'è che l'isolamento venne previsto come aggravante. Colpisce la 'mitezza' del codice Rocco in questo caso, perché generalmente orientato in senso intimidativo-deterrente.

Com'è noto, una legge del 1962 (25 novembre, n.1634) ha poi consentito la liberazione condizionale del condannato dopo aver scontato 28 anni di pena, ridotti a 26 dalla legge Gozzini del 1986, qualora il condannato stesso abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il ravvedimento. Dopo venti anni è possibile, ex art.50 l. n. 663/1986, l'applicazione della semilibertà in relazione ai progressi compiuti, nonché la liberazione anticipata.

Vi è inoltre una giurisprudenza costituzionale tendente ad attutire la portata drammatica, che Moro definiva inumana, dell'ergastolo. Segnalo anche la sentenza n.168/1994 della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittima l'applicazione dell'ergastolo ai minorenni. Tuttavia, fin dalla sentenza n.264/1974 la Corte costituzionale, all'interno di una visione polifunzionale della pena, in cui fa riferimento espresso a retribuzione, prevenzione generale, emenda, ha ritenuto l'ergastolo conforme a Costituzione, perché consente di reinserire socialmente il condannato qualora la sua condotta sia valutata positivamente; e tale posizione è stata confermata nelle altre pronunce successive. Qui ritengo vi sia una fallacia del ragionamento, perché in realtà si dice che l'ergastolo sarebbe incostituzionale se non desse spazio alla libertà, se non la rendesse possibile. Ma il riferimento alla sola possibilità sta a significare che il giudizio è comunque negativo rispetto ad una pena che tolga per sempre la libertà ad un soggetto, che sancisca il fine pena mai. Allora, si dovrebbe capovolgere il ragionamento, nel senso di affermare che l'ergastolo, di per sé, è contrario alla Costituzione nella misura in cui può dar luogo ad un fine pena mai, e questo accade, come vedremo, molto frequentemente. Tutte le possibilità di liberazione astrattamente previste, se guardiamo ai dati recenti, nella prassi non è che abbiano una diffusività tale da far ritenere eccezionale l'ergastolo. Allora, già nel ragionamento della Corte nel 1974 a mio parere vi è una contraddizione in termini, perché si usa l'argomento della possibile libertà per rendere conforme a Costituzione l'ergastolo. Ma se l'argomento è la possibile libertà, allora vuol dire che, laddove questa non dovesse esservi, l'ergastolo è incostituzionale.

Cerchiamo di capire, partendo dalla polifunzionalità della pena, l'iter argomentativo della Corte costituzionale. Essa fa riferimento anzitutto alla prevenzione generale intimidatrice, poi alla retribuzione; e potrebbe anche far riferimento alla prevenzione speciale negativa. Sono tutte concezioni della pena sicuramente presenti nel dibattito penalistico, si potrebbe dire da sempre. Però, ecco, qui ritorna il concetto relazionale, quantistico. E' vero che sono presenti; ma nel contesto ordinamentale vigente, all'interno e in relazione al quale dev'essere agita una funzione della pena legittimamente perseguibile, già il riferimento alla prevenzione generale negativa significa

l'inflizione, per fini di intimidazione generale, di una sanzione particolarmente dura, che, per definizione, va al di là della proporzione, perché deve costituire, come diceva Feuerbach, un deterrente rispetto all'utilità che deriva dalla commissione del reato. Ora, questo è un ragionamento che dal punto di vista della psicologia criminale è totalmente sballato, perché chi delinque ritiene, a torto o a ragione, di non essere acciuffato; vi è, inoltre, una categoria di autori che si disinteressa completamente della pena prevista dalla legge, come quella dei delinquenti per convinzione. Dal punto di vista normativo, un *surplus* di sanzione significa violare l'art. 27 co.1 Cost., perché viene inflitto per stornare il pericolo di un fatto illecito altrui, in violazione della personalità della responsabilità penale. Quindi, all'interno della Costituzione non vi è spazio per la prevenzione generale negativa, tanto più che la Carta costituzionale all'art. 27 co.3 si esprime chiaramente. Quindi, se la Corte costituzionale argomenta in chiave di prevenzione generale negativa, usa un argomento contrario a Costituzione.

Considerazioni analoghe valgono in rapporto alla teoria retributiva, sostenuta e molto praticata, ma che nel contesto costituzionale non può essere accolta, perché l'espiazione può avvenire in un attimo o non avvenire mai, cosa che non sappiamo, né possiamo sapere. Inoltre, il castigo presuppone la libertà di scelta, che neppure i più arditi teologi, come Anselmo d'Aosta o Guglielmo d'Occam sono riusciti a dimostrare. Ma quand'anche vi fosse la prova della libertà del volere, siamo sicuri che l'ambiente non abbia alcun tipo di influenza? Immaginare questo fa sorridere. La retribuzione, dunque, non è accettabile, perché è contraria agli artt. 19 e 21, in quanto si fonda su un punto di vista etico, laddove la pena può fondarsi solo su punti di vista condivisi da consociati, e poi perché l'art.27 co.3 non fa riferimento alla retribuzione.

I conti, allora, vanno fatti con la rieducazione. Potrebbe esservi una sorta di compatibilità della rieducazione con la retribuzione, ed è stata addirittura sostenuta da Bettiol, che afferma: "C'è invero una rieducazione interiore dell'uomo, una conversione dal male al bene che trova nell'isolamento la condizione adatta al suo manifestarsi e al suo consolidarsi in termini di spiritualità" (*Sulle massime pene: morte ed ergastolo (1956)*, in *Scritti giuridici*, Tomo II, Padova 1966, p.91). Quindi, per chi è credente, è possibile una ricostruzione spirituale della personalità nel raccoglimento; l'emenda eleva spiritualmente il soggetto. Ma questo, anzitutto, vale solo per chi crede in un'entità superiore con cui riconciliarsi mediante l'ergastolo; fondare su un tale assunto l'ergastolo costituisce quindi una violazione della libertà di religione o di opinione, perché la pena statuale è una coazione, e non si può costringere una persona ad elevarsi moralmente, in quanto la morale è autonoma, mentre il diritto è eteronomo. Inoltre, gli artt. 19 e 21 Cost. garantiscono libertà di opinione, di *Weltanschauung*, di religione.

Si dovrà, dunque, attribuire alla rieducazione un significato diverso dall'emenda. Per intendere la rieducazione, poste quelle norme, dobbiamo chiedere soccorso all'art.3 co.2 Cost., che sancisce quale compito della Repubblica l'eliminazione degli ostacoli che si oppongono alla partecipazione dei singoli alla vita sociale, senza escludere i detenuti: perché quando la Costituzione vuol porre delle esclusioni lo fa espressamente. Vi è inoltre un principio di dignità deducibile agevolmente dall'art.2, 3, 32, 41 co.2 Cost.; dunque, anche se meno direttamente che nella CEDU, vi è un riferimento alla dignità umana nella Costituzione. Per rieducazione bisogna dunque intendere l'apprestamento di quei mezzi che consentano la partecipazione alla vita sociale, il che vuol dire

socializzazione per chi non è mai stato socializzato e risocializzazione o integrazione sociale per gli altri.

Se abbiamo questa griglia di principi, di argomenti e di opzioni metodologiche, cioè del confronto con le norme che consentano la praticabilità degli istituti in coerenza, allora l'ergastolo non ha una legittimità costituzionale, se quelle sono le funzioni perseguibili e non la polifunzionalità. Non si può dire disinvoltamente, come fa la Corte costituzionale, che bisogna tener conto di prevenzione generale e retribuzione, oltre che della rieducazione. Al contrario, non ne dobbiamo e non ne possiamo tener conto. Ciò che emerge è la contrarietà di principio a Costituzione dell'ergastolo.

Si sostiene, però, che, l'ergastolo in realtà non esiste più; ma il Garante nazionale dei detenuti dimostra, dati alla mano (*Amicus curiae* alla Corte Costituzionale, 8 settembre 2020), che negli ultimi tre anni solo il 7 % dei condannati all'ergastolo è stato liberato. Quindi, il restante 93 % rimane in ergastolo. Attenzione, allora, alle sirene della liberazione condizionale e della semilibertà. Un gran numero di ergastolani muore in carcere. Quindi, l'ergastolo di per sé è incostituzionale, perché viola l'art.27 co.3 Cost., viola il principio di dignità, viola la stessa idea di convivenza secondo principi costituzionali.

A questo punto, secondo il canone algebrico per cui il più contiene il meno, si potrebbe concludere il discorso, senza parlare dell'ergastolo ostativo. Ma andiamo avanti.

Rispetto a questo stato di cose, vi sono segnali, correnti di pensiero che magari anche in modo contraddittorio portano ad un esito di superamento dell'ergastolo. Stuart Mill saggiamente afferma: “Tutta quanta la storia del progresso sociale è stata una serie di transizioni, per cui una usanza, od una istituzione dopo l'altra, dall'essere prima supposta una necessità primaria dell'esistenza sociale, è passata al grado di ingiustizia e di tirannia stigmatizzata dall'universale” (*Utilitarismo*, Torino 1866, pp.150-151).

Nel tempo vi erano state le prese di posizione di illuminati penalisti come Pietro Nuvolone (*Norma penale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.* 1956, p.253 ss.) e Francesco Carnelutti (*La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.* 1956, p.1 ss.), che puntavano anche sull'argomento dell'errore giudiziario, argomento ora sparito dal dibattito, ma attuale: non si tratta di tantissimi casi, ma ne basta uno per comprendere che l'idea di pena perpetua non deve avere cittadinanza in uno stato di diritto. E sicuramente come 'apostolo' abolizionista dell'ergastolo va citato Emilio Dolcini per gli innumerevoli, preziosi contributi in materia.

Qualcosa si è cominciato a muovere in rapporto all'ergastolo ostativo, che deriva dal combinato disposto degli artt. 4-bis e 58-ter ord.penit. e dell'art. 2 d.lgs. n. 152/1991, conv. con modif. in l. n.203/1991. L'art.4-bis riguarda il divieto di concessione di benefici per i condannati di taluni delitti. Nel co.1-bis si prevede che la liberazione condizionale non possa essere concessa finché vi siano elementi tali da far ritenere collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica e così via, e per tutta una serie di altri reati.

In direzione di un orientamento, recente, di maggior aderenza ai valori/principi costituzionale in materia vi è stato un intervento della Corte costituzionale, sent. n. 149/2018, che ha dichiarato illegittimo l'art.58-quater ord. penit., secondo cui gli autori dei delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di estorsione che abbiano cagionato la morte della persona sequestrata non potevano essere ammessi ad alcuno dei benefici se non avevano espiato almeno i due terzi della pena. Poi vi è stata una sentenza della CEDU del 13 giugno 2019, Viola contro Italia, su cui è tornata la Corte di

Cassazione per la sua ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale. Successivamente alla sentenza Viola vi è stata anche una sentenza della Corte cost., n. 253 /2019, in tema di concessione di permessi premio. Grossomodo, gli argomenti della Viola e della 253/2019 sono stati alla base della recente ordinanza Corte cost. n. 97/2021.

Nel caso Viola, il ricorrente lamentava la violazione della dignità in rapporto al reinserimento ed al recupero della libertà di un condannato all'ergastolo ostativo che non collabora con la giustizia, ovvero non accusa né si autoaccusa. All'art.4-*bis* ord. penit. è prevista una presunzione assoluta di pericolosità del soggetto che non potrebbe essere vinta se non dalla collaborazione. La Corte EDU, invece, ritiene legittima la pretesa della collaborazione, ma spinge per una preferibile iniziativa legislativa per una riforma dell'art.4-*bis* che cerchi *aliunde*, in modo diverso, di valorizzare altre caratteristiche della personalità, diverse dalla pura e semplice collaborazione, indicative della mancanza di pericolosità del condannato.

Il problema è che vi è un'eccessiva enfattizzazione del valore della collaborazione, sia nella sentenza Corte EDU nel caso Viola, sia nella giurisprudenza costituzionale. Si afferma che essa sia sintomo di mancanza di pericolosità, ma essa può essere, al contrario, una strategia, o, peggio ancora, può essere estorta: illuminante il caso della 'collaborazione guantanamo' di Scarantino a proposito del processo per l'attentato a Borsellino e alla sua scorta che tanti danni ha arrecato all'accertamento della verità e, soprattutto, ai diritti fondamentali di tante persone. Come saggiamente ammoniva Mario Pagano "niuna fede merita quel reo che dalla impunità allettato altri per suoi compagni addita, perciocchè la impunità comprandosi a prezzo della denuncia de' delitti e de' complici, sovente il reo cerca la sua saggezza, fingendo delitti ed immaginando complici, non altrimenti che quegli che dee procacciarsi il vivere, spende la falsa, se non ha la vera moneta (*Teoria delle prove* (1786), in appendice a *Principj del codice penale* Milano 1803, cap XIII, pp.149-150)

Occorre, inoltre, tener conto che sul piano generale la Corte EDU non è contraria all'ergastolo – come pure la Corte costituzionale – ma ritiene che la pena debba essere riducibile, altrimenti si lascia il reo senza speranza, ovvero senza possibilità di inserimento. Considerazioni giuste, nel caso Kafkaris come in quello Vinter, ove si afferma che l'art. 3 CEDU esige che le pene siano riducibili, ossia tali da permettere all'autorità di verificare i progressi del condannato. Il condannato ha diritto di sapere fin dall'inizio dell'esecuzione della pena della possibilità di una eventuale liberazione e delle relative condizioni. Ha il diritto di conoscere il momento in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto. Inoltre, deve essere assicurato che, in caso di esito positivo, il condannato possa tornare in libertà, ed infine il provvedimento dev'essere corredato da una motivazione e dev'essere prevista la possibilità di ricorso giurisdizionale. Tuttavia, il riferimento all'esito positivo comporta che la Corte EDU non sia in generale contro la perpetuità della pena, in caso di esito negativo.

La Corte costituzionale, nella sentenza n.253/2019, relativa a reati ostativi e permessi premio, anticipa gli argomenti impiegati nell'ordinanza n.97/2021, affermando che la decisione valga per tutti i reati compresi nel co.1 dell'art.4-*bis* ord.penit.; la disposizione viene dichiarata incostituzionale nella parte in cui richiede la collaborazione processuale come condizione per l'accesso ai permessi premio, perché la presunzione di pericolosità viene vista quale relativa, cioè da superare se il magistrato di sorveglianza ha acquisito elementi tali da escludere che il detenuto abbia collegamenti

con l'associazione criminale o che vi sia il pericolo del ripristino di questi collegamenti. Quindi, la presunzione dev'essere vincibile attraverso la valorizzazione dei percorsi di risocializzazione.

Peraltro, viene da chiedersi, incidentalmente, che cosa si intenda per tali percorsi, visto che lavoro, studio, altre attività intramurarie si vedono con il lumicino nelle patrie galere. Ricordo, ad esempio, una visita presso il carcere di Rossano, in Calabria, ove erano detenuti un gran numero di ergastolani; ci fu mostrata una splendida manifattura di ceramica, che, però, occupava quattro detenuti sui trecento presenti in occasione del Convegno in carcere. Mi piacerebbe che la Corte costituzionale, che si apre a considerazioni quasi di tecnica risocializzante, spendesse qualche parola in relazione alla realizzazione di condizioni effettive perché un percorso di risocializzazione venga favorito.

La Corte afferma che l'incostituzionalità, per contrasto con i principi di ragionevolezza e risocializzazione, della presunzione invincibile va estesa a tutti i reati compresi nel primo comma dell'art.4-*bis* ord. penit., ben oltre l'associazione di tipo mafioso, ed anche ai reati per cui è prevista una pena diversa dall'ergastolo salvo poi dimenticarsene nell'ordinanza n. 97/2021. Ed opportunamente asserisce che, al di là del problema dell'ergastolo ostativo, è la presunzione in sé ad essere illegittima, perché è corretto premiare chi collabora, ma non è ammissibile punire ulteriormente chi non collabora. Da questo punto di vista la Corte ribadisce la necessità della verifica da parte del magistrato di sorveglianza del chiaro percorso di reinserimento.

Essa afferma anche che una generalizzazione a base statistica consente di rilevare che la mancata collaborazione sia sintomo di attualità dei collegamenti con il sodalizio criminale; ma, in realtà, da questo punto di vista l'argomento non regge, perché non si può ragionare in termini statistici, ma di valutazione individualizzante; tutto sommato, invece, nella prassi si trattano, in modo del tutto sganciato dalla realtà, più i titoli di reato che i singoli fatti ed autori, come dovrebbe avvenire in una prospettiva di prevenzione speciale. Naturalmente, si tengono fermi l'autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza e il ruolo dei rilievi del procuratore nazionale e distrettuale antimafia che attestino l'attualità dei collegamenti.

Nonostante tutti quegli ostacoli, è importante il passo avanti che la Corte costituzionale effettua con l'ampliare il campo a tutti i reati e agli autori contemplati dall'art.4-*bis*, facendo riferimento a scelte di politica criminale non coordinate e accomunate solo da una volontà repressiva, adottate in risposta a fenomeni criminali di volta in volta emergenti, con cui si è esteso l'art. 4-*bis* ad una serie di reati eterogenei; affermazione, questa, del tutto condivisibile.

Tuttavia, sul punto, la Corte si contraddice, successivamente, nell'ordinanza n. 97/2021. La Corte di cassazione ha sollevato, in riferimento agli artt.3, 27 co.3 e 117 co.1 Cost., questione di legittimità degli artt.4-*bis*, 58-*ter* ord.penit. e dell'art. 2 d.l. 13 maggio 1991, n.152, conv. con modif. in l. n.203/1991, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art.416-*bis* ovvero al fine di agevolare le associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia. Questa disciplina restrittiva viene valutata sulla base di argomenti già sviluppati sia nella sentenza Viola contro Italia sia nella precedente decisione della Corte cost. n.253/2019. Cioè, secondo la Cassazione, se ricorrono elementi sintomatici di un possibile ravvedimento, è evidente che essi possono servire a superare la presunzione assoluta di pericolosità. Quindi, aggiunge la Corte, intanto la disciplina dell'ergastolo si mantiene compatibile con la Costituzione, in quanto ai condannati sia concessa la possibilità di ottenere il beneficio della liberazione condizionale; e fa riferimento ancora

alla sentenza Viola, che pretende, sul piano della compatibilità dell'ergastolo con il divieto di trattamenti disumani o degradanti, l'esistenza di strumenti per la cessazione di una pena originariamente inflitta per la vita intera, in presenza di significativi passi avanti nel trattamento penitenziario. Secondo la Cassazione, dunque, effettivamente ci sono tutti i presupposti, sia nella Costituzione, sia nella CEDU, perché venga dichiarata l'incostituzionalità delle norme richiamate nella sua ordinanza.

La Corte costituzionale decide in base ad argomentazioni che ripetono quelle già svolte nella sent. n.253/2019; fa riferimento all'evoluzione della legislazione, citando la l. 25 novembre 1962, che concede la possibilità della liberazione condizionale e ai successivi allentamenti della disciplina, come l'applicabilità della liberazione anticipata, come viatico per raggiungere qualcosa che sembrerebbe, nella decisione della Corte costituzionale un esito più o meno irreversibile, cioè l'abolizione dell'ergastolo. Ma, come abbiamo visto, così non è!

Certo, la Corte ha fatto giustizia di una precedente decisione, 135/2003, che grida vendetta per la sua inconsistenza argomentativa ed assiologico-normativa. In essa la Corte aveva affermato che l'adesione o meno alla collaborazione era una libera scelta del condannato, senza tener conto che questa 'libera scelta' può essere condizionata dai gravi pericoli che può comportare per sé e per i propri familiari. Inoltre, viene ignorato il caso di chi sia innocente, e pur condannato, e dunque non abbia alcun modo di collaborare, a meno di inventarsi qualcosa; e qui la vicenda Scarantino ancora *docet*. Ammettendo, ora, la possibilità di superare la presunzione legata alla mancata collaborazione, la Corte apre alla possibilità di tener conto di percorsi diversi di reinserimento, relativi ad un ravvedimento, per quel che è possibile verificare attraverso un'osservazione durata molti anni, perché si fa riferimento a persone che hanno scontato 26 anni. Percorsi ben più verificabili rispetto a quelli della collaborazione, che, come abbiamo visto, può avere un valore addirittura criminogeno e può essere meramente strumentale.

La Corte, a questo punto, richiede criteri particolarmente rigorosi, che pur apprezzando la decisione, lasciano perplessi. Sarebbe stato opportuno che la Corte si fosse diffusa in ordine alla rigorosità del processo di integrazione sociale, agli elementi di valutazione, mentre l'argomentazione sembra un po' generica; come pure quella relativa ad una decisione non demolitoria, laddove la Corte rinvia al legislatore la gestione dell'incostituzionalità della normativa. Qui non si può essere d'accordo, in primo luogo perché compito della Corte costituzionale è lo scrutinio di conformità o difformità a Costituzione; la Corte non può avere obblighi o preoccupazioni politiche, tant'è vero che in molte decisioni che avevano a che fare con l'offensività o la sussidiarietà la Corte teneva a precisare di non poter entrare nel merito di quelle scelte, perché questo era compito della politica. Ma anche qui, allora, bisognava astenersi dall'entrare in politica, per così dire, affermando che il legislatore potrebbe attrezzarsi per individuare dei rimedi adatti a coloro che sono stati liberati senza aver collaborato. E dunque, la Corte, riprendendo le impeccabili argomentazioni utilizzate nella sent. n. 253/2019, in virtù dei propri poteri officiosi ex art. 27 l. 11 marzo 1953, n.87, avrebbe dovuto estendere in una sentenza di accoglimento, e non in una anodina ordinanza, gli effetti della sacrosanta decisione sia alla normativa relativa ai condannati all'ergastolo per reati non riconducibili al contesto mafioso, sia a quella relativa ai condannati a pene temporanee per uno o più dei delitti elencati nell'art.4-*bis* ord. penit.

In ogni caso, la richiesta di rimedi al legislatore che avrebbe giustificato la portata ‘non demolitoria’ della decisione in effetti appare assolutamente incongrua. In realtà, i rimedi sono ben noti: da un lato, la valutazione del lungo percorso carcerario secondo parametri usualmente adoperati ai fini della liberazione; dall’altro, dopo la liberazione, la libertà vigilata, che ha uno spettro applicativo vastissimo, dipendente proprio dalla individualità del soggetto, dalle circostanze, dal tempo e così via. Quindi, non si comprende quale altro strumento dovrebbe tirar fuori il legislatore che non sia l’attenta valutazione di un lungo percorso di recupero sociale e un’intelligente applicazione della libertà vigilata, un rimedio, per come è conformabile, che risponde adeguatamente a svariate esigenze concrete.

La Corte, dunque, perviene ad una decisione apprezzabile, ma manifesta una prudenza eccessiva; e, come afferma l’Inquisitore, è nel dettaglio che si nasconde il diavolo. La presunzione, infatti, resta: perché è bene ribadire che, secondo la Corte, per i casi di dimostrati e persistenti legami del detenuto con il sodalizio criminale originario, l’ordinamento penitenziario appresta apposito regime all’art.41-*bis* ord. penit. Dunque, finché operatale disposizione sussiste la presunzione di pericolosità. Ciò è paradossale, perché sulla base di un giudizio *ex ante* il soggetto viene presupposto come collegato attualmente alla criminalità organizzata e a ben vedere la valutazione di pericolosità attiene di regola a condotte tenute prima della condanna. L’atteggiamento processuale rappresenta un dato storicizzato, estraneo alla dinamica della fase esecutiva; esso può essere condizionato dall’esito delle indagini o dalla condotta dei coimputati, ad esempio, ma è altra cosa rispetto al percorso che si avvia e prosegue nella fase esecutiva.

La miscela di carcere duro e art.4-*bis* ord.penit. dovrebbe, in un contesto di risocializzazione, di conformità a Costituzione, sparire. Certamente, senza cedimenti nel contrasto di una pericolosità davvero attuale del soggetto; ma esistono possibilità e forme di controllo che non giungano fino ai limiti della tortura, come nel caso della riduzione a due delle ore d’aria, o della limitazione del diritto a ricevere libri, o di altre restrizioni che non hanno a che vedere con legittime esigenze di sicurezza, a tacer d’altro!

Volendo tirare le somme, un problema è sicuramente l’art.41-*bis* ord.penit., un problema è sicuramente l’art.4-*bis* ord.penit., un problema è sicuramente la coazione a collaborare; ma il vero problema è l’ergastolo, l’□□□□□□□□□□, questa chiusura in luoghi anche fatiscenti, incompatibile con la Costituzione, specialmente con gli artt.2 e 27 co.3 Cost.

Sull’ergastolo, una verità la disse Carrara (*Frammento sulla pena di morte*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Lucca 1874, p. 61 ss.), che si batté ardentemente contro la pena di morte e a favore dell’ergastolo, con un argomento che a me è parso addirittura l’unico spendibile a favore della pena di morte! Carrara, in sintesi, affermava che la pena di morte costituisse un esito molto favorevole per il condannato, che in un attimo si libera della sofferenza; mentre l’ergastolo, per noi cristiani – prosegue Carrara - significa soffrire, pagare giorno per giorno tutte le proprie colpe fino alla fine della vita. Aveva ragione, ma tutto questo, almeno per noi laici, è qualcosa di contrario alla natura umana, è orribile!

Vi sono Paesi come il Portogallo che prevedono un massimo di 20 anni di pena detentiva. Certo, si obietterà che la nostra realtà è diversa, tenendo conto della criminalità organizzata. Ma non è l’ergastolo a trattenere dalla commissione di reati: quest’ultima è una variabile indipendente dalla misura della pena. Quindi, quanto all’ergastolo, non resta che abolirlo.

Purtroppo questa ordinanza della Corte rappresenta, al di là di contenuti anche apprezzabili, una importante occasione mancata, un grave incidente di percorso, almeno per due motivi: da un lato, perché pur riconoscendo l'incostituzionalità della normativa in esame, la Corte si assume la responsabilità di rinviare, nella migliore delle ipotesi, di un anno l'avvio di un percorso di libertà per chi ne avrebbe diritto e, dall'altro, si affida ad un legislatore che, attualmente, non pare avere molto a cuore le ragioni dello stato di diritto, e che potrebbe rendere ancora più ardua la via dell'abolizione delle norme in questione: le prime, sconcertanti avvisaglie sembrano confermare queste sensazioni.

In conclusione, la Corte costituzionale ha scritto, a mio avviso, una pagina della sua storia di cui certo non potrà essere orgogliosa.



GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

La giustizia penale nell'età comunale fra *utilitas*, *veritas* e *mala fama*.

La ridefinizione dei caratteri del reo e del ruolo della persona offesa nel passaggio dal penale pattizio al modello inquisitorio

FRANCESCO FORZATI

ABSTRACT

In the Italian municipalities of the twelfth century, the criminal law does not represent a public law system but takes on a civil declination: the crime is a private matter that is resolved on the basis of a negotiation and agreement between the parties and the families involved, according to a compensation model based on to utility.

*The municipal pact criminal justice is overcome by the affirmation of the principle *Rei publicae interest, ne delicta remaneant impunita* which - contained in the *Inauditum* and *Ut famae* decrees of Innocent III - will claim in the thirteenth century the political and religious role of a papal iurisdiction that wants to control and correct the faithful.*

*Coercere et corripere has its core in the crime understood as a sin and supports the idea of an expiation penalty, in evident discontinuity with the utilitarian reasons of a compensatory and restorative penalty, left to the autonomy of the parties. If the settlement guaranteed the utility of the parties involved in the crime, the union between the *Iustitia* and the *Iurisdictio* shifts the penalty towards a metaphysical dimension that will be accentuated by the advent of the inquisitorial process. The trial as a search for *veritas* will leverage the basic mechanism of the *inquisitio*, fame, signaling a moment of re-definition of the purposes of criminal justice that is no longer limited to punishing crimes, but aims to arrive at an ethical and moral truth, sanctioning intention and inner guilt, rather than action and material damage.*

SOMMARIO: 1. Il penale pattizio nei Comuni italiani del XII secolo: il reato come affare privato. – 1.1. I patti fra privati per la prevenzione e la composizione dell'offesa: il risarcimento come rimedio alternativo alla pena; la *utilitas* come sostitutiva della vendetta. – 2. Il principio *Rei publicae interest, ne delicta remaneant impunita* e le decretali *Inauditum* (1199), *Ut famae* (1203) e *Novit ille* (1204) di Innocenzo III. Il raccordo fra la rilevanza pubblica dei reati, la eticizzazione dell'*iniuria* e la procedura di *inquisitio* nelle *causae sinodale*. – 3. *Iustitia est anima civitatis*: l'interesse pubblico alla punizione dei reati fra tutela della *Iustitia* e affermazione della *Iurisdictio*. – 3.1. Il processo inquisitorio comunale del XIII secolo. – 4. *Reipublice interest et etiam iudicis invenire hoc crimine et prevenire*. – 4.1. la *Iustitia* fra *veritas*, *culpa* e *mala fama* nel *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino. – 4.2. *Inquisitio et mala fama*: la giustizia penale canonista della *Veritas* vs. quella pattizia dell'*Utilitas*. – 5. Dall' utilità dell'accordo alla verità del giudizio: *mala fama* e *mala presumptio*. La *mala fama* come *presumptio verisimilis* – 5.1. *Mala fama* e tortura: la *purgatio* canonica. – 6. La

ridefinizione dei caratteri del reo e del ruolo della persona offesa nel passaggio dal penale risarcitorio al modello inquisitorio.

1. Nei Comuni italiani del XII secolo si afferma un modello penale di derivazione privatistica che - amalgamandosi con la matrice utilitaristica e mondana della realtà commerciale comunale - “si snoda lungo un percorso che passa innanzitutto per alcuni principi riferibili alla logica del diritto civile”, declinando l’offesa secondo moduli prevalentemente risarcitori ¹.

Nel penale medievale non è del resto facile distinguere il *crimen*-affare privato, dal reato che assume una valenza pubblica, stante la mancanza di uno Stato, di una sovranità e di una giurisdizione propriamente intesa: duelli, tornei, vendette private rappresentano l’effetto di *guerres particulières* che mettono costantemente a repentaglio la *pax civitatis*, attraverso aggressioni, violenze e delitti di sangue².

«Per quanto i poteri pubblici rivendicassero ai giudici e alla arena processuale la centralità della fase giudiziaria, le strategie di conduzione e di risoluzione delle controversie tra gli individui, tra le famiglie e tra le parti” perseguono l’immediata soddisfazione utilitaristica, più che la giustizia³: il ricorso alla trattativa privata o alla processo non viene visto in una prospettiva di alternatività o di “elidente concorrenza”, ma come «un insieme coerente di possibilità diverse entro cui cambiare e disegnare le singole strategie giudiziarie»⁴.

¹Così M. SBRICCOLI, “*Vidi communiter observari*”. L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, 102 ss.

²Significativo è il *crimen militiae private* che – posto in essere spesso per perseguire vendette private e/o faide familiari – determinerà stragi ed omicidi che metteranno a repentaglio l’ordine pubblico e l’incolumità collettiva. Sul punto vedi A. ZORZI, *Politica e giustizia a Firenze al tempo degli ordinamenti antimagnatizi*, in *Ordinamenti di giustizia fiorentini. Studi in occasione del VII centenario*, Firenze, 1995, 108 ss.

³Il carattere privatistico della giustizia penale nel comune italiano, nel feudo francese e nel *Land* austro-germanico derivò dall’autonomia politica; entità politicamente autosufficienti – dunque, indipendenti da impero, papato e monarchia – esse non sottostarono ad una giurisdizione superiore o comunque rivendicarono ampi margini di autonomia giurisdizionale. Da ciò la definizione di *communitas cum imperio*: entità sovrana - in quanto dotata di *Imperium* (potere di comando) - che si autogoverna. Ognuna di queste micro-sovrane garantirà ai consociati in tal senso, un’amministrazione della giustizia separata dai poteri sovraordinati, delineando un processo di *Kommunalisierung* politico e giudiziario, che rimanda ad una *protectio* di matrice localistico-tribale. Da ciò venne fuori un potere punitivo spontaneistico di estrazione rurale e commerciale, tribale e familiare tarata sul *dominium terrae*, che si collegava a cerchi concentrici securitari più ampi che rimandavano agli equilibri politici di un territorio, frammentato in plurime comunità. L’ossimoro della *Communitas cum imperio*, consociazione d’estrazione familiare e privata che si dota d’*Imperium*, ovvero di un potere supremo, tradizionalmente monistico e pubblico, evidenzia il pluralismo politico e giuridico di micro-comunità eterogenee “fornite di competenze legislative, giudiziarie e coercitive” autonome, unite al loro interno da un vincolo solidaristico ispirato alla *pax et concordia* di matrice etico-religiosa. Sul punto vedi P. BLICKLE, *Die Reformation vor dem Hintergrund von Kommunalisierung und Christianisierung. Eine Skizze*, cit., 9 ss. cui si rimanda per approfondimenti.

⁴ Così A. ZORZI, *Politica e giustizia a Firenze al tempo degli ordinamenti antimagnatizi*, cit., 108.

Ciò spiega l'adozione di strumenti giuridici eterogenei, se non addirittura contrapposti: rimedi e mezzi pacifici (tregue e paci)⁵, «violenti (faide e vendette), infragiudiziari (arbitrati e grazie) e sanzionatori (pene e ammende)»⁶.

La vocazione privatistica e conciliativa della giustizia penale dell'epoca spinge all'aggiramento del contesto formale del processo, modulato secondo un rito prevalentemente accusatorio⁷, per favorire la trattativa fra il reo e la persona offesa ed un accordo risarcitorio che tende a sostituire il meccanismo punitivo. Il perseguimento della concordia delle parti e della pacificazione sociale - anche in ragione della intrinseca fragilità della giurisdizione d'estrazione pubblicistica - viene dunque affidato ad un calcolo utilitaristico dettato da una "logica delle convenienze" che tende a misurare i rapporti di forze (intercorrenti fra il reo e l'offeso) secondo un "criterio economico": l'offesa dunque non rileva in sé, ma considerando l'appartenenza cetuale del soggetto attivo e passivo del reato⁸ e la loro capacità economica.

Incanalata in una prospettiva economico-utilitaristica, la giustizia penale comunale non persegue "finalità punitive ma mediatrici": la dimensione sanzionatoria resta dunque «assai esigua, limitandosi a sporadiche condanne quasi sempre di tipo politico o intese a colpire figure proto delinquenziali»⁹. Sul piano politico la transazione viene preferita alla pena perché garantisce una più immediata e duratura pacificazione fra gruppi sociali e familiari in conflitto¹⁰: va letto in questa logica, anche il frequente ricorso a patti negoziali che intendono prevenire l'insorgere di reati e di conflitti sociali.

Il calcolo utilitaristico - inteso come «conto del dare e dell'avere, del negoziare o dell'arrischiarsi» all'azione penale giurisdizionale - de «mette al primo posto la taglia dell'avversario, perché da essa si può prevedere se ci sarà alla fine qualche conveniente contropartita alle spese ed ai repentagli»¹¹.

⁵Sulla centralità del concetto di pace etico-religiosa nel medioevo ed i riflessi sul piano delle paci private e giudiziarie, vedi M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso. Giustizia vescovile, pratiche sociali e potere politico nella diocesi di Como nel tardo Medioevo*, in *Archivio storico ticinese*, II serie, 130, 2001, 186 ss., 194 ss.; ID., *La disciplina contrattata. Vescovi e vassalli tra Como e le Alpi nel tardo Medioevo*, Milano, 2000, 258 ss., 324 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi*, in *Studia Gratiana*, 20, 1976, 271-286; ID., *Delitto e pace privata nel diritto lombardo: prime note*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa. Atti del convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milano, 1980, 557-578; M. SENSI, *Per una inchiesta sulle paci private alla fine del medioevo*, in *Studi sull'Umbria medievale e umanistica. In ricordo di Olga Marinelli, Pier Lorenzo Meloni, Ugolino Nicolini*, (a cura di) M. DONNINI e E. MENESTÒ, Spoleto, 2000, 527 ss., 560 ss.; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, cit., 167 ss., 200 ss.; ID., *Pace e processo nel sistema giudiziario del comune di Perugia*, in *Quaderni storici*, 1999, 315 ss. A. ZORZI, *La giustizia, le pene, la pace*, in F. CARDINI (a cura di), *Storia della civiltà toscana*, I, *Comuni e signorie*, Firenze, 2000, 189-209.

⁶Così A. ZORZI, *Politica e giustizia a Firenze*, cit., 176.

⁷Per approfondimenti si rimanda ad D. EDIGATI, *La pace nel processo penale. Il caso toscano in età moderna*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento*, 2008, 14 ss.

⁸La giustizia comunale tenne in elevato conto la condizione personale e familiare del reo, l'appartenenza alla città ovvero alla cerchia di gruppi e famiglie conosciute (meglio ancora se facoltose, nobili e altolocate): circostanza che fu generalmente riconosciuta come "sintomo della ridotta potenzialità di pericolo insita nell'offensore". Così D. EDIGATI, *La pace nel processo penale*, cit., 11 ss.

⁹A essere sanzionati non erano tanto i malefici commessi, bensì la pratica della contumacia che si configurava in rapporto speculare alla citazione in giudizio. Il bando colpiva chi si sottraeva al confronto processuale, chi non rispondeva ai precetti, alle ingiunzioni del podestà, chi trasgrediva ai bandi che disciplinavano il porto d'armi, la deambulazione notturna, e alcuni comportamenti ritenuti immorali. "Di fatto, il bando era l'unica pena irrogabile di questo sistema processuale: vale a dire, la contumacia come reato, e il *bannum pro contumacia* sancito in molti statuti". Così A. ZORZI, *Pluralismo giudiziario e documentazione: il caso di Firenze in età comunale*, cit., 76.

¹⁰Vedi al riguardo M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, 26 ss.

¹¹Cfr. M. SBRICCOLI, "*Vidi communiter observari*". *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del*

L'*iniuria* resta dunque ai margini della giustizia negoziata; il disvalore sociale del fatto non pesa o comunque rileva meno delle parti coinvolte dal *crimen*: il risarcimento non è dunque proporzionato alla gravità dell'offesa, ma allo *status* del soggetto attivo o meglio al rapporto intercorrente fra le parti in causa.

1.1. Dispute, violenze e vendette fra individui e fra gruppi avversi vengono evitate *ex ante*, o risolte *ex post* attraverso veri e propri negozi giuridici, spesso stipulati davanti a un notaio¹²: si tratta di patti privati che presentano ricadute pubbliche sul piano del mantenimento della pace sociale e dell'ordine pubblico; si cerca di prevenire il conflitto ma anche di intervenire in un momento successivo all'offesa, allo scopo di risarcire l'offesa già intervenuta, evitando ritorsioni e vendette. Il risultato è quello di impedire e/o arginare l'allargamento del conflitto ad ulteriori soggetti¹³.

Tra i più antichi documenti che attestano l'esistenza di questi patti all'interno delle città comunali "vi sono tre celebri atti, detti *securitates*, che sono in realtà lodi arbitrali, risalenti alla fine dell'XI secolo" che fanno riferimento al Comune di Pisa¹⁴. Di queste *securitates* alcune ricadevano nel diritto pubblico in quanto atti di autorizzazione o protezione sovrana, come la cd. *carta securitatis* che "garantiva al titolare l'indisturbata libertà di transito e di commercio in un dato territorio". Riveste valenza pubblica pure il salvacondotto o *securum conductus*, inteso sia nel senso di beneplacito dell'autorità, sia nel senso di accompagnamento di sicurezza che il mercante otteneva dal signore del luogo previo pagamento di una somma a titolo di tassa o dazio.

In un secondo gruppo, di pertinenza del diritto privato, rientrano le *securitates de non offendendo*, mediante le quali due parti si impegnano ad una sorta di tregua che preserva la reciproca incolumità (di persone e beni); il successo di queste pratiche di "assicurazione" e/o di «pacificazione extraprocessuali si fonda sostanzialmente su tre elementi: il risarcimento economico, il vincolo giuridico e la pubblicità dell'atto»¹⁵.

Nelle *securitates de non offendendo* rientrano sia la *Carta pacis vel concordiae* che quella *De tregua facta inter hodiales et inimicos*¹⁶: quest'ultima prevede che la composizione *de homicidio sive hodie et guerra et inimicitia* si risolva in una *treguam et concordiam*, pattuendo *fidem et*

secolo XIII, cit., 83 e 84; A. ZORZI, *Conflits et pratiques infrajudiciaires dans les formations politiques italiennes du XIIIe au XVe siècle*, in *L'infrajudiciaire*, cit., 19 ss., 336 ss.

¹² Così A. ZORZI, *op. cit.*, 176.

¹³ Contraria alla connotazione interamente privatistica e negoziale delle "securitates" è in parte, la posizione di chi ritiene che ogni "atto di concordia" presenti implicitamente, ed in parte nasconda "un piano di intervento dell'autorità pubblica". Ciò sarebbe dimostrato dall'intervento allorché interverrebbero "forme di risarcimento al comune di parte della pena". In tal senso M. VALLERANI, *Pace e processo nel sistema giudiziario del comune di Perugia*, in *Quaderni storici*, 101, 1999, 315-353, qui 323-324.

¹⁴ Sul punto vedi S. MENZINGER, *Forme di organizzazione giudiziaria delle città comunali italiane nei secoli XII e XIII: l'uso dell'arbitrato nei governi consolari e podestarili*, in (AA.VV.), *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*, Frankfurt am Main, 2006, 113-134.

¹⁵ In merito alla pubblicità dell' "assicurazione" va evidenziato che "ogni atto era registrato, e i notai del podestà tenevano aggiornato un apposito "*Liber satisfactionum hominum civitatis et comitatus Florentie de nonoffendendo inter se*". Sul punto vedi A. ZORZI, *Pluralismo giudiziario e documentazione: il caso di Firenze in età comunale*, cit., 193.

¹⁶ La "*carta pacis vel concordiae*" e "la rubrica *De tregua facta inter hodiales et inimicos*" sono state ritrovate all'interno dell' "anonimo *Formularium florentinum* della metà del secolo XIII", parimenti ad "altre *artesonotariae* duecentesche di Ranieri da Perugia, di Salatiele, o di Rolandino dei Passeggeri". Per approfondimenti sul punto si rimanda a A. ZORZI, *op. cit.*, 191 ss.

*securitatem non offendendi inter se ad invicem, non offendere nec offendi facere, in personis vel rebus*¹⁷.

Rimesso interamente all'autonomia privata, il catalogo dei patti di protezione e di tutela è molto ampio: in alcuni casi, un soggetto si obbliga a tutelare persone terze o beni altrui, a volte con la difesa di una scorta armata e comunque con l'impegno di un intervento finalizzato a garantire la vita ed i beni dell'altro contraente; nel caso di una protezione non andata a buon fine, il garante è tenuto a risarcire il danno. Il risarcimento economico ha la funzione di compensare l'*iniuria* subita, sostituendo faida e vendetta privata che prevedono in risposta all'offesa, analoga e nuova offesa.¹⁸ La pacificazione economica persegue lo scopo di interrompere la catena delle offese, il sangue che chiama altro sangue e mina la concordia comune: il carattere soddisfacente dell'utilità negoziata rappresenta in tal senso un surrogato della vendetta.

La pace risarcitoria «cerca di incidere su uno scambio sociale ineguale o debitorio» che presuppone a fronte di un'offesa subita, la mancata consumazione della vendetta: «non è un caso che la *pax* che riconciliava le parti, è a sua volta indicata negli atti notarili col termine di *finis* o *quietatio* allo stesso modo della ricevuta di un debito soddisfatto»¹⁹. I vocaboli adoperati lasciano comprendere «la natura contrattuale degli atti di pace, nei quali la soddisfazione economica della parte offesa è elemento essenziale», espressione della cultura mercantile della società comunale che tende a monetizzare ed a mercificare ogni aspetto della vita sociale, dunque anche il reato e l'*iniuria*.²⁰ «L'entità della composizione finanziaria – in genere una somma di denaro ma anche, come attestato soprattutto nei documenti della prima età comunale (quando la circolazione monetaria era minore), beni immobili e mobili – è in genere proporzionata alla gravità dell'offesa e alla condizione sociale delle parti contraenti»²¹.

¹⁷ «Alla fine del secolo la frequenza di tali composizioni diede luogo addirittura a una tassa specifica, a una gabella «*de redditu rissarum factarum vacuis manibus de quibus pax apparuerit per publicum instrumentum*», che ancora nel 1338 garantiva una voce d'entrata significativa del bilancio del comune» di Firenze. *Ibidem*, 191.

¹⁸ *Ibidem*, 193.

¹⁹ *Ibidem*, 193.

²⁰ Il XIII e il primo terzo del XIV secolo sono il periodo della fioritura del ceto commerciale in molte città dell'Europa; nell'Italia comunale sin dal XII secolo «il vertice mercantile concentra nelle sue mani enormi ricchezze» e «forma lo strato dirigente delle città, il patriziato, che esercita un'influenza decisiva sul governo cittadino». «In nessun altro posto in Europa il ceto mercantile raggiunse altrettanta potenza economica e politica come nelle città italiane. In nessun altro posto uno strato tanto vasto di popolazione fu coinvolto nell'attività mercantile». Da elemento «secondario di una società in prevalenza agraria, qual era il mercante all'inizio del Medioevo», il mercante «si trasformò gradualmente in una figura di primo piano, nel portatore di nuovi rapporti che minavano i fondamenti tradizionali del feudalesimo. La mentalità dei mercanti si distingueva sotto molti aspetti in modo sostanziale da quella dei cavalieri, del clero o dei contadini. Il quadro del mondo, formatosi a poco a poco nella coscienza del ceto mercantile via via che esso andava sviluppandosi, entrava in contrasto con la visione del mondo degli altri strati e ceti della società feudale. La professione e il modo di vita degli uomini d'affari» ebbe decisivi influssi sul governo comunale e sulla sua idea di giustizia. Così A. Ja. GUREVIC, *Il mercante nel mondo medievale*, in A. GIARDINA – A. Ja. GUREVIC, *Il mercante dall'Antichità al Medioevo*, Roma-Bari, 1994, 63-99. «Le funzioni cittadine possono essere molteplici (si diversificano sempre di più) ma prende il sopravvento la mentalità mercantile che modella la sensibilità e i comportamenti. Molti artigiani sono dei commercianti a *part time*; l'artigiano salariato vende la propria capacità, il possidente una camera o un terreno, il giurista la sua scienza del diritto, il professore la sua cultura, il manovale la sua forza fisica, il giocoliere la sua abilità, la prostituta il suo corpo. I loro *ministeria*, i loro mestieri, sono ordinati in funzione di un sistema di reciproci scambi che gli uni (i teologici) chiamano il bene comune, e gli altri (i borghesi) il mercato, secondo un giusto prezzo fissato giorno per giorno in denaro sul mercato o sul posto di reclutamento. Perché il denaro è il sangue della città, il suo fluido vitale e il suo principio organizzatore». J. ROSSIAUD, *Il cittadino e la vita di città*, in AA.VV. *L'uomo medievale*, Roma-Bari, 1987, 157-71.

²¹ «Peraltro – a differenza di alcune città francesi in cui si usavano a tal fine delle tariffe consuetudinarie –, essa risulta difficile da documentare negli atti di pace dei comuni italiani, perché gli strumenti notarili tacciono il più delle volte sui contenuti economici dell'obbligazione». Così A. ZORZI, *op.ult.cit.*, 191.

2. All'origine della destrutturazione del sistema conciliativo e pattizio della giustizia penale comunale vi è la rilevanza pubblica del reato, avviata dal diritto canonico attraverso il principio *Rei publicae interest, ne delicta remaneant impunita*, contenuto in due decretali²² di Innocenzo III, la *Inauditum* nel 1199 e la *Ut famae* nel 1203²³. La pena che acquista interesse e rilievo pubblico si intreccia qui con la *potestas puniendi* d'estrazione teologica e canonista che si svilupperà sin dall'XI secolo, sulla scorta delle costituzioni e dei canoni dei concili generali.

Per quanto il penale canonico aderisca inizialmente ad un modello conciliativo²⁴ – come dimostrano le norme sulla pace di Dio e sulla tregua, promulgate dai concili a cominciare dal secolo XI, assunte dal I concilio generale del Laterano (1123)²⁵ – nel II e III concilio (1139 e 1179)²⁶ si sancisce «il dovere dei vescovi, quale obbligo del loro ufficio pastorale, di far osservare la pace o la tregua e di punire i trasgressori con le sanzioni canoniche»²⁷.

²²Col nome di *Decretales (epistolae decretales)* si solevano un tempo indicare le costituzioni pontificie di carattere generale, che, redatte in forma di lettera, contenevano spesso norme di diritto. Canonicamente tali norme, emanate dal sommo pontefice, avevano forza obbligatoria per tutti i fedeli, in virtù della sua suprema podestà giurisdizionale, che racchiude in sé il più ampio potere legislativo, tranne il caso che fossero indirizzate a determinate regioni, o a persone di determinata condizione (leggi particolari o speciali).

²³ Sul punto vedi M. MACCARRONE, *Innocenzo III e la feudalità: non ratione feudi, sed occasione peccati*, in AA.VV., *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (Xe-XIIIe siècles). Bilan et perspectives de recherches. Actes du Colloque de Rome, (10-13 octobre 1978), Publications de l'École française de Rome*, (trad.it) *Strutture feudali e feudalesimo nell'occidente mediterraneo (X-XIII secolo). Bilanci e prospettive di ricerche, Atti del Colloquio di Roma (10-13 ottobre 1978)*, Roma, 1980, 467 ss., 489 ss.

²⁴ In questa prospettiva il binomio *pax et concordia* coniugò le componenti etico-religiose del cristianesimo e della dottrina cattolica, con le esigenze pragmatico-utilitaristiche della *communitas christiana*, ponendosi quale valore/interesse condiviso di molteplici micro-sovraneità distinte, unite dal comune credo cristiano e dall'appartenenza territoriale, ovvero dall'identità familiare, territoriale e religiosa. Sul punto cfr. P. BLICKLE, *Die Reformation vor dem Hintergrund von Kommunalisierung und Christianisierung. Eine Skizze*, in P. BLICKLE, J. KUNISCH (a cura di), *Kommunalisierung und Christianisierung. Voraussetzungen und Folgen der Reformation 1400-1600*, Berlin, 1989, 9 ss. Il raccordo fra un penale etico, d'ispirazione religiosa, e l'utilitarismo tipico della giustizia negoziata, ebbe un suo peculiare sviluppo nei regni spagnoli del XII e del XIII secolo, non assimilabili alla struttura delle baronie e dei feudi francesi, né ai comuni italiani. A partire dal secolo XI, in Spagna si assisterà al progressivo delinearsi di entità politiche cristiane di ampio respiro, eredi da un lato del Regno delle Asturie, nucleo originario della resistenza cristiana all'invasione musulmana, dall'altro dei piccoli domini sorti lungo i Pirenei con l'aiuto e la tutela dei Franchi: regni che si consolideranno e si svilupperanno successivamente. Sul punto vedi per tutti J.A. MARAVALL, *El concepto de España en la Edad Media*, Madrid, 1964, 341 ss., 456 ss.; ID., *Stato moderno e mentalità sociale*, vol.I, (1972), Bologna, (ed.)1991, cit., 114 ss.

²⁵ Tregua di Dio e diritto d'asilo, diretta espressione della *pax et concordia christiana*, s'inseriranno appieno nell'impianto riconciliativo della giustizia penale negoziata feudale e comunale, quali mezzi di sospensione e di mitigazione della pena finalizzati a favorire trattative ed accordi idonei a garantire la pace delle città, bloccando conflitti insorgenti e guerre private. Sul punto vedi M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 164 ss.; 167 ss; ID. *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 139 ss., 142 ss.

²⁶Sul punto vedi M. MACCARRONE, *Innocenzo III e la feudalità: non ratione feudi, sed occasione peccati*, cit., 467.

²⁷Già intorno al IX secolo si affermò la prassi della visita annuale del vescovo alla propria diocesi, con lo scopo di predicare, impartire sacramenti ma anche affermare i valori evangelici attraverso la correzione e le pubbliche penitenze delle mancanze di fedeli e religiosi. Coadiuvati da funzionari regi, al servizio dell'autorità ecclesiastica, quando i vescovi giungevano in una comunità convocavano nei *synodalia iudicia* un numero di fedeli scelti tra gli uomini più onesti e rispettabili, facendoli giurare di rivelare tutti i delitti o i peccati dei membri della comunità di cui avessero conoscenza (la *denunciatio* evangelica serviva come base di validità per tale pratica). Era lo stesso vescovo che formulava le domande, proponeva agli *iuratores synodi* una serie di questioni inerenti ai gravi crimini o alle colpe, – la cui repressione o assoluzione competeva al *ministerium episcoporum* e infine, – se le persone sospettate indicate dalla denuncia pubblica confessavano, infliggeva la pena, se negavano imponeva loro il giuramento o l'ordalia. L'*inquisitio* nelle *causae synodales* sviluppò un modello di giustizia penale che fu esportato al contrasto ereticale nel corso del XII secolo: papa Alessandro III nel Concilio di Tours del 1163 stabilì una procedura per inchiesta nella quale un'apposita commissione doveva ricercare i casi sospetti di eresia e introdurre la causa dinanzi al vescovo; nel 1184 il papa Lucio III con la decretale *Ad abolendam* stabilì che ogni vescovo si recasse personalmente (o inviasse delegati) nelle parti della diocesi dove vi erano sospetti di eresia per svolgere l'*inquisitio haereticae pravitatis*, ricorrendo all'interrogazione e al giuramento dei fedeli. Sul punto vedi M. MACCARRONE, *Innocenzo III e la feudalità: non ratione feudi, sed occasione peccati*, cit., 467;

Nasce così la procedura di *inquisitio* nelle *causae synodales* che dota la Chiesa di un impianto processuale interno, in risposta all'esigenza di contrastare la (diffusa) criminalità dei chierici che sfruttavano le immunità del loro *status* per agire illecitamente senza subire conseguenze sanzionatorie. Molto utile nell'opera di controllo delle parrocchie esercitato dalla gerarchia ecclesiastica, la *inquisitio* si perfezionò fino a consentire al vescovo di agire *ex officio*, senza dunque dover dipendere dalle accuse dei testi, nei casi di delitto manifesto o *notorium*, di pubblica fama contro l'imputato o di semplice denuncia privata.

Tali forme di inchieste vescovili per controllare la moralità delle comunità diocesane furono poi utilizzate per il contrasto ereticale nel corso del XII secolo, conferendo forma più organica e completa all'*inquisitio famae*. Oltre a definire le competenze di una giustizia penale d'ispirazione teocratica, Innocenzo III ridisegna i modi e la struttura del processo, rendendo il procedimento inquisitorio canonico un modo di *persecutio* diffusamente applicabile a tutte le cause disciplinari e criminali che coinvolgessero uomini di Chiesa, in progressiva sostituzione di criteri decisori come ordalie o giuramenti.

Le esigenze di dotare il papa, i vescovi o i delegati, di strumenti di indagine più penetranti ed efficaci per poter contrastare delitti e illeciti disciplinari degli ecclesiastici contro i quali era difficile trovare accusatori o testimoni disposti a giurare, consigliava di svincolare il potere decisionario del giudice dalle rigide prescrizioni dell'*ordo* accusatorio basato su pubblicità e oralità del dibattimento. Il controllo delle parrocchie esercitato dalla gerarchia ecclesiastica, a partire dal XIII secolo, modifica il *modus inquisitionis* che perde il carattere di processo amministrativo disciplinare contro un prelado o un chierico, mantenendo la logica del sospetto derivante da una *insinuatio*, grave e ripetuta; l'uso della *denunciatio* evangelica, dell'*inquisitio* nelle *causae sinodale* e della *inquisitio famae*, da eccezione si trasforma in prassi, consentendo al vescovo di agire *ex officio* per perseguire la commissione di peccati²⁸.

E' questo contesto che si inquadra il principio del *Rei publicae interest, ne delicta remaneant impunita*, ripreso e chiarito dalla decretale *Novit ille* (del 1204) dello stesso Innocenzo III, che sancisce «il diritto ed il dovere del papa a correggere ed a punire con pene ecclesiastiche qualsiasi peccato mortale»²⁹: «*Nullus enim qui sit sane mentis ignorat quin ad officium nostrum spectet de quocumque mortali peccato corripere quemlibet christianum et si correctionem contempserit ipsum per districtionem ecclesiasticam coercere*»³⁰.

La decretale definisce le competenze della giurisdizione papale («*non intendimus iudicare de feudo, sed decernere de peccato*»), evocando un sistema punitivo di derivazione ecclesiastica

C. NATALINI, "Bonus Iudex". *Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, cit., 76 ss. M. SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 139 ss. e 142 ss.

²⁸La finalità di un controllo capillare dell'ortodossia religiosa dei fedeli e lo sforzo di fare applicare uniformemente in tutta la cristianità l'ordinamento giuridico canonico, condusse la Chiesa ad attribuire ai propri giudici poteri ispettivi sempre più penetranti. I pontefici e i canonisti costruirono progressivamente – dall'alto medioevo sino alla costituzione dell'Inquisizione romana nel 1542 – una forma di giudizio in cui erano presenti profili della tradizione germanica come il giuramento purgatorio, aspetti dell'inchiesta franco-carolingia ed elementi recuperati dal diritto romano come l'attenzione ai documenti e alle testimonianze.

²⁹Così M. MACCARRONE, *Innocenzo III e la feudalità: non ratione feudi, sed occasione peccati*, cit., 489.

³⁰Vedi M. MACCARRONE, *op.cit.*, 489.

improntato al *coercere et corripere*, che ha il suo nucleo nel reato inteso come peccato³¹, cui si lega il “dovere del Papa di intervenire, esercitando la *discriptio ecclesiastica*”³².

«Valorizzare, tra gli altri fini del governo, quello di non lasciare impuniti i delitti, vuol dire rivendicare» il ruolo prettamente politico della *iurisdictio*³³, che tuttavia assume in questo caso, una funzione etico-religiosa in quanto è la Chiesa a rivendicare il ruolo di controllare e correggere i fedeli³⁴. Ciò evidenzia che la giustizia d'estrazione pubblicistica, raccordata all'allargamento del potere punitivo attraverso il ricorso alla giurisdizione, si lega all'eticizzazione del reato, che viene di fatto assimilato al peccato: da ciò deriva l'idea di una pena espiativa di una colpa morale, in evidente discontinuità con i motivi utilitaristici di una pena risarcitoria e ripartiva, rimessa all'autonomia delle parti³⁵.

Viene qui in gioco la distinzione fra la procedura *ratione* e quella *potestate* (*ad concordiam trahat*) che è alla base della divisione fra il penale pattizio e quello giurisdizionale: la procedura *ratione*, *scilicet amicali compositione extra iudicium*, rimanda ad una ricomposizione dell'offesa privatistica basata sull'utilità³⁶; la procedura *potestate* contempera un'idea etica e verticistica di *Iustitia*³⁷ che sottrae la disponibilità dell'interesse leso al suo titolare, per consegnarlo all'ordine *iudiciario*³⁸. Il *Rei publicae interest, ne delicta remaneant impunita* – ricordato alla procedura *potestate* – segnala l'interferenza della *iurisdictio* papale con la giustizia comunale, legittimata dal primato del Sommo pontefice nelle questioni secolari inerenti all'ordine morale, rispetto alle quali il papa è “*omnium iudex ordinarius*”³⁹: le competenze etico-morali dell'ufficio pastorale saranno del resto alla base della costante incursione della giurisdizione papale nelle vicende temporali e consentiranno l'uso politico del diritto penale, quale strumento di affermazione della *plenitudo potestatis* del Sommo pontefice rispetto ad Impero e monarchia.

³¹I decretalisti che cominciarono “a glossare ed interpretare la Novit” – «contemporanei di Innocenzo III ed appartenenti alla medesima scuola canonista di Bologna, dominata dagli insegnamenti di Ugucione» – ampliarono la portata della *Novit ille*: la *ratio peccati* venne contrapposta alla *ratio feudi* senza tener conto della distinzione, fatta propria dalla decretale, fra “*censura ecclesiastica ed iudicium feudale*”. Secondo alcuni decretalisti, «*Iudex ecclesiasticus potest per viam denunciationis evangelicas seu iudicialis procedere contra quemlibet peccatorem etiam laicum, maxime ratione periurii vel pacis fractae*»: se il tradimento del giuramento e la rottura del patto di pace rappresentarono un peccato – prima ancora di un'iniuria sanzionabile dal diritto penale feudale – consentirono alla giurisdizione papale la possibilità di *iudicare de feudo*, senza distinguere le competenze e le sanzioni feudali da quelle ecclesiastiche. *Ibidem*, 501.

³²*Ibidem*, 489.

³³Le parti virgolettate sono di M. SBRICCOLI, “*Vidi communiter observari*”, *op. cit.*, 116 e 117.

³⁴Il *coercere et corripere* si pone in contrasto con l'idea di una giustizia conciliativa e pacificatoria, sostenuta anche dalla Chiesa, come evidenziato nella nota 21, cui si rimanda. Sul punto vedi M. SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 139 ss., 142 ss.

³⁵Sulla distinzione fra *poenae divinae*, dal carattere espiatorio-retributivo, e *poenae humanae*, tese all'*emendatio* del reo, vedi per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2008 (IX ed.), 239 ss.; M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 98 ss., 106 ss., 332, 346 ss.

³⁶Il termine latino *ratio* viene qui utilizzato non nel significato attuale di “ragione” e “senso” ma nell'accezione di vantaggio ed utile che rimanda direttamente ad un'idea pragmatica ed utilitaristica della giustizia. Sul punto vedi M. SBRICCOLI, *Crimen laesae*, 228 ss.

³⁷La pena rapportata alla *potestas* nel medioevo si sviluppa nella giustizia pluralista e localista raccordata al dominio feudale, per poi sfociare nel sistema verticistico della giurisdizione propria dell'*Imperium* monarchico-imperiale. Sulla distinzione fra *dominium*, *imperium* e *potestas* vedi BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, cit., 339 ss., 352 ss. Per una efficace visione d'insieme dell'evoluzione del diritto feudale nell'intera Europa vedi fra tutti MITTEIS, *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale* (Weimar, 1955, trad. it., Brescia, 1962) 13 ss., 111 ss., 174 ss., 225 ss., 303 ss., 417 ss.

³⁸Vedi M. MACCARRONE, *op. cit.*, 477.

³⁹*Ibidem*, 460.

3. “*Iustitia est anima civitatis*”: il motto tomistico, fatto proprio da Alberico da Rosate, segnala il prender piede di una giustizia penale di estrazione pubblicistica che ha nel Comune italiano il suo precursore⁴⁰. Se gli interessi presidiati dal penale comunale restarono privati, i mezzi e gli strumenti processuali si trasformano allorché nel XIII secolo il processo “dell’alto e medio criminale” inizia a differenziarsi dal processo criminale d’estraneazione civilistica: accanto all’utilità del privato, si afferma l’interesse *civitatis*⁴¹.

Il penale prende progressivamente i caratteri e le forme di un ordinamento pubblico non perché promuove, con l’attuazione della legge, un interesse dello Stato o dei cittadini, ma perché il processo diventa portatore del «principio di giustizia che è interesse della collettività»⁴². Se il *transigere* supporta l’*utilitas*, ovvero un interesse laico e pragmatico che si muove all’interno di un modello punitivo orizzontale, il bene della giustizia rimanda ad un penale etico che è retto da una *Iurisdictio* sovraordinata. Allorché l’interesse-oggetto di *protectio* – da tangibile e genuinamente comunitario, diviene un valore astratto come la *Iustitia* – l’ordinamento penale si sposta verso una dimensione metafisica, che favorisce la costruzione di un modello punitivo preventivo e personologico.

La *Iustitia* rappresenterà una concettualizzazione astratta che, attraverso la *iurisdictio*, assumerà valenza concreta, raccordando il potere sovrano al potere punitivo: non si tratta solo di non lasciare impuniti i crimini⁴³, quanto di non lasciare ai sudditi la gestione del territorio. Facendo leva sul principio di giustizia, la “disciplina dei *pacta de crimine*” prima ristretta al rapporto reo-vittima ed ai relativi gruppi familiari e cetuali, si allarga ad una terza parte, che rappresenta la città stessa, offesa in astratto dal reato.

L’interesse pubblico si inserisce però ancora “in un rito che è ancora privatamente introdotto, perché l’offesa è ancora sostanzialmente avvertita come la fonte di un danno che dà poteri di rivalsa, o diritto di ritorsione, in primo luogo, se non soltanto, a chi lo subisce”.⁴⁴

L’ingresso dell’attore pubblico nell’esperienza penale comunale avviene perciò gradatamente: la parte pubblica non è subito protagonista processuale ma agisce inizialmente, nelle vesti di un

⁴⁰Così ALBERICO DA ROSATE, *In primam Digesti Veteris partem Commentarij*, Venetiis, 1535; *De Iustitia et iure*, I, *Iustitia* n.5. Per un inquadramento dell’opera ed approfondimenti vedi M. SBRICCOLI, “*Tormentum idest torquere mentem*”. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell’Italia comunale, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 116.

⁴¹ Il paragone con l’ordinamento penale pubblicistico, che nell’accezione moderna si fa portatore di interessi *lato sensu* pubblici, potrebbe condurre a fraintendimenti ed imprecisioni ricostruttive: se per pubblico intendiamo interesse collettivo, a maggior ragione siamo fuori strada. La edificazione di un sistema penale realmente pubblicistico fu ben lontana dalla cultura politica e giuridica del XIII secolo, e di fatto irrealizzabile in un modello che non conobbe un’idea compiuta di sovranità, né di Stato. Il bene pubblico impersonò l’interesse privato e particolare del *dominus*, variamente inteso in rapporto ai gradi di dominio ed alla giurisdizione di competenza: signoria ed oligarchia locale, feudatario, monarca, imperatore. Ad onta di definizioni di mera facciata come *salus publica*, *quietis publicae* o *communis securitatis*, la tutela dell’interesse collettivo sarà inconcepibile nel penale altomedievale, così come in periodi molto successivi. Di fronte ad un processo penale che si avviava a divenire la risultante di un’azione pubblica, i beni oggetto di *protectio* penale continuarono dunque ad essere privati. “Il valore dell’*utilitas publica* (o *bonum civitatis*, *communis*, *reipublicae* ecc.)” non assume il senso dell’interesse condiviso ed allargato alla comunità, ma quello del “ripristino del concetto di autorità pubblica”: l’*utilitas publica* comprende “la difesa degli interessi dell’oligarchia”, l’affermazione della sua *auctoritas*, “il potere di agire sul comportamento dei cittadini” in via preventiva, ossia anche quando “non commettano crimini”. Vedi M. SBRICCOLI, *Polizia*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 378 e 379.

⁴² Così C. NATALINI, “*Bonus Iudex*”. *Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, cit., 101.

⁴³ Così M. SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, 103.

⁴⁴ Così M. SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, 78.

comprimario “che deve guadagnarsi il suo ruolo” di fronte ai due tradizionali interpreti della giustizia penale comunitaria negoziata, l'autore e la vittima, provvisti dei loro gruppi cetuali e familiari⁴⁵.

Per far entrare il soggetto pubblico nella dimensione sostanzialmente *privatistica* che caratterizzava le pratiche di giustizia all'interno della città⁴⁶, deve modificarsi la struttura del processo, “rafforzando il potere d'iniziativa del giudice, dilatando il senso e la casistica dell'*accusatio*, o escogitando inediti istituti del genere *compulsatio ad accusandum*, che consentono di rimanere dentro l'*ordo iudiciarius* consueto, salvano lo schema accusatorio, ma sono il puro risultato della proattività politica del giudice”⁴⁷. Le leve del controllo pubblico saranno progressivamente affidate al Giudice piuttosto che alle parti ed al processo anziché ad accordi negoziali, nella misura in cui il fenomeno di pubblicizzazione della giustizia toccherà i mezzi e gli strumenti dell'azione penale, senza tuttavia intaccare la natura – privatistica o comunque particolaristica – degli interessi in gioco⁴⁸.

La *Iustitia* istituzionalizzata si lega al penale pattizio, attraverso una “escogitazione teorica e tecnica” che scinde l'azione penale ed il correlato «interesse ad agire in due distinti versanti: uno che resta nella sfera della vittima, l'altro che si installa nella sfera della *commune civitatis*»⁴⁹.

L'intervento pubblico deve «individuare un profilo di danno che lo legittimi, ma muovere anche verso una forma rituale che gli consenta» di utilizzare la pena, strumento «che non si adatta al formato giuridico della transazione», che mantiene il carattere risarcitorio/conciliativo proprio dell'impianto civile⁵⁰.

Ciò spiega perché l'entrata del pubblico nel processo va – sino alla prima metà del XIII secolo – a rafforzare le dinamiche della giustizia negoziata: gli interessi tutelati dal processo pubblico convergono con gli interessi delle parti processuali, perché la *pax publica, seu civitatis* diviene «il fine primario, e condizione di legittimità delle *paces* stipulate dai privati»⁵¹.

Condizione per l'applicazione della pena è che la «città sia parte in causa in *omni delicto*, perché anch'essa offesa dal *delinquens*»: l'offesa subita crea in capo alla città uno *ius acquisitum* che non le può essere tolto, nè può essere diminuito dalle altre parti implicate nello stesso negozio. L'autonomia di queste parti va rispettata ma anche quelle della *res publicae civitatis*⁵², la cui tutela sarà alla base della “credibilità del potere politico” comunale sin dalla seconda metà del XIII secolo⁵³.

L'oligarchia della città comunale «tenderà a rappresentare il proprio interesse come interesse di tutti i cittadini, imponendo il principio ideologico in base al quale» è pubblico tutto ciò che è «coerente con il disegno dell'oligarchia» e deve perciò «prevalere sulla necessità dei singoli». Resta tuttavia presente l'aspetto transattivo e compositivo: si ragiona, cioè, sulla possibilità che la parte pubblica possa trattare «con l'offensore dopo che questi aveva ottenuto la *pax* dalla prima vittima»⁵⁴.

Fra il XIII e il XIV secolo, la giustizia penale di matrice pubblicista «coesiste con procedure di giustizie a conduzione privata, imperniate sulla transazione e sulle paci, rese in un certo modo, a loro

⁴⁵Le parti virgolettate sono di M. SBRICCOLI, “*Vidi communiter observari*”, cit., 75.

⁴⁶*Ibidem*, 74 e 75.

⁴⁷*Ib.*, 95.

⁴⁸*Ib.*, 86 ss.

⁴⁹*Ib.*, 86 e 87.

⁵⁰*Ib.*, 78.

⁵¹*Ib.*, 78.

⁵²*Ib.*, 103.

⁵³*Ib.*, 78.

⁵⁴*Ib.*, 78.

volta pubbliche, dal fatto di essere (almeno in prima fase) incoraggiate dalle autorità politiche e costituzionalizzate», in quanto «riconosciute e disciplinate dagli statuti»⁵⁵.

Nei reati ostativi della pace e della sicurezza comune si sviluppa la (nuova) idea della pena «pegno del *bonum commune*» che diviene «segno per eccellenza della pubblicizzazione del sistema»: la *pax civitatis* viene garantita da una pena che «cresce progressivamente di peso, importanza e frequenza», connettendosi “lungo tutto il XIII secolo” all’incremento di “bandi e confische”⁵⁶.

3.1. Per quanto la pubblicizzazione della giustizia penale nell’età comunale non si può porre in un rapporto di causa ad effetto rispetto all’ avvento del processo inquisitorio⁵⁷, è innegabile che il processo *per inquisitionem*⁵⁸ comunale del XIII secolo sarà funzionale alla logica del *ne crimina remaneant impunita*⁵⁹, sottraendo definitivamente ai privati – ovvero al reo, alla vittima ed ai loro familiari – «il ruolo di protagonisti della giustizia criminale per consegnarlo al potere pubblico»⁶⁰.

«L’avvento dell’inquisitorio rifonda, in un certo senso, la natura stessa della giustizia, cambiando di segno l’imputazione dell’interesse» che viene scisso dal titolare originario (il privato) e riservato alla pubblica accusa: l’introduzione dell’*officium*, ovvero “il dovere del funzionario pubblico” di avviare la liturgia processuale, rompe i precedenti equilibri compromissori ed entra da subito in contrasto con la funzione conciliativa e la trattativa e l’accordo fra i privati, alla base della giustizia patteggiata⁶¹: “ordalie, vendette, duelli, composizione private” da diritti e mezzi legittimi di autotutela, diventano reati perseguibili d’ufficio dal potere pubblico⁶².

La segretezza degli atti del modulo inquisitorio «accorda un notevole vantaggio (al potere pubblico) nel conflitto processuale», parimenti «all’estrema attenuazione delle prerogative della difesa; all’esercizio congiunto della funzione requirente e di quella giudicante. Per non parlare dei giudizi privilegiati *ex qualitate delicti*, nei quali a tutto il resto si aggiunge la facoltà di procedere *summarie, sine strepitu advocatorum, sine figura iudicii*, quando non *ad horas, o ad modum belli*»⁶³.

Il processo inquisitorio spazza via dunque il meccanismo dell’autogestione dei conflitti «di tipo feudale che non può non considerare la figura pubblica inopportuna perché intrusa, e in quanto pubblica, infida»⁶⁴: «la ragione del punire trasmigra dall’*interest alicui*, in base al quale viene perseguito l’autore di un’offesa, all’*interest civitati ne crimina remaneant impunita*»⁶⁵.

La giustizia penale egemonica viene sin dalle origini posta «in una logica di dilatazione, rafforzamento e preminenza della funzione inquisitoria»: la sovranità gestisce in maniera

⁵⁵ Così M. SBRICCOLI, “*Vidi communiter observari*”, cit., 87.

⁵⁶ *Ibidem*, 87.

⁵⁷ *Ib.*, 75.

⁵⁸ Il processo *per inquisitionem* succede “pur senza rimpiazzarla interamente, ad una composita prassi processuale precedente che solo convenzionalmente può essere definita accusatoria”. Sul punto vedi M. SBRICCOLI, “*Tormentum idest torquere mentem*”. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell’Italia comunale, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 114 ss.

⁵⁹ L’avvento dell’inquisitorio e la sua rapida diffusione nelle pratiche di giustizia delle città italiane non sono estranee” all’affermazione “del Comune come nuovo soggetto politico” ed “al profondo mutamento che tra l’XI ed il XIII secolo trasferisce poteri dalle campagne alle città”. Per approfondimenti a riguardo vedi M. SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, 114 ss.

⁶⁰ Cfr. M. SBRICCOLI, “*Vidi communiter observari*”, cit., 115 ss.

⁶¹ *Ibidem*, 116.

⁶² *Ib.*, 115, 116 e ss.

⁶³ *Ib.*, 117.

⁶⁴ *Ib.*, 116.

⁶⁵ *Ib.*, 116.

monopolistica tutte le fasi in cui si snoda l'amministrazione della giustizia punitiva, «dal potere di dare inizio all'azione penale fino all'esecuzione della pena»; la usurpazione del potere di amministrare giustizia e comminare (ed eseguire) le pene, da parte dei privati, integra del resto il reato di lesa maestà cittadina⁶⁶.

La pena diviene un dovere pubblico che non ha come scopo la soddisfazione della persona offesa, né il risarcimento dell'offesa stessa: interessa invece l'infrazione e l'esecuzione di una pena-castigo che espropri le parti private direttamente coinvolte, della disponibilità del diritto di ottenere soddisfazione/risarcimento dell'offesa subita.

La giustizia penale da materia rimessa all'autonomia privata, si trasforma in «uno dei criteri di misurazione della efficacia del potere di governo. Esercitare concretamente la funzione punitiva, e cioè produrre colpevoli, senza riguardi e discriminazione, diventa sempre di più elemento di legittimazione e stabilizzazione del potere politico»⁶⁷.

4. Il *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino, scritto a partire dal 1286⁶⁸, è fra i primi a delimitare i confini del penale negoziato, rispetto alla giurisdizione ed all'esecuzione penale di matrice pubblicistica, evidenziando la propensione preventiva che assume il nuovo corso della giustizia penale comunale.

I reati non possono costituire una questione privata poiché – come è chiarito da Gandino, nel paragrafo *De transactione et pace in maleficiis faciendis – domnis delinquens offendit rem publicam civitatis* dal momento che *ubi malefium committitur, et illum quem ledit*⁶⁹.

L'*iniuria* deve essere perseguita nel luogo in cui viene consumato il reato perché intacca gli equilibri della comunità, aggredendo e mettendo in pericolo la *concordia* e la *pax civitatis*: per ricostruire l'ordine preesistente rotto dal *crimen*, la città comunale deve farsi carico dell'infrazione di castigo.

Secondo Gandino solo un processo espiativo che, si stacchi dal rapporto reo-vittima e acquisti rilevanza *erga omnes*, è in grado di neutralizzare l'impatto dell'atto ostile sulla comunità.

Il *Tractatus* richiama il *Reipublice interest et etiam iudicis invenire hoc crimine et prevenire*⁷⁰ che – proveniente dal diritto romano, ma ripreso costantemente nei testi canonistici – introduce caratteri e scopi della giustizia penale assolutamente nuovi per la realtà comunale, che modificano alla radice il concetto del penale pattizio.

Allorché l'interesse pubblico a perseguire il reato s'accompagna alla necessità di scoprire e di prevenire il *crimen*, il potere punitivo non è più portatore di una mera reazione, ma diviene promotore di azioni: da spettatore e soggetto in qualche modo passivo, assume un ruolo attivo nell'amministrazione della giustizia, mostrando un'attitudine proattiva che spinge verso un modello coercitivo piuttosto che conciliativo, preventivo più che repressivo.

⁶⁶ *Ib.*, 117.

⁶⁷ *Ib.*, 116.

⁶⁸ Il *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino fu scritto, mentre quest'ultimo rivestiva la carica di giudice a Perugia tra il 1286 e il 1287: fu poi rivisto, corretto e completato a Siena (1299) e di nuovo a Perugia (1300). Il *Tractatus* è stato pubblicato da E. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin u. Leipzig, 1926.

⁶⁹ Vedi M. SBRICCOLI, "*Vidi communiter observari*", cit., 87.

⁷⁰ Vedi M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, in *Rechtsgeschichte Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 2009, 44, nota 32.

La giustizia penale attiva non attende la commissione del reato ma va a ricercarlo ed a sanzionarlo sul nascere, o addirittura prima: «appartiene a una mentalità inquisitoria ormai matura la certezza di trovare un crimine in ogni fatto giudiziario e questo spiega la preventiva disposizione a punire piuttosto che a giudicare mostrata nel corso del Trattato»⁷¹.

4.1. Se il “contributo del diritto canonico” è stato poco considerato nella ricostruzione degli influssi esterni sul *Tractatus de maleficiis* «a un esame attento si rivela invece strategico, perché Gandino usa le decretali come strumento tecnico per scardinare il tradizionale *ordo* accusatorio e costruire una prassi inquisitoria che consenta al giudice di indagare non solo quello che le persone hanno fatto, ma quello che le persone sono»⁷².

Sul piano ideologico, l'influenza più vistosa che il linguaggio canonistico opera sul *Tractatus* riguarda il ruolo della verità: centrale nei testi di Innocenzo III, la verità con Gandino diventa prioritaria e scardina necessariamente l'interesse di parte del processo accusatorio»⁷³.

La *veritas* è la leva che allarga le maglie del *coercere et corrumpere*, specie quando «si incontra con il meccanismo cardine dell'*inquisitio*, la fama»: l'attenzione prestata alla *fama* nelle prassi giudiziarie del secolo XIII segnala un momento di ri-definizione degli scopi della giustizia penale da parte del potere.

Il binomio *veritas-culpa* è il “nuovo criterio guida dell'azione giudiziaria”, che ricerca la verità, allo scopo di punire la colpa: «l'inquisizione – dice Gandino - è utile e da preferire perché con essa si raggiunge più facilmente la *veritas*, cioè la *culpa*».

Tra la verità che «il giudice deve raggiungere» nel processo pubblico e l'utilità dei «motivi privati» della giustizia privata «si apre un conflitto frontale»⁷⁴.

Sebbene anche il sistema accusatorio comunale intendeva accertare una verità, si trattava di una verità fattuale, piuttosto che una verità etica: l'obiettivo era favorire la composizione della lite, più che irrogare una pena; peraltro quella tipologia di processo – forgiato sulla contrapposizione fra due parti private – si reggeva sulla fondatezza della pretesa e sulla coerenza del racconto, rimesso soprattutto “l'abilità dialettica delle parti”⁷⁵.

Nel processo inquisitorio di contro, il giudice non deve più mediare, né favorire trattativa ed accordo fra le parti, ma è tenuto soltanto «a scoprire la verità: *quia quantum potest iudex veritatem tenetur inquirere*».⁷⁶

Ciò trasforma modi e scopi del processo penale comunale: nel precedente modello accusatorio, di stampo conciliativo, la *estimatio* del soggetto aveva un ruolo marginale, potendo rivestire una qualche importanza nella fase delle trattative, ma difficilmente giustificare una condanna; parimenti i rumori, le *voces*, le *opiniones* delle persone avevano un valore cognitivo basso.

⁷¹ Così M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, cit., 48.

⁷² Si esprime in questi termini M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, cit., 44.

⁷³ Così M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, cit., 47.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Ibidem*, 48.

L'importanza delle opinioni e delle dicerie muta allorchè è un ufficio pubblico a farsi promotore dell'azione penale ed a raccogliere indizi in via diretta. *Voces* e *rumor* assumono un valore giuridico sostanziale quando il giudice le convalida come elementi reali di un'*infamia facti*: si parte dalla *mala fama* per dimostrare i cattivi comportamenti che determinano il reato.

Il buon giudice diventa così l'interprete primo dei bisogni di autodifesa della comunità, ricavando la fama dalle *voces* che è tenuto a raccogliere: «*quod si contra istum reperiatur probatum per idoneos testes de publica fama et voce et a quo habuerit certam originem, et quod non processit a malevolis et sibi maledicis, sed a viris providis et honestis, et quod non processit ad denuntiationem paucorum, sed alicuius parochie aut maioris partis vicinie*»⁷⁷.

Si tratta di valutare «con chi e dove conversa l'incolpato, quali luoghi frequenta, la vita precedente, e chiaramente la fama che aveva»: «*habet considerare iudex cuius vita antea quis fuerit et cuius estimationis et fame et qualem vitam et habitum quis duxerit, item qualitatem maleficii*»⁷⁸.

È questa l'essenza dell'*arbitrium* che Gandino insegue nel corso del *Tractatus*, rivendicando per il giudice «il dovere/potere di definire cosa è vero, o vicino al vero, in base al suo arbitrio, vale a dire alla sua "intima convinzione": da ciò deriva l' *onnipotenza del giudice* che può giudicare una determinata persona verosimilmente colpevole anche in assenza di prove indiziarie sicure e anche al di fuori dei percorsi regolati dal diritto comune e dagli *alligata et probata*.⁷⁹

4.2. Il *Tractatus* pone la distinzione fra giustizia pubblica e privata nel solco dei diversi scopi perseguiti da una *Iustitia* ideale, ricercatrice di *veritas*, ed una *protectio* pragmatica, dispensatrice di *utilitas*.

Nella dialettica fra la *veritas* e l'*utilitas*, non si gioca soltanto la partita fra la giustizia pubblica e privata, ma soprattutto quella fra una giustizia etico-religiosa – che nella pena, vede l'infrazione di un castigo e dunque un'espiazione – ed una giustizia laica che mira esclusivamente a risarcire la vittima (e la famiglia della vittima) del danno subito.

«L'apparato inquisitorio, con la sua potente spinta a scoprire i peccati-reati occulti, si presenta a Gandino come lo strumento più adatto per animare una giustizia" eticamente orientata che non si limita a punire i reati, ma vuole approfondire la verità che si cela nella colpa⁸⁰: *quia inquisitio maioris est efficacit tam ratione iudicis quam cause veritatis*⁸¹».

⁷⁷ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. E. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, 39.

⁷⁸ È questa «la sequenza di elementi che il giudice *curiosus* deve indagare come prima cosa», ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., 160.

⁷⁹ «Il maggior numero di riferimenti del *Tractatus* all'arbitrio derivante dall'uso della coscienza del giudice si trova nella rubrica sulla tortura: la tortura non è regolata infatti da una dottrina certa, come lo stesso Alberto da Gandino evidenzia. Se in teoria tutti possono essere torturati – *militēs*, avvocati, *decuriones* – in pratica la decisione è affidata all'arbitrio del giudice che procede secondo coscienza. Vale a dire che deve decidere secondo la *qualitas* della persona e del crimine. Così il giudice "sagace" deve considerare con quale mezzo più facilmente si rinviene la verità; sempre all'arbitrio di uno *iudex curiosus* viene affidata la valutazione degli indizi sufficienti per comminare i tormenti; e la possibilità di scarcerare o meno, dietro fideiussione, un reo confesso». Così M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel de maleficiis di Alberto da Gandino*, cit., 58.

⁸⁰ *Ibidem*, 44.

⁸¹ *Idem*.

Mentre teorizza «la perfetta interscambiabilità tra la *veritas* e la *culpa*, tra conoscere la verità e *invenire un crimen*»⁸², Gandino lega il raccordo fra “l’interesse della *respublica*” e quello del giudice. Il pubblico inizia a prender piede attraverso un “giudice promotore, fiancheggiatore o suscitatore” che si fa interprete di un processo *instrumentum iurisdictionis*⁸³; d’altra parte, la rilevanza pubblica del reato si lega alla sua connotazione etico-religiosa, dando luogo ad un potere punitivo che entra nella vita della comunità, preoccupandosi di verificare la *mala presumptio* e la cattiva reputazione di persone e luoghi.

Il *crimen* non rileva solo per il danno prodotto, che può essere risarcibile, ma per la colpa che incarna: “i reati riflettono una colpa interiore, una predisposizione al male che inerisce alla persona e ne condiziona i comportamenti. È questa la *veritas* da indagare, ed essendo una *veritas* che scolora nella colpa” è una verità segreta, interiore, privata del reo.

La valenza pubblica del processo e della giustizia penale s’intreccia qui con la connotazione etico-morale del reato: per Gandino «le azioni degli uomini non sono solo *accidenti* esterni, ma riflettono una verità o un’essenza interiore più nascosta, che deve essere indagata dal giudice perché è da questa che nascono le cattive (o le buone) azioni».⁸⁴

Il reato per Gandino non va ricostruito in ragione del fatto e delle prove, ma in ragione della reputazione dei sospettati: la cattiva fama – anche in assenza di elementi probatori – è alla base della reità, laddove al contrario la buona fama, in presenza di dati indiziari compromettenti, rende il sospettato innocente⁸⁵.

La centralità della *mala fama* nell’orientare la verità processuale, rende il giudice – secondo la definizione di Alberto da Gandino – il riflesso della “coscienza del sistema” ma anche il punto di convergenza ed il destinatario finale dei sospetti e delle delazioni che riguardano il reo⁸⁶.

5. Nella dimensione etica del processo penale la colpevolezza *oggettiva* è un valore meno urgente della *verosimiglianza* di colpevolezza fornita dalla fama della persona incolpata”.

Ispirandosi ai testi canonistici, il *Tractatus* innova profondamente caratteri e scopi della giustizia penale comunale, arrivando ad attribuire alla fama «un rilievo inedito per i tribunali cittadini, facendone il momento iniziale di ogni procedimento *ex officio*»⁸⁷.

Il punto di partenza «è l’accezione della fama come un *argumentum* verosimile che il giudice, nella sua ricerca assoluta di verità, deve prendere in considerazione come presunzione di verità»⁸⁸.

⁸² Il principio trova un’immediata applicazione in apertura del trattato *de criminibus* di Tancredi, come evidenzia M. SBRICCOLI, “*Vidi communiter observari*”, cit., 76.

⁸³ Così M. SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, 76 e 77.

⁸⁴ Si esprime in questi termini M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, cit., 44.

⁸⁵ Sul punto vedi ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., 80, 81.

⁸⁶ Sul piano pratico «questo complesso intreccio di piani genera due questioni speculari: nella prima *quaestio*, la *vox populi* attribuisce un delitto a un uomo di buona fama senza altri indizi»; per Gandino il “privilegio della buona fama” che aveva la persona incolpata è più forte della *vox* a lui contraria. Dunque la *vox* non forma in tal caso una presunzione sufficiente per iniziare l’inchiesta (“*non debet ad inquisitionem iudicis animum promoveri*”). Se invece la stessa *vox* indica come colpevole un uomo di *mala fama*, allora diventa un indizio sufficiente per comminare i tormenti, anche senza altri indizi. In entrambi i casi è la “fama della persona” che funziona da regolatore della procedura: come privilegio se la fama è buona, come presunzione verosimile di colpa, se cattiva. *Ibidem*, 47.

⁸⁷ *Ibidem*, 48.

⁸⁸ *Idem*.

La acquisita centralità della fama “nelle pratiche di accertamento della verità” si basa sull’assimilazione fra *mala presumptio* e prova, ovvero la sovrapposizione fra verità (probatoria) e verosimiglianza (indiziaria): la *mala fama* nel processo inquisitorio diventa così il principale mezzo di sostituzione o integrazione del vero con il verosimile.

Che il rapporto fra verità e verosimiglianza, fama e colpa sia un passaggio fondamentale, lo rileva “la frequenza e la posizione strategica con cui” il tema viene affrontato “in diversi luoghi del *Tractatus*”⁸⁹: cinque rubriche approfondiscono il significato, l’origine, i criteri di conoscenza e gli effetti della buona e della cattiva fama⁹⁰.

In primo luogo, sulla persona dotata di una reputazione negativa grava – come Gandino chiarisce nella rubrica dedicata alla *mala fama* - una presunzione di colpa, che costituisce la prova di aver commesso un reato, ovvero un argomento verosimile di colpevolezza: «*et bene posui et dixi quod per talem famam solam potest ad questions procedi, quia talis fame probatio presumptionem facit et dicitur esse quoddam verisimile argumentum*».⁹¹

In secondo luogo, nella rubrica sulle “presunzioni e gli indizi”, la definizione di fama viene assimilata, nella prospettiva di un giudizio *ex ante*, ad una sorta di pericolosità presunta: «*nam qualis estimationis et fame quis antea fuit, talem enim eum esse presumimus*»⁹².

Gandino condiziona non soltanto l’attivazione, ma anche lo svolgimento del processo e la stessa condanna alla *mala fama*: una volta che la verosimiglianza sostituisce la verità, il sospettato si trasforma in reo manifesto; la cattiva fama è in tal senso, il presupposto necessario ad avviare il processo, ma anche “un potente indizio di colpevolezza” che ha un decisivo impatto sull’esito processuale, determinando una sorta di “precondanna”⁹³.

Va chiarita l’equivalenza fra buona fama ed i *boni mores* che comprendono il complesso delle regole di eticità che nella vita sociale si affermano come “*mores maiorum*”, determinando l’aspetto esteriore della moralità.

«La nozione di fama coincide con la presunzione personale, vale a dire lo stile di vita e i costumi della persona sospetta»: la condotta di vita precedente non rileva dunque, solo in termini di pericolosità, ma di vera e propria colpevolezza presuntiva.

Le «condizioni personali e i comportamenti dell’individuo conservano all’interno della comunità» testimonianze che – se poco incidono sulla ricostruzione del fatto di reato – molto inclinano sulla

⁸⁹ Gandino tende ad assimilare il “verosimile” al “vero”: «se il sospetto si è comportato male in passato è verosimile (= si presume) che anche oggi si comporti male, e dunque sia colpevole, e dato che il giudice nei casi oscuri deve ricercare le cose più verosimili la fama funge da prova»: «*que in preterita vera fuerunt sic esse vera et in eo statu hodie presumuntur... unde cum magis de isto verisimilius videatur, et in obscuris et in dubiis iudex habet imitari et inspicere ea que verisimiliora et vero aptiora esse videntur*». L’ “indizio verosimile si rivela il punto di svolta” perché diventa la premessa dell’ammissione di colpa: «*quia cum apparet per probatam eum esse et fuisse hominem male fame, et talis fame probatio indicium faciat et verisimile argumentum et semiplenam probationem adducat*». Equiparato il *verisimile argumentum* ad una prova semipiena, la *mala fama* diviene prova presuntiva di *culpa*, che nell’ottica del (necessario) raggiungimento di una *veritas* (processuale) impone ulteriori approfondimenti. Cfr. ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., 65 e 66.

⁹⁰ Alberto da Gandino riprende, in parte, un precedente *Tractatus de fama* di Tommaso da Piperata, apportando importanti cambiamenti. Per approfondimenti si rimanda a M. VALLERANI, *op. cit.*, 49 ss.

⁹¹ Così ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, X. 5.34. 4.

⁹² «*Et hec talis presumptio presumptionem facit et credulitatem inducit ... et ideo ex tali presumptione bene potest ad questions procedi cum semiplenam probationem adducat*». Così ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., 80, 81.

⁹³ Questa forma di precondanna riguardava ad esempio i *latrones famosi* che rischiavano di venir sottoposti a supplizi intesi a estorcere loro un’immediata confessione, senza che si procedesse nemmeno al prescritto accertamento degli indizi.

moralità ed i costumi del sospettato, secondo quanto afferma lo stesso Gandino: «*qui bonis moribus se gubernat, bonam famam acquirit et dignoscitur esse sue civitati placabilis et dilectus*»⁹⁴.

Nelle rubriche dedicate agli indizi, il rilievo processuale della fama tuttavia si complica, nella misura in cui Gandino distingue la (buona o cattiva) fama presso la comunità come segno di riconoscimento permanente di una persona (chiamata spesso *estimatio*); l'esistenza di una fama come *vox* se l'inquisito abbia compiuto o meno quel reato.

Se nel primo caso, la fama delinea la condotta di vita o al massimo la pericolosità sociale; nel secondo caso la fama è perimetrata su un reato, evocando un concetto che – per quanto grezzo – si avvicina alla colpevolezza.

La commistione fra queste due diverse accezioni di fama rappresenta uno dei punti più controversi del *Tractatus* e viene a maturazione nel capitolo sull'*arbitrium*, quando Gandino giustifica, «in base a una forzata equazione di grandezze diverse», la sola fama della persona “come indizio sufficiente a comminare la tortura».

A sostegno di questa tesi Gandino espone «una teoria della fama come riflesso di un dato naturale inerente all'uomo: uno strato profondo del modo di essere che non cambia con il tempo e segna la persona per tutta la sua vita»: in questo senso la fama si lega all'immutabilità dell'*ordo* che crea personalità e nature benigne o maligne che si mantengono immutabili, secondo logiche imponderabili⁹⁵.

Da ciò il concetto di “fama intrinseca” che connota una natura originariamente buona o cattiva, che si cristallizza nel tempo in termini di immutabilità⁹⁶.

5.1. Gandino fornisce vari consigli tecnici al *bonus iudex* per giungere a tratteggiare una *fama* del reo vicina alla verità: lo incoraggia a seguire una prassi induttiva che penetri nelle sfere più riposte della vita del reo, tenendo conto delle frequentazioni e delle amicizie, dei luoghi di origine, della vita condotta precedentemente, ma anche di altri parametri come l'aspetto fisico, il carattere, l'inclinazione alla violenza⁹⁷.

Per raggiungere la verità nei casi di *mala fama*, il giudice, secondo Gandino, ha l'obbligo morale, prima ancora che giuridico, di «torturare il sospetto, dovendo *inquirere veritatem* con tutti i mezzi a disposizione»⁹⁸.

⁹⁴Cfr. ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., 53.

⁹⁵La naturalità della fama è in *Tractatus*, a p. 83, per la buona fama: «quia naturalia non ita de facili mutantur, sicut que ex accidenti proveniunt» che rimanda a I. 1.2.1 e 11 *De iure naturali*, dove si afferma che gli *iura naturalia semper firma permaneant*. Così ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., 84.

⁹⁶“Nella versione positiva, la buona fama della persona è valutata soprattutto come privilegio, che premia sia una natura originariamente buona (fama intrinseca) sia il buon comportamento verso la città: è la fama *extrinseca* che una persona acquista presso la comunità di appartenenza: “*quam hic Titius acquisivit tam ex bonis moribus sue terre quam ex sua conversazione laudabili*”. Vedi ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., 36.

⁹⁷È chiaro che in questo sistema la fama della persona acquista un valore indiziario altissimo, e qui si apre la questione più strettamente probatoria; in una questione apparentemente di scuola, ripresa dalle sue fonti, Gandino stabilisce che in un processo, una testimonianza *de visu* contraria al reo costituisce un indizio sufficiente per comminare i tormenti. Vedi ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., 46. Questa prima equivalenza gli serve per sostenerne una seconda, più pregnante: anche in base a una *publica vox et fama* sorta da parte di persone degni di fede, è possibile torturare l'accusato, perché la fama, equiparata al detto di un solo teste, costituisce una semiprova: («*dic quod secundum iura canonica talis fame probatio semiplenam probationem adducit et equiparatur dictum unius testis, et ex semiplena probatione, ut ex dicto unius testis, proceditur ad tormenta ... et sic servant communiter assessores, quamquam per iura civili possit dici contrarium*»). *Ibidem*, 47 e 48.

⁹⁸*Ibidem*, 40 e 47.

Da queste premesse viene fuori il terzo passaggio del *Tractatus* sulla *mala fama*, forse il più importante, che si trova nella rubrica sulla tortura, dove si traggono conclusioni poco argomentate che si sviluppano sulla base di “salti logici” che promuovono il sospetto a verità.

Il *Tractatus* qui incoraggia il giudice a ricorrere all’arbitrio, utilizzando la tortura come mezzo di accertamento della verità: la tortura assume più precisamente, la funzione di svelare la (verità di una) colpa presunta attraverso la confessione del reo, confessione che acquista anche valenza di contrizione e pentimento dalla colpa.

Non a caso, Gandino fa riferimento alla cd. *purgatio* canonica, che purga il peccatore del peccato: la *mala fama* – intesa come *publica seu famosa insinuatio* – legittima a purgare il sospettato.

Ergo si può torturare una persona in base alla sua *mala fama preterita*, presumendo che colui che in passato aveva goduto di una cattiva reputazione, possa porre in essere comportamenti malvagi nel presente e nel futuro («*nam qualis estimationis et fame quis antea fuit, talem enim eum esse presumimus*») ⁹⁹.

Gandino deve confrontarsi tuttavia con le restrizioni alla tortura poste dagli statuti comunali: i giudici nella pratica devono seguire la legge municipale e quindi se lo statuto regola “come dare i tormenti”, i giudici «*secundum illam legem municipalem procedendum est et non aliter*». Se di contro lo statuto attribuisce ai giudici un libero *arbitrium*, questi possono torturare anche in base a un solo indizio, come la fama.

E qui Gandino usa una definizione di arbitrio densa di conseguenze politiche e giuridiche, equiparando l’*arbitrium* alla coscienza del giudice che – secondo fonti tratte dal diritto canonico – quando lo ritiene necessario può ricorrere ritiene alla *purgatio* canonica: Gandino equipara la tortura alla *purgatio* attraverso delle equivalenze incerte fra diritto comunale e diritto canonico.

Partendo dall’assunto che la fama intesa come *publica seu famosa insinuatio* legittima un sospetto che deve essere purgato, Gandino ritiene che il sospetto debba tradursi in verità attraverso il ricorso alla tortura¹⁰⁰: in questo modo Gandino consente al giudice non solo di iniziare un processo in base alla fama, ma soprattutto di disporre la tortura contro persone di *mala fama* per le quali non si abbiano altri indizi, inducendoli ad una confessione in grado di legittimare la pena.

6. L’avvento della giustizia penale d’apparato e l’affermazione del processo inquisitorio – riconducibile “all’emergenza politica che caratterizzerà le città in crisi di legalità ed autorità” nel XIII secolo – trasforma il ruolo del soggetto attivo e passivo all’interno del reato.

Da attori e protagonisti principali della giustizia penale negoziata, il reo e la vittima del reato divengono dei comprimari, sino a trasformarsi in elementi puramente accessori: titolare soltanto di «quelle azioni di allertamento della giustizia pubblica che il penale più maturo avrebbe distinto in querele, denunce, delazioni, indicazioni o referti», la persona offesa non “accusa più per ottenere riparazione”, ma per soddisfare un desiderio/sentimento di giustizia, che non le conferisce un ruolo processuale significativo; tanto che non è legittimata a «stare in giudizio come accusatore»¹⁰¹.

⁹⁹*Ibidem*, 66.

¹⁰⁰*Ib.*, 66.

¹⁰¹ Così M. SBRICCOLI, *Vidi communiter observari*, cit., 90 e 91.

Assurge invece a nuovo protagonista della giustizia penale il delatore, colui che denuncia allo scopo di ricevere il “vantaggio promesso dall’autorità pubblica”: il concetto di giustizia polarizza il senso e lo scopo della pena che non assume più carattere satisfattorio, né risarcitorio per la vittima¹⁰².

Nel passaggio dal penale risarcitorio al modello inquisitorio, il baricentro dello *ius puniendi* trasforma dalla vittima al reo: superato il problema del risarcimento dell’offesa e della soddisfazione della persona offesa, la giustizia giurisdizionale si occupa principalmente del reo, della sua personalità e del suo contenimento sociale.

In questo spostamento dell’interesse e dell’oggetto dell’attenzione, va colta un’esigenza tecnico-giuridica ed una priorità politica. Se la parte offesa evocava il danno e la materialità del fatto, che a sua volta si faceva interprete dell’utilitarismo e del pragmatismo della giustizia penale negoziale, la figura del reo richiama colpa morale e pericolosità sociale: da ciò lo spostamento dell’asse penale da una dimensione fenomenica e concreta, ad una struttura etico-morale e personologica.

L’*officium iudicis* risponde del resto “a una nuova impostazione politica del problema della giustizia” che partendo dall’accertamento della verità, va oltre il governo dei corpi, del sangue e della terra per impossessarsi delle anime, delle idee e dei pensieri dei sudditi: sorpassata l’anima conciliativa e la componente risarcitoria della pena, la giustizia penale diventa puramente coercitiva e si muove in una logica preventiva; distribuisce sanzioni ed infligge castighi, mirando a neutralizzare i pericoli per l’ordine e per il potere preconstituito.

Allorché il reo diviene il nucleo del sistema punitivo, si fa strada una nuova “grammatica sociale che legge empiricamente i segni della colpevolezza nei modi di presentarsi della persona”, nella sua condotta di vita, nella sua moralità.

La colpa da fenomenica diventa ontologica («*cum sibi habet imputare eo quod sua culpa se fecit hominem male fame et condicionis*»)¹⁰³ e si deduce dalla *maior pars loci* (città, parrocchia, villa, castello) che stabilisce la buona o cattiva fama, determinando se il soggetto sia *dilectus civitati o indignus*.

La fama negativa si trasforma in indegnità morale, poiché è un’offesa commessa contro i buoni costumi della città («*videatur fecisse contra bonos mores sue civitatis*»)¹⁰⁴, ovvero una colpa sociale («*dum se sua sponte constituit et se fecit hominem male fame*»)¹⁰⁵ che il reo infamato deve purgare con la tortura e con la pena («*ut etiam ex tali improbitate et malignitate sua penam et non premium consequatur*») senza attendersi aiuto dalla sua città («*quia frustra iuris civitatis implorat auxilium qui contra illud commisit*»).

Nel sistema inquisitorio è la fama o la *mala fama* del sospettato di reato, piuttosto che il fatto particolare da provare, ad attivare l’azione penale.

“Il crimine di una persona di *mala fama* consiste in primo luogo nell’essere diventato quello che è”: «*dum se hominem male fame et condicionis constituit, se ipsum sua bona fama privavit et fuit sibi ipsi crudelis*»¹⁰⁶.

¹⁰² Così M. SBRICCOLI, *op.ult. cit.*, 91 nota 45.

¹⁰³ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., 67 e 68.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 160

¹⁰⁵ «*Cum sibi habet imputare eo quod sua culpa se fecit hominem male fame et condicionis*». *Ibidem*, 67.

¹⁰⁶ Tempo prima, Guido da Suzzara aveva raggiunto in una glossa il medesimo risultato, ma almeno gli era rimasto un dubbio: alla domanda se si poteva torturare in base alla presunzione aveva risposto «*sic de facto, licet forte de iure non*». Ora invece gli infamati sono sempre colpevoli, perché hanno commesso «*iniuria contra mores civitatis*», si trovano isolati e respinti dalla città. *Ibidem*, 160.

Alla reputazione che la comunità assegna ad ogni suo membro, che nella giustizia negoziata, assumeva un peso trascurabile, il processo inquisitorio sostituisce una fama di tipo canonistico che ancora l'inchiesta penale "a una diffusa conoscenza collettiva della parrocchia, che funzionava secondo meccanismi di autocontrollo sociale utilissimi al giudice comunale"¹⁰⁷.

Il giudizio penale verte così sullo *status* della persona (*libertas, familia, civica*) e sulla sua considerazione sociale, ovvero sui dati caratteriali e comportamentali riportati dai giudizi e dalle voci popolari: per quanto il giudice possa selezionare la *publica vox et fama*, restringendo le testimonianze a persone attendibili e degne di fede, la fama resta un concettualizzazione immateriale e volubile, condizionata da una serie di contingenze e da fattori emotivi (invidia, inimicizia ecc.) che sono alla base della delazione.

La "fama negativa o infamia" che si sparge "nella *vicinia*" assume nel contesto inquisitorio un decisivo valore indiziario, quale «una *presumptio verisimilis*, in cui il passato illumina il presente secondo il principio che chi ha compiuto il male una volta tende a ripeterlo»¹⁰⁸: su questa presunzione è costruita la «infamia tecnica che Innocenzo III aveva messo al posto dell'accusa come motore primo di ogni inchiesta (*quasi fama denunciante*)»¹⁰⁹.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Ibidem*, 65–66.

¹⁰⁹ "In mancanza di riscontri certi, è possibile ipotizzare che la formulazione della fama come semiprova sufficiente a comminare la tortura sia effettivamente di Gandino". Così M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, cit., 48 cui si rimanda per approfondimenti.

‘Reati culturalmente orientati’ contro donne e minori: opzioni politico-criminali e scelte normative

VALENTINA MASARONE

ABSTRACT

In the criminal law field, the rise of multiculturalist claims questions whether and how cultural factors are to be taken into account, especially when a “culturally different” subject brings about behaviours upon infringing the host State’s set of rules, which may be tolerated, authorized or even imposed by the native cultural environment. Criminal justice can treat culturally driven judicial cases with indifference/intolerance or by taking into appropriate consideration the effects that cultural influences can produce on the different structural levels of crime, or outside of it. The analysis of these problems will be conducted by taking into particular consideration the issues and cases involving women and children.

SOMMARIO: 1. Società multietniche, preservazione della cultura identitaria, donne e bambini come destinatari di ‘restrizioni interne’ al gruppo di appartenenza. – 2. Pluralismo culturale e diritto penale: le possibili opzioni politico-criminali al vaglio dei principi costituzionali. – 3. La tendenza verso un modello ‘assimilazionista discriminatorio’ nelle scelte del legislatore italiano. – 3.1. In particolare, la fattispecie di mutilazioni genitali femminili (art. 583 *bis* c.p.). – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il ‘multiculturalismo’ può essere sinteticamente definito come “un complesso di fenomeni riconducibili alla coesistenza di differenti identità culturali [...] tese a rivendicare un’appartenenza comunitaria”¹. Facendo riferimento a quella diversità culturale che trova radici profonde nell’appartenenza ad una certa etnia o comunità nazionale², la natura ‘multiculturale’ di una società può derivare dal suo carattere ‘multinazionale’ – vale a dire dalla presenza di minoranze nazionali autoctone, originariamente autonome e successivamente assorbite nello Stato, per effetto di processi di colonizzazione, conquista o confederazione – ovvero dalla sua composizione ‘multiethnica’, dovuta essenzialmente all’immigrazione di individui e famiglie³. Ebbene, per effetto degli intensi flussi migratori degli ultimi decenni, la realtà europea e quella italiana, in particolare, sono sempre più connotate in senso multiethnico.

¹ A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, *Legalità penale: tre atti di una crisi*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 22.

² Si tratta del concetto elaborato dal filosofo canadese Will Kymlicka di *societal culture*, richiamato da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 38 ss. e da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 23 ss. V., inoltre, E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Roma, 2006, 95 ss., che descrive tale concetto come esempio di apertura del pensiero *liberal* alle istanze di riconoscimento identitario.

³ Cfr., F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1301 ss.; ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 43 ss.; A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, 2010, 34 ss.; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 26-27.

La crescente presenza di “gruppi etnici di minoranza, formati da immigrati i quali, oltre alla loro forza lavoro, stanno importando sul suolo europeo anche la loro ‘differenza culturale’”⁴, ha, quindi, fatto emergere, anche in ambito europeo e per l’ordinamento italiano, il problema della rilevanza da attribuire al ‘fattore culturale’ nelle molteplici sfere della vita sociale. Si tratta di una questione che, con particolare riferimento al settore penalistico, assume profili di peculiare complessità, dal momento che la ‘diversità culturale’, in alcuni casi, può manifestarsi attraverso comportamenti espressivi di valori – etici, religiosi, politici, culturali in senso ampio – differenti e finanche contrastanti con quelli nei quali s’identifica, a livello locale, la cultura maggioritaria. Può accadere, allora, che condotte tollerate, autorizzate o persino imposte, nel contesto culturale da cui il soggetto proviene, violino le norme dell’ordinamento di accoglienza, offendendo beni giuridici, in tale ambito, penalmente tutelati.

Infatti, il diritto penale non è ideologicamente o culturalmente ‘neutro’⁵, perché è e dev’essere posto a presidio dei valori fondamentali della società, storicamente data, in cui è destinato ad operare, in relazione a condotte materialmente individuabili, che causino l’effettiva lesione di beni-interessi meritevoli di protezione. Il contenuto delle norme penali è, dunque, diretta espressione dei valori posti a fondamento della cultura maggioritaria. Nel caso in cui soggetti culturalmente ‘diversi’ agiscano sotto l’influsso di condizionamenti culturali, che attengano a quegli stessi valori, ma operino in senso divergente rispetto alla cultura dell’ordinamento di accoglienza, si pone il problema di stabilire se e in che modo, agli effetti del diritto penale, possa o debba attribuirsi rilievo al fattore culturale.

La prassi giudiziaria dimostra che le condotte penalmente rilevanti orientate da una motivazione culturale⁶ sono prevalentemente tenute in danno di soggetti ‘deboli’, quali donne (spesso minorenni) e bambini: violenze in famiglia (maltrattamenti e sequestri di persona); reati a difesa dell’onore, inteso come onore familiare o di gruppo, onore sessuale ovvero onore personale; reati di riduzione in schiavitù; reati contro la libertà sessuale, commessi in negazione della libertà di autodeterminazione sessuale della vittima; mutilazioni genitali e tatuaggi ornamentali ‘a cicatrici’ (scarificazioni); reati connessi al rifiuto dei genitori di far frequentare ai figli la scuola dell’obbligo⁷. In proposito, è stato osservato che “pur con modalità molto diverse, a diversi stadi di superamento evolutivo, *tutti* i gruppi sociali, *tutte* le società umane hanno una struttura di genere, che prevede normalmente la subordinazione gerarchica delle donne”⁸.

⁴ F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 150.

⁵ Cfr. F. BASILE, *op. ult. cit.*, 89 ss.

⁶ Sulla definizione di ‘reato culturalmente motivato’, v., per tutti, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 30. V., inoltre, J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/1, 2001, 1 ss., che spiega come la dottrina dei Paesi di *common law* sia orientata a studiare il problema del multiculturalismo nella prospettiva delle *cultural defences* e quella continentale attraverso il riferimento ai reati culturalmente motivati.

⁷ Per un esame casistico della giurisprudenza europea concernente reati commessi da immigrati per – vere o presunte – motivazioni culturali, v. F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale*, cit., 149 ss., che, oltre alle tipologie di reato su elencate, richiama anche reati in materia di sostanze stupefacenti, reati di terrorismo internazionale ed altri reati commessi dall’immigrato per un errore sul fatto che costituisce il reato ovvero per un errore sulla legge penale che prevede il fatto come reato.

⁸ G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., 204, che aggiunge: “la subordinazione femminile è qualcosa che riguarda da vicino anche le società occidentali e che la società italiana, in particolare, ha conosciuto in forme particolarmente violente. Basti pensare a che cosa era il nostro diritto di famiglia prima della riforma realizzata con la legge n. 151 del 1975; alla punizione penale soltanto dell’adulterio della moglie; al

Questo stato di cose assume un significato peculiare, quando si prenda in considerazione il ruolo che donne e bambini rivestono nella definizione e nella perpetuazione dell'identità comunitaria; quell'identità che i gruppi di immigrati culturalmente minoritari tendono a preservare, in modo più o meno consapevole e manifesto, rispetto al contesto socio-culturale dell'ordinamento di accoglienza. Infatti, "l'esposizione di un gruppo, della sua cultura e dei suoi appartenenti a soverchianti forze esterne e alle suggestioni che esse sprigionano *intra moenia* addossa su alcuni soggetti in particolare oneri di imposta resistenza, la cui possibilità di riuscita molto dipende dalla solidità dei vincoli di fedeltà e dagli strumenti per preservarli: la perpetuazione del legame comunitario immancabilmente poggia su coloro che quei vincoli trasmettono, in forza della loro posizione di vettori biologici e culturali dell'appartenenza collettiva"⁹; in tal senso, "donne e bambini sono, da una parte, fulcro degli svolgimenti culturali – perché rispettivamente depositarie e destinatari della trasmissione culturale – mentre dall'altra faticano a esserne protagonisti attivi"¹⁰.

Donne e minori finiscono, in tal modo, per essere i principali destinatari di quelle rivendicazioni dei gruppi di minoranza che Kymlicka¹¹ definisce come 'restrizioni interne', relative cioè ai rapporti intra-gruppo, distinguendole dalle 'tutele esterne', che consistono in richieste avanzate dal gruppo contro la società dominante e, dunque, inerenti ai rapporti inter-gruppo. Attraverso le restrizioni interne "un gruppo di minoranza intende limitare la libertà dei propri stessi membri in nome della solidarietà di gruppo, della purezza culturale, della ortodossia religiosa, della preservazione delle tradizioni"¹².

Dinanzi a simili rivendicazioni, dal punto di vista penalistico, occorre interrogarsi circa i limiti in cui l'ordinamento di accoglienza tollera o – *de jure condendo* – potrebbe tollerare quelle restrizioni interne che operano nei confronti delle componenti femminili e minorenni delle comunità di immigrati e che appaiono suscettibili di comprimere o negare l'esercizio di diritti fondamentali della persona. La risposta offerta a tale interrogativo, da parte del legislatore italiano, prende forma – come vedremo – nella soluzione apprestata per contrastare il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili. Esamineremo tale soluzione, verificandone la compatibilità con i principi della Costituzione italiana, operanti, direttamente o indirettamente, nella materia penale; e ciò anche allo scopo di verificare la sussistenza di possibili valide alternative, che risultino (maggiormente) conformi ai dettami di uno Stato sociale di diritto, qual è il nostro.

2. In questo campo è ancor più evidente la fondatezza dell'affermazione per cui il diritto è politica, in esso trovano concretizzazione le scelte della politica¹³. E, infatti, le opzioni esercitate in sede penale non possono che costituire il riflesso e, ad un tempo, una delle principali espressioni dell'orientamento della politica verso un modello assimilazionista o, piuttosto,

delitto d'onore e all'istituto del matrimonio riparatore [...]; alla responsabilità penale del marito soltanto per 'abuso' dei mezzi di correzione nei confronti della moglie" (ivi, p. 205).

⁹ E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple*, cit., 147.

¹⁰ E. OLIVITO, *op. ult. cit.*, 135.

¹¹ V. W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, trad. it. di *Multicultural Citizenship* (1995), a cura di G. Gasperoni, Bologna, 1999, 65 ss.

¹² F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, cit., 1320.

¹³ V., per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 21 ss.

multiculturalista/pluralista: il primo – com'è noto – consiste nel non attribuire alcuna rilevanza alla 'diversità culturale' di taluni soggetti, nel senso di 'pretendere' anche da questi l'osservanza delle tradizioni e dello stile di vita nei quali s'identifica la cultura localmente maggioritaria; il secondo è volto al riconoscimento ed alla valorizzazione delle diverse identità culturali, in una prospettiva di tendenziale rispetto o, quanto meno, di tolleranza di comportamenti culturalmente condizionati, anche se posti in rapporto dialettico con la cultura territorialmente prevalente¹⁴.

Dal primo modello, fondato su un'idea di uguaglianza essenzialmente 'formale', discende, in ambito penale, un atteggiamento oscillante tra l'indifferenza e l'intolleranza di fronte a condotte motivate in senso culturale. In particolare, l'indifferenza si risolve nella scelta di non diversificare i giudizi concernenti tipicità e antigiuridicità del fatto e responsabilità dell'autore, rispetto a quanto avviene in relazione a fatti commessi in assenza di condizionamento culturale, e l'intolleranza si manifesta nella tendenza ad irrigidire la risposta penale proprio in ragione del fattore culturale eventualmente fondante la condotta tenuta dal soggetto appartenente ad un gruppo minoritario.

Dal modello pluralista o multiculturalista, facente capo ad un criterio di uguaglianza intesa in senso realmente 'sostanziale', deriva l'orientamento del diritto penale ad un'adeguata considerazione degli effetti che il condizionamento culturale, insito in taluni fatti, possa produrre sulla punibilità degli stessi ai vari livelli della struttura del reato o al di fuori di essa¹⁵.

Nella realtà degli ordinamenti vigenti, i due modelli teorici appena descritti non restano reciprocamente impermeabili, ma finiscono per alternarsi e sovrapporsi: pur nella tendenziale riconoscibilità dell'orientamento politico prevalente – ad esempio, la politica inglese si ritiene solitamente orientata al multiculturalismo¹⁶, come quella statunitense¹⁷ e canadese¹⁸, mentre quella francese viene tradizionalmente definita assimilazionista¹⁹ – i Paesi europei – per riferirci al contesto che più direttamente ci riguarda – adottano politiche 'intermedie' tra il modello assimilazionista e quello multiculturalista²⁰, con il risultato che “non di rado risposte legislative di segno differente si riscontrano all'interno dello stesso ordinamento penale nazionale e financo nello stesso momento storico, sulla base di opzioni di politica criminale a volte davvero contrapposte, altre volte solo in apparenza distoniche in quanto aventi ad oggetto situazioni tra loro non comparabili. Lo stesso dicasi per le risposte giurisprudenziali, peraltro generalmente caratterizzate da un tasso ancora maggiore di variabilità”²¹.

¹⁴ V. A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit., 7 ss. Per ulteriori classificazioni, all'interno dei due modelli di base, v. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 32 ss.

¹⁵ Distingue tra tolleranza, indifferenza e intolleranza della legislazione e della giurisprudenza penale di fronte alle culture differenti, fornendo diversi esempi per ciascuno dei tre atteggiamenti, A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit., 9 ss.

¹⁶ V. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 60 ss.

¹⁷ Sul modello statunitense, v., ampiamente, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 262 ss.; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 73 ss.

¹⁸ Sulle differenze intercorrenti tra i modelli statunitense e canadese e sui rispettivi limiti, v. E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple*, cit., 54 ss.

¹⁹ Cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 57 ss.; A. BERNARDI, *Società multiculturale e «reati culturali»*. Spunti per una riflessione, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 63 ss.; E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple*, cit., 45 ss.

²⁰ Così A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit., 74. Per interessanti cenni al modello spagnolo ed a quello tedesco, v. ID., *Società multiculturale e «reati culturali»*, cit., 65 ss.

²¹ A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit., 9-10.

Nella prospettiva di distinguere l'essere dal dover essere del diritto penale, nella convinzione che l'esistente non vada semplicemente legittimato in quanto tale, occorre chiedersi quale dei due modelli brevemente descritti appaia maggiormente conforme ai principi di politica criminale dettati dalla Costituzione italiana, per poi verificare se le scelte sinora operate, in materia, dal nostro legislatore s'inseriscano o meno nel modello prescelto.

In proposito, s'impone, anzitutto, il riferimento ai caratteri di pluralismo (artt. 3, 21 Cost.) e laicità²² (artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost.), che connotano il nostro ordinamento costituzionale. Viene, poi, in rilievo un'esigenza di uguaglianza (art. 3 Cost.), di cui la stessa Costituzione induce a valorizzare gli aspetti sostanziali; un'uguaglianza che per essere realmente tale deve tener conto delle differenze, secondo l'ormai ovvio criterio che impone il pari trattamento dell'eguale, ma il trattamento dissimile di casi dissimili. Nel giudizio di responsabilità penale, l'uguaglianza rileva anche in termini di proporzione, quale irrinunciabile limite garantistico all'intervento punitivo, che ancora la pena al disvalore complessivo del singolo fatto commesso, evitando che l'individuo possa essere strumentalizzato per fini di politica criminale²³, eventualmente corrispondenti a scelte di tipo repressivo-deterrente connesse ad esigenze di difesa sociale. Le finalità politico-criminali, nelle quali s'identifica la funzione della pena, potranno operare solo all'interno e sul presupposto del fondamentale canone di proporzione. Al riguardo, però, bisogna intendersi sugli scopi che la pena può legittimamente perseguire nel nostro ordinamento.

La funzione costituzionale della pena può essere identificata nell'integrazione sociale, intesa come risocializzazione o non ulteriore desocializzazione del condannato; ciò emerge chiaramente ponendo in relazione il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.) con altre norme costituzionali, quali gli artt. 2, 3, co. 1, 19, 21 Cost., che riconoscono all'individuo autonomia e dignità, secondo i dettami dello Stato di diritto, e gli artt. 3, co. 2, 4, 34 Cost., che esprimono la prospettiva solidaristica tipica dello Stato sociale. Precisamente, "attraverso la sanzione penale si deve, in realtà, offrire al reo la possibilità di orientare la propria esistenza, nel senso del rispetto di quella altrui. Ciò non può significare il perseguimento di un adattamento coattivo verso *standards* comportamentali eteronomi, né, quindi, giustificare il tentativo di indebite manipolazioni della personalità, al fine di operare un vero e proprio cambiamento *ab externo* dell'identità individuale. Piuttosto, con tutte le garanzie dello stato sociale di diritto, si deve tendere a favorire un'effettiva integrazione del soggetto da ottenersi tramite la realizzazione di un programma di (re)inserimento basato sul *training* sociale, sull'emancipazione individuale, che passa attraverso la realizzazione di forme efficaci di sostegno culturale. [...] Il punto focale della questione riguarda l'individuazione concreta del singolo trattamento di recupero e le sue effettive modalità applicative"²⁴.

Dunque, una pena meramente retributiva²⁵, nonché gli aspetti negativi della prevenzione generale e di quella speciale – fondati sull'idea che la minaccia e l'inflizione della pena debbano servire quale deterrente rispetto alla futura commissione di reati – non possono costituire il fine ultimo della pena; infatti, alla luce delle norme costituzionali, l'effetto di intimidazione risulta legittimo solo

²² Sui rapporti tra laicità e diritto penale, v., in particolare, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 139 ss.

²³ V. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 88 ss.

²⁴ S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 104.

²⁵ Sulle ragioni che rendono inaccoglibile la concezione retributiva della pena nel nostro ordinamento, v. S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 85 ss.

nella misura in cui esso è fisiologicamente connesso alla posizione di una norma penale e alla sua operatività²⁶.

Ebbene, gli argomenti relativi alla funzione della pena più spesso avanzati in favore di opzioni politico-criminali tendenti ad esprimere indifferenza o intolleranza contro il fattore culturale, che connota determinati comportamenti, sono essenzialmente collegati ad istanze di ordine preventivo-repressivo, in cui, sullo sfondo di una logica vagamente eticizzante di stampo retributivo, prevalgono gli aspetti negativi della prevenzione generale e di quella speciale²⁷.

In tal senso, è stato opportunamente sottolineato che “taluni rilevano come potrebbe non essere privo di ricadute sul piano delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore il fatto che i reati culturali siano realizzati da tipi di autore particolarmente propensi, in ragione appunto delle loro tradizioni, a commettere i suddetti reati, e dunque particolarmente abbisognevole di energiche ‘controspinte’ di matrice punitiva. Del pari potrebbe incidere sulle comminatorie edittali il fatto che tali soggetti, provenendo quasi sempre da Paesi caratterizzati da sistemi sanzionatori assai severi, risulterebbero verosimilmente inclini a farsi intimidire solo dalla promessa di pene connotate da un elevato coefficiente di afflittività”²⁸. Simili considerazioni sono, tuttavia, in palese contrasto con i postulati di un diritto penale del fatto, quale dovrebbero essere il nostro, e mostrano pericolose assonanze con una logica da diritto penale dell’autore.

Né appaiono maggiormente condivisibili, sul piano del necessario rispetto dei principi, quelle distorsioni dell’idea della prevenzione generale positiva – vale a dire dell’idea secondo cui la pena deve svolgere una funzione di orientamento culturale, rinforzando il consenso dei consociati intorno ai valori dell’ordinamento giuridico – tendenti ad attribuire alla punizione ‘esemplare’ dei reati culturali lo scopo di “placare il bisogno collettivo di pena”, con il risultato di “riaffermare ‘con la spada’ l’imperatività dell’ordinamento positivo, e [...] la supremazia dei valori della maggioranza su quelli delle minoranze”²⁹. Infatti, la previsione, l’infrazione e l’esecuzione di pene ‘esemplari’ sono in contrasto con il principio di proporzione, oltre che con i principi dell’invulnerabilità della dignità umana, della personalità della responsabilità penale e del finalismo rieducativo della pena. In più, da pene eccessive o sproporzionate non può derivare alcun effetto di orientamento culturale, quanto piuttosto risultati di disaffezione e ribellione rispetto ad un sistema avvertito come ingiusto. Inoltre, alla pena non possono essere assegnate finalità di stabilizzazione sociale, perché ciò comporterebbe un’innegabile strumentalizzazione, in tal senso, dell’individuo che vi è sottoposto³⁰.

Questo sintetico e limitato richiamo ai principi politico-criminali, costituzionalmente fondati, che dovrebbero informare le scelte del legislatore penale (anche) nella materia che ci occupa, spinge inevitabilmente a rifiutare un modello assimilazionista, che non può ritenersi compatibile con un ordinamento laico e pluralista, fondato sul valore di un’uguaglianza sostanziale tra gli individui e sulla funzione risocializzante della pena. Alla luce di tali principi, maggiore legittimità riveste, senz’altro, un modello di tipo multiculturalista, nell’ambito del quale i condizionamenti culturali

²⁶ V. S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 109.

²⁷ Per un’efficace sintesi di tali argomenti, v. C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell’arte e prospettive de iure condendo*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 347 ss.

²⁸ A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit., 91, che poi riconosce le critiche opponibili a tali argomenti.

²⁹ A. BERNARDI, *op. ult. cit.*, 92-93, nota 138.

³⁰ Cfr. A. BERNARDI, *op. ult. cit.*, 93; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., 194.

subiti dagli autori di fatti illeciti vengano presi in considerazione in una prospettiva di tendenziale tolleranza/riconoscimento.

3. L'ordinamento italiano è stato definito come un sistema "in bilico tra i due modelli"³¹, ma se è vero che non sono mancati, soprattutto in passato, segnali politicamente favorevoli ad un riconoscimento della diversità culturale, è anche vero che si è trattato, per lo più, di segnali 'deboli', consistenti in mere dichiarazioni programmatiche – si pensi alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, adottata con decreto del Ministero dell'Interno nel 2007 – ovvero in disposizioni legislative di scarso significato, dal punto di vista politico-criminale, come quella che consente la macellazione secondo il rito islamico, in deroga alle norme penali poste a tutela degli animali (art. 5, d.lgs. n. 333/1998)³².

Ben più rilevanti, ai fini dell'individuazione dell'orientamento politicamente prevalente in tema di diversità culturale, appaiono le scelte legislative compiute in ambito penale, con l'introduzione – rispettivamente nel 2006 e nel 2009 – delle fattispecie di mutilazioni genitali femminili (art. 583 *bis* c.p.) e di impiego di minori nell'acconciaggio (art. 600 *octies* c.p.); allo stesso indirizzo normativo può, poi, ricondursi, per verti versi, l'inserimento nel codice penale del delitto di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558 *bis* c.p.), avvenuto nel 2019. Le fattispecie citate sono particolarmente sintomatiche della risposta apprestata dal legislatore italiano all'interrogativo da cui ha preso le mosse la presente indagine: quale sia il limite di tollerabilità di rivendicazioni della cultura identitaria avanzate dalle comunità di immigrati, che si risolvano in restrizioni interne al gruppo minoritario, in grado d'intaccare i diritti fondamentali delle persone a cui sono rivolte, vale a dire prevalentemente soggetti vulnerabili, quali donne e bambini.

Rispetto a questi ultimi è stata opportunamente segnalata l'esigenza che le scelte in materia di conflitti multiculturali tengano conto non solo delle istanze di riconoscimento provenienti dai gruppi minoritari, rapportate alle esigenze di preservazione identitaria della società maggioritaria, ma anche delle relazioni maggioranza/minoranza, dominante/dominato, interne allo stesso gruppo minoritario, onde evitare che i 'rimedi' in senso multiculturalista si risolvano in danno di quei soggetti che risultano svantaggiati, innanzitutto, perché appartenenti alla minoranza e, inoltre, perché, in quell'ambito, in condizione di particolare debolezza³³.

Nel nostro ordinamento, la comprensibile e senz'altro condivisibile preoccupazione di tutelare i diritti di tali soggetti si è tradotta, però, in scelte punitive, connotate in senso gravemente intollerante³⁴, nelle quali la matrice culturale della condotta viene chiaramente posta a fondamento, pressoché unico, di un considerevole inasprimento della risposta sanzionatoria.

³¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 63.

³² V. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 64.

³³ È la tesi sostenuta da E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple*, cit., 131 ss. Sul necessario contemperamento tra legge penale e comportamenti culturalmente motivati, cfr. A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, *Legalità penale: tre atti di una crisi*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 25 ss.; e anche C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., 350.

³⁴ Cfr. A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., 14 ss.

Ciò è particolarmente evidente con riferimento alla fattispecie di mutilazioni genitali femminili (art. 583 *bis* c.p.) – sulla quale ci soffermeremo a breve³⁵ –, ma riguarda anche la fattispecie prevista dall'art. 600 *octies* c.p.³⁶ e quella di cui al recente art. 558 *bis* c.p.

La prima è dovuta all'ennesimo 'pacchetto sicurezza', quello del 2009³⁷, caratterizzato dall'ormai consueto tenore emergenziale e da una logica palesemente discriminatoria, da cui non si discostano la trasformazione in delitto della previgente contravvenzione, contenuta nell'abrogato art. 671 c.p., ormai pressoché in disuso; la previsione di una punizione più severa; e la collocazione della nuova ipotesi di reato tra i delitti contro la persona.

Infatti, nonostante l'innegabile rilevanza del bene giuridico tutelato, che, in tal caso, si specifica nell'"inviolabilità del 'diritto del fanciullo'"³⁸, l'intervento normativo sinteticamente descritto tradisce l'intenzione di criminalizzare un comportamento corrispondente ad un'usanza fortemente radicata nella cultura ROM attraverso l'introduzione, emblematica, di una norma *ad hoc*, che pone non trascurabili problemi di coordinamento sistematico in relazione alle fattispecie di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) e di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.). Se a ciò si aggiunge l'orientamento palesemente intollerante espresso dalle contestuali politiche in materia di immigrazione – si pensi, in particolare, all'introduzione, con il 'pacchetto sicurezza' del 2008, della c.d. aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11 *bis*, c.p.), poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza 8 luglio 2010, n. 249³⁹, nonché alla previsione, nel 2009, del discusso reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato –, si comprende perché il modello italiano sia stato efficacemente qualificato come un modello "assimilazionista discriminatorio"⁴⁰, come tale contrastante con i principi politico-criminali da Stato sociale di diritto, costituzionalmente fondati, che – come chiarito in precedenza – dovrebbero informare, anche in questa materia, l'impiego, da parte del legislatore, dello strumento penale.

3.1. La pratica delle mutilazioni genitali femminili rappresenta, per opinione pressoché unanime, il tipico esempio di reato culturalmente motivato⁴¹. Ad essa, infatti, sono riconducibili una serie di

³⁵ V. *infra* § 3.1.

³⁶ Sull'art. 600 *octies* c.p., v. M. E. SCALIA, *Le modifiche in materia di tutela dei minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1207 ss.; M. M. SCOLETTA, *Nuovo delitto di impiego di minori nell'accattonaggio*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38*, 123 ss.; A. VALSECCHI, *Due ulteriori delitti a tutela della vittima minorenni*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009. (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, 280 ss.

³⁷ Precisamente, l'art. 600 *octies* c.p. è stato inserito nel codice penale dall'art. 3, co. 19, lett a) l. 15 luglio 2009, n. 94. In seguito, l'art. 21 *quinquies* d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. in l. 1° dicembre 2018, n. 132 vi ha aggiunto un secondo comma, che prevede la pena della reclusione fino a tre anni, per chi organizza l'altrui accattonaggio, se ne avvalga o comunque lo favorisca a fini di profitto, senza ulteriori precisazioni sull'età della persona che pratica l'accattonaggio. Per una condivisibile critica alla nuova fattispecie, v. F. CURTI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 21 gennaio 2019.

³⁸ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 51.

³⁹ Collega tale aspetto della normativa in materia d'immigrazione alla tematica della rilevanza penale del fattore culturale A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., 77-78.

⁴⁰ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 35. Critica, dal punto vista criminologico, la realtà italiana M. PAVARINI, *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani e pena*, Milano, 2006, 176 ss.

⁴¹ V., per tutti, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 37 ss.

comportamenti⁴², realizzati da membri di un gruppo di minoranza, immigrati⁴³, in adesione alle tradizioni della cultura di appartenenza e, tuttavia, disapprovati dall'ordinamento del Paese di accoglienza, perché suscettibili di ledere beni-interessi fondamentali delle donne che vi sono sottoposte, prevalentemente individuati nella loro incolumità individuale, nonché – ove le mutilazioni costituiscano uno strumento di controllo della sessualità femminile – nella loro dignità personale; se realizzate su minorenni, le mutilazioni genitali incidono, poi, sul diritto del minore ad uno sviluppo armonico della propria personalità⁴⁴.

Per contrastare tale fenomeno, il legislatore italiano ha emanato la l. 9 gennaio 2006, n. 7, recante «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto di pratiche di mutilazione genitale femminile». Con essa sono stati introdotti nel codice penale l'art. 583 *bis*, norma incriminatrice di tali pratiche, e l'art. 583 *ter*, contenente la previsione della pena accessoria dell'interdizione dalla professione – da tre a dieci anni - per gli esercenti una professione sanitaria condannati per i fatti di cui all'articolo precedente.

L'art. 583 *bis* c.p. prevede due fattispecie distinte. L'ipotesi di cui al primo comma consiste nel fatto di «chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili» ed è punita con la pena della reclusione da quattro a dodici anni. La disposizione fornisce anche una definizione delle pratiche sanzionate, precisando che «Ai fini del presente articolo, si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo»; ove la clausola di chiusura, aperta ai casi simili, nuoce inevitabilmente alla determinatezza della fattispecie⁴⁵. Si tratta di un reato comune, a dolo generico e a forma libera, con possibile responsabilità omissiva in capo al titolare della posizione di garanzia (ad esempio, il genitore che non impedisce la mutilazione praticata da altri ai danni della propria figlia)⁴⁶. Rispetto ad esso l'assenza di esigenze terapeutiche costituisce presupposto negativo della condotta⁴⁷.

Carattere residuale, rispetto al delitto previsto dal primo comma, ha, poi, l'ipotesi disciplinata dal secondo, che così dispone; «chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a

⁴² In proposito, si rinvia alla classificazione operata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, contenuta in WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Female Genital Mutilation Report of WHO Technical Working Group Geneva*, June 2000.

⁴³ Si tratta di una pratica diffusa in diversi Paesi dell'Africa subsahariana, in Egitto e in regioni circoscritte dell'Asia. Cfr. F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, cit., 1337.

⁴⁴ Cfr., tra gli altri, F. BASILE, *op. ult. cit.*, 1339; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., 153; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, I delitti contro la persona*, Padova, 2011, 159; C. LONGOBARDO, *Le mutilazioni genitali femminili*, in A. CILARDO (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, 2011, 128.

⁴⁵ Per un'interessante interpretazione della citata clausola di chiusura, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 158. Ritiene scongiurato il rischio di 'analogia anticipata' legato all'ultimo inciso, perché il riferimento interpretativo costituito dalle condotte di mutilazione espressamente previste rappresenterebbe, per il giudice, un criterio guida sufficientemente determinato. G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., 187.

⁴⁶ Tali qualificazioni sono generalmente condivise. V., per tutti, C. LONGOBARDO, *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., 129.

⁴⁷ È critico su tale elemento G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., 187.

sette anni. La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità». La finalità di menomare le funzioni sessuali, qui testualmente richiesta per la configurabilità del reato, sembrerebbe corrispondere all'esigenza di un dolo specifico, che finirebbe per vanificare l'applicabilità della norma, posto che, il più delle volte, la pratica è realizzata per altri fini socio-culturali, quali, ad esempio, migliorare lo *status* personale e sociale della donna, anche in vista dell'acquisizione del ruolo di sposa e di madre⁴⁸.

Sul piano delle circostanze speciali, all'attenuante prevista dal secondo comma, per la sola ipotesi ivi regolata⁴⁹, operante in caso di lesione di lieve entità, si aggiunge l'aggravante, applicabile ad entrambi i delitti di cui ai commi precedenti, se commessi a danno di un minore o per fini di lucro. In tali casi, a norma del terzo comma, «la pena è aumentata di un terzo». Il quarto comma stabilisce le pene accessorie della decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale e dell'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno, se il fatto è realizzato, rispettivamente, dal genitore o dal tutore. L'ultimo comma dispone, infine, la perseguibilità del reato anche quando «il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia»⁵⁰.

Più che soffermarci sull'esegesi delle previsioni normative appena citate⁵¹, in questa sede intendiamo richiamare l'attenzione sul significato politico-criminale delle scelte di cui esse sono espressione, palesemente orientate – come già si è anticipato – ad un atteggiamento di intolleranza verso la 'diversità culturale'. Si è parlato, in proposito, di atteggiamento etnocentrico⁵², teso «alla rigida riaffermazione di un'indiscutibile superiorità della civiltà verso la barbarie senza alcuna disponibilità ad una comprensione delle ragioni del diverso»⁵³.

Sia chiaro, deve senz'altro riconoscersi la necessità di tutelare penalmente beni giuridici di rilievo fondamentale, come quelli intaccati dalla pratica delle mutilazioni genitali femminili. Tuttavia, le disposizioni introdotte a tale scopo dal legislatore italiano risultano connotate da sterile simbolicità e da iniquo rigorismo repressivo, con quel che ne segue in termini di incoerenza sistematica e di potenziale ineffettività. Infatti, le esigenze di tutela scaturenti dal fenomeno delle mutilazioni genitali femminili non avrebbero richiesto l'introduzione, nel nostro ordinamento, di fattispecie incriminatrici *ad hoc*, data la pregressa vigenza delle norme in materia di lesioni personali, in grado di assicurare una risposta sanzionatoria sufficientemente severa ai comportamenti in questione⁵⁴, salva l'eventuale

⁴⁸ V. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, 2^a ed., *Addenda*, Bologna, 2007, 5. Per una diversa opinione, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 156.

⁴⁹ Per una critica alla mancata operatività dell'attenuante in relazione all'ipotesi di cui al primo comma, v. C. LONGOBARDO, *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., 131; A. GENTILOMO, A. PIGA, A. KUSTERMAN, *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 23.

⁵⁰ Norma destinata ad un elevato tasso di ineffettività secondo G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., 191.

⁵¹ Per un commento dettagliato dell'art. 583 *bis* c.p., v., oltre alle fonti già richiamate nelle note del presente paragrafo, F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 690 ss.; E. CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Quest. giust.*, 2005, 749 ss.; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 36 ss., 49 ss.

⁵² Cfr. C. LONGOBARDO, *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., 132.

⁵³ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., 193.

⁵⁴ Il carattere superfluo delle disposizioni introdotte nel 2006 è comunemente segnalato. V., per tutti, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 41.

– ed auspicabile, come si dirà più avanti⁵⁵ – graduazione della responsabilità, con conseguente attenuazione della pena da infliggere in concreto, in ragione di un’equa considerazione della motivazione culturale dell’agente.

In proposito, è stato condivisibilmente affermato che «se proprio si sentiva l’esigenza di garantire senza dubbi la tutela da interventi di mutilazione genitale, [...] si sarebbe potuto specificare, nell’ambito dell’art. 583, la loro riconducibilità alla fattispecie già esistente di lesioni gravi, con un’espressa aggiunta rispetto alla casistica già contenuta nella disposizione; ma l’impressione è proprio che non ci si sia accontentati di ciò e si siano voluti perseguire fini simbolici ulteriori»⁵⁶.

E la carica simbolica, in funzione di accentuata deterrenza, dell’inserimento nel codice penale dell’art. 583 *bis* c.p. è confermata dalla particolare severità del trattamento punitivo ivi previsto: le mutilazioni genitali femminili sono punite più severamente di qualsiasi altro tipo di lesioni di analoga gravità, senza che una tale disparità di trattamento possa ritenersi basata sulla maggiore dannosità sociale dei fatti in cui esse si concretano, in tutto coincidenti con delle lesioni volontarie, salvo che per la motivazione culturale. Evidentemente, è proprio quest’ultimo elemento che il legislatore ha inteso colpire in una prospettiva di diritto penale dell’autore anziché del fatto.

Se è innegabile che il diritto di ciascuno alla propria identità culturale non può comportare il sacrificio di (altrui) diritti fondamentali, deve, altresì, riconoscersi, che la risposta ai reati culturalmente orientati da parte di un diritto penale del fatto, rispettoso dei canoni di frammentarietà e sussidiarietà, di materialità, offensività, personalità della responsabilità penale e di integrazione sociale, non può essere *esclusivamente* (fondata o) irrigidita in base al fattore culturale.

In altri termini, il condizionamento culturale, quando si pone come elemento di specialità rispetto a fatti che sarebbero comunque penalmente rilevanti anche in sua assenza – come avviene nel caso di specie, per il rapporto intercorrente tra mutilazioni genitali femminili e lesioni personali –, non può legittimamente fondare un inasprimento del trattamento sanzionatorio rispetto al corrispondente reato culturalmente ‘neutro’, a meno che esso non incida sul contenuto offensivo del fatto⁵⁷. Quest’ultima ipotesi appare, tuttavia, poco verosimile: «il ‘fattore culturale’ sottostante all’agire dell’autore non sembra poter incidere significativamente sull’entità del danno, che tende a rimanere tale al di là della motivazione che è alla base dell’evento lesivo, ed eventualmente anche al di là dell’oggettivo ‘connotato culturale’ dell’evento in questione»⁵⁸. In assenza di una tale improbabile incidenza del condizionamento culturale sul piano oggettivo della fattispecie, la previsione di una pena più severa viene a fondarsi unicamente su un atteggiamento interiore dell’agente, su «motivi del soggetto legati al suo background culturale, elemento non irrilevante nella valutazione del fatto, ma troppo impalpabile, da un lato, e surrettiziamente discriminatorio, dall’altro»⁵⁹.

In tal modo, però, si finisce per assegnare al diritto penale un’impropria funzione promozional-pedagogica⁶⁰ e per compromettere la razionalità e la coerenza del sistema penale. Al

⁵⁵ V. *infra* § 4.

⁵⁶ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., 195.

⁵⁷ Cfr. C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell’arte e prospettive de iure condendo*, cit., 351 ss.

⁵⁸ A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, cit., 84-85.

⁵⁹ G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 181.

⁶⁰ Sul punto, v. G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso*

riguardo, è stato opportunamente osservato che, alla luce della normativa vigente, “chi realizza una cliteridectomia su una ragazza di quindici anni, in ossequio alle tradizioni imposte dalla cultura del suo gruppo etnico, rischia sedici anni di reclusione; chi incensurato, per vendicarsi della fidanzata che lo ha tradito e lo ha deriso in pubblico, la prende a calci nell’addome, provocando una lacerazione dell’utero che le impedirà di procreare rischia al massimo tre anni!”⁶¹.

Anche sul piano dell’effettività, deve riconoscersi che l’uso emblematico dello strumento penale non riesce a proteggere realmente i diritti in gioco, primo fra tutti la salute delle donne, perché l’escissione è una pratica rispetto alla quale «la forza costringente delle sanzioni comunitarie ha finora dimostrato di prevalere sulla funzione deterrente della sanzione penale»⁶² e, inoltre, perché «sia la previsione legislativa di un reato autonomo sia il perseguimento giudiziario dell’intervento rischiano di provocare l’isolamento della comunità che lo pratica; l’azione esterna potrebbe essere percepita come discriminatoria e impositiva di atteggiamenti assimilatori, perché condotta unilateralmente ossia mancante del necessario confronto con i gruppi e i soggetti interessati»⁶³.

In vista di legittime finalità di prevenzione positiva e nel rispetto del principio di sussidiarietà dell’intervento penale, è, invece, auspicabile il ricorso a «meditate campagne di educazione e di informazione sulle conseguenze fisiche e psichiche dell’escissione, iniziative di non arrogante sensibilizzazione alle sue ripercussioni negative e, soprattutto, appropriate azioni per l’eliminazione dei freni socio-economici, che forniscono il contesto in cui esse si perpetuano»⁶⁴. Da questo punto di vista, la l. n. 7/2006 è stata un’occasione mancata, perché, pur contenendo disposizioni in tal senso, non ha previsto un’adeguata copertura finanziaria per renderle realmente operative⁶⁵, né ha apprestato idonee misure specifiche per la protezione delle donne e delle bambine, vittime di mutilazioni genitali⁶⁶.

Rilievi critici del tutto analoghi possono formularsi in riferimento al nuovo reato di costrizione o induzione al matrimonio, introdotto, all’art. 558 *bis* c.p., dalla l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. Codice rosso), in attuazione di un obbligo di tutela penale, contenuto nella Convenzione di Istanbul (art. 37) e relativo alla pratica dei c.d. matrimoni forzati. Riguardo al vincolo derivante dalla fonte internazionale, è doveroso osservare, però, che la condotta di cui al primo comma – è, cioè, quella di chi con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile – risultava già penalmente rilevante come ipotesi di violenza privata (art. 610 c.p.). In tal caso, l’inasprimento sanzionatorio, rispetto al reato previgente, non è particolarmente significativo, ma l’introduzione di una fattispecie *ad hoc*, di dubbia necessità, relativa ad ipotesi che si distinguono, di fatto, per la motivazione culturale che le connota, risulta, comunque, improntata ad un uso simbolico del diritto penale, in chiave repressivo-deterrente. In altri termini, l’intervento penale, con la creazione di un’autonoma figura di reato, appare emblematicamente rivolto a stigmatizzare una pratica diffusa in

giuspenalistico, cit., 194.

⁶¹ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 42.

⁶² E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple*, cit., 165.

⁶³ E. OLIVITO, *op. ult. cit.*, 166.

⁶⁴ E. OLIVITO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁵ Cfr. G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., 192, che osserva: “la copertura finanziaria di tale meritoria attività risulta idonea, con un po’ di buona volontà, a stampare qualche migliaio di volantini”.

⁶⁶ In proposito, v. G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, cit., 219, che indica, tra tali misure, il riconoscimento dello *status* di rifugiate alle donne che intendono sottrarsi o sottrarre le figlie minori al rischio di subire le pratiche in questione.

contesti culturali minoritari, più che a sanzionare fatti, per i quali si registri un effettivo vuoto di tutela.

La fattispecie in questione presenta, del resto, anche altri limiti, legati alla logica emergenziale, di cui è espressione (anche) lo strumento normativo di provenienza. Basti pensare alla collocazione sistematica dell'art. 558 *bis* c.p. tra i «delitti contro il matrimonio»: essa non risulta coerente con le esigenze di tutela che la norma persegue, riferibili, piuttosto, alla libertà di autodeterminazione della vittima, anche in considerazione della *ratio* ad essa assegnata dalla fonte internazionale. Non è un aspetto di poca importanza, se si tiene conto dei riflessi che l'identificazione del bene giuridico protetto può produrre, in sede ermeneutica, sull'ambito applicativo della norma: si pensi all'ipotesi in cui la vittima sia costretta ad un matrimonio non avente valore legale in Italia; ipotesi senz'altro plausibile nella casistica a cui la fattispecie è rivolta, se si considera la previsione dell'ultimo comma, che ne estende l'applicabilità anche al fatto «commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia».

Invero, se il bene giuridico tutelato è la libertà di autodeterminazione della persona costretta (o indotta), il fatto sarà punibile indipendentemente dalla validità legale del matrimonio; al contrario, esso non rientrerà nell'ambito applicativo dell'art. 558 *bis* c.p., se la dimensione offensiva di quest'ultimo viene rapportata all'istituto giuridico del matrimonio, come suggerito dalla collocazione sistematica della nuova incriminazione. Ecco come i tanto ostentati propositi di protezione delle vittime vulnerabili rischiano di essere traditi dai difetti di determinatezza tipici della legislazione emergenziale.

4. Quale rilievo deve, allora, essere riconosciuto al 'fattore culturale' nelle valutazioni di diritto penale attinenti alle tre categorie del reato – tipicità, antigiuridicità e responsabilità –, perché le relative scelte politico-criminali possano ritenersi conformi a Costituzione?

Volendo rispondere sinteticamente a tale interrogativo⁶⁷ diremo che, soprattutto quando vengono in gioco beni-interessi fondamentali, il luogo in cui, più opportunamente, può essere considerata l'incidenza penale del dato culturale – nella prospettiva di tolleranza/riconoscimento, conforme ad un ordinamento da Stato sociale di diritto⁶⁸ – sembra essere la terza categoria del reato: la responsabilità⁶⁹. Un ruolo irrinunciabile va, poi, riconosciuto, al riguardo, al giudizio di commisurazione della pena in concreto.

Infatti, sul piano della tipicità, non può negarsi la necessità dell'intervento penale nelle ipotesi in cui la realizzazione di comportamenti culturalmente condizionati metta concretamente in pericolo ovvero offenda beni giuridici meritevoli di tutela penale. Per quanto concerne l'antigiuridicità, la possibilità che le scriminanti operino in rapporto a fatti culturalmente condizionati, non dovrebbe essere valutata diversamente da quanto avviene per ogni altro tipo di fatto penalmente rilevante⁷⁰,

⁶⁷ Per una trattazione più ampia delle implicazioni dommatiche riconducibili alla questione in esame, sia consentito il rinvio al nostro *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1237 ss.

⁶⁸ V. *supra* § 2.

⁶⁹ Per tale concetto, v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 92.

⁷⁰ Cfr. G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., 182. *Contra* l'efficacia scriminante del consenso e dell'esercizio di un diritto v., però, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 160-161. In proposito, esclude che si possa introdurre un'apposita e generica 'causa di giustificazione

ferma restando la necessità di ricondurre il bilanciamento di interessi, che esse realizzano, alla prospettiva individualistico-solidaristica tipica del nostro ordinamento costituzionale ed ai beni, in esso, tutelati⁷¹.

Nella valutazione della responsabilità personale del soggetto agente il condizionamento culturale può venire in rilievo, anzitutto, laddove la diversità culturale dell'autore del fatto abbia inciso sulla coscienza dell'illiceità dello stesso, nel senso di porlo in una condizione di errore sul divieto o di ignoranza della legge penale (art. 5 c.p.), che, com'è noto, scusa, quando si tratti di errore o ignoranza inevitabile (sent. Corte cost. n. 364/1988). L'inevitabilità dell'errore o dell'ignoranza, da cui dipenderà l'esclusione della responsabilità del soggetto agente e, dunque, della sua punibilità, andrà accertata in concreto, tenendo conto di una serie di fattori – oggettivi od oggettivo-soggettivi, secondo le note indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 364/1988 – riferiti, specificamente, alla situazione ed all'autore in questione⁷².

Diversamente, nel caso in cui il soggetto culturalmente condizionato sia consapevole dell'illiceità della propria condotta e, tuttavia, anteponga la regola etica, religiosa, sociale, culturale in senso ampio, al divieto o al comando prescritto dall'ordinamento localmente vigente, la questione da risolvere, sul piano della responsabilità personale, riguarda i limiti di scusabilità di un tale fatto, realizzato in presenza di un conflitto tra i doveri imposti da norme di diversa natura e vincolatività. In tale ipotesi, tenendo conto del fondamento politico-criminale della responsabilità personale e degli inevitabili riflessi che il conflitto in questione produce sul processo motivazionale dell'agente e, dunque, sul suo bisogno di pena – da intendersi come esigenza laica di rieducazione –, appare del tutto coerente il ricorso alla categoria dell'inesigibilità del comportamento alternativo lecito; essa potrebbe operare, al riguardo, determinando una graduazione della responsabilità dell'autore, suscettibile di tradursi in un'attenuazione della pena, a cui lo stesso andrà assoggettato in concreto per la commissione di quello che resta, pur sempre, un reato completo nella sua struttura⁷³.

In tal senso, anche a prescindere dall'introduzione di una norma o più norme *ad hoc*, che variamente qualificate sotto il profilo dommatico, diano adeguato riconoscimento al condizionamento

culturale' C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, cit., 356-357.

⁷¹ V. S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1012.

⁷² Cfr. G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., 198, che fa riferimento ai “casi in cui il fatto sia stato commesso da un soggetto che effettivamente, ad esempio perché da pochissimo tempo giunto nel nostro Paese, ancora dotato di conoscenze linguistiche insufficienti o nulle, non autonomo dalla propria cerchia etnica di appartenenza o per analoghe ragioni, non conosce la disposizione incriminatrice e non ha ancora gli strumenti per conoscerla o rendersi conto della sua esistenza”. A titolo esemplificativo, in giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646, in *Cass. pen.*, 2012, 3706 ss., con nota di E. D'IPPOLITO, *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da 'fattori culturali' come causa di esclusione della colpevolezza*; nonché Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2018 (dep. 2 luglio 2018), n. 29613, in *Cass. pen.*, 2019, 2618, in cui, ai fini dell'applicabilità dell'art. 5 c.p., la Corte attribuisce rilievo ai seguenti parametri: la natura della norma culturale in adesione alla quale è stato commesso il reato, se di matrice religiosa, o giuridica; il carattere vincolante della norma culturale; il grado di inserimento dell'immigrato nella cultura e nel tessuto sociale del Paese d'arrivo o il suo grado di perdurante adesione alla cultura d'origine, aspetto relativamente indipendente dal tempo di permanenza nel nuovo Paese.

⁷³ Sul ricorso alla categoria dell'inesigibilità in materia di conflitti multiculturali si registrano orientamenti differenti. V., tra gli altri, A. BERNARDI, *Società multiculturale e «reati culturali»*, cit., 94; G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., p. 186; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 229 ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 417 ss.; G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani e pena*, cit., 143 ss.

culturale eventualmente subito dall'autore di un reato⁷⁴, *de iure condito* viene in rilievo l'istituto della commisurazione giudiziale della pena⁷⁵.

⁷⁴ V., in particolare, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 253 ss., che propone l'introduzione di una causa originaria di non punibilità 'culturale', di natura personale, destinata ad operare in riferimento ai reati che non ledono le 'immunità fondamentali', nelle ipotesi in cui l'offesa sia realizzata tra soggetti adulti, consenzienti e capaci di consentire.

⁷⁵ Cfr. G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., 199-200, che, ravvisando nei reati culturalmente orientati delle situazioni 'quasi scusanti', in rapporto alle quali andrebbe graduata la risposta sanzionatoria, richiama, a tal fine, anche gli strumenti normativi di cui all'art. 62, n. 1, c.p., la circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale, e all'art. 62 bis c.p., le circostanze attenuanti generiche. In giurisprudenza, v. la recente Cass. pen., sez. V, 13 maggio 2021 (dep. 4 agosto 2021), n. 30538, in *CED Cass. pen.*, 2021, ove si ammette la possibile rilevanza del fattore culturale in ordine "alla determinazione del trattamento sanzionatorio, sia con riferimento alla commisurazione della pena all'interno della cornice edittale, che al riconoscimento delle attenuanti generiche ovvero di altre attenuanti comuni o speciali ove configurabili".

Le vittime vengano tutelate, ma il rilievo del fatto detronizzi il fato: profili critici e prospettive della responsabilità penale nelle proteiformi ipotesi di traduzione in danno dei pericoli sottesi ai ‘Grandi Rischi’

ANTONIO NAPPI

ABSTRACT

The essay, by virtue of the essentially ‘conventional’ nature of Major Risks’ concept, investigates the multiple reflections of criminal liability in the cases where they result in an offence against life and physical integrity. The problematic and changing intertwining of the threads of predictability, forecasting and prevention in the ‘law in action’, examined with regard to Italian jurisprudential orientations, allows to highlight, on one hand, that the source of the ‘Major Risks’, sometimes – almost exclusively – is ascribable to the occurrence of natural disasters; on the other hand, instead, it is also ascribable to human behaviour which has solely caused the ‘Major Risk’ or has contributed to cause it, in combination with the brutal force of nature. The research highlights, therefore, the critical profiles and perspectives of criminal liability on the subject, aiming to indicate solutions that lead to the protection of victims, without however involving the search for scapegoats, that’s typical of the “criminal law of the fate” and not of the “criminal law of the fact”, that should constitute the axiological compass of the current legal system, in the tracks marked the principles of Modernity in the penal system.

SOMMARIO: 1. La necessità di un approccio interdisciplinare al tema dei rischi ambientali, naturali e antropici; la natura convenzionale del concetto di ‘Grandi Rischi’ in ambito giuridico e, segnatamente, nella sua declinazione penalistica; il tradizionale suo riferirsi ad eventi catastrofici determinati da calamità naturali; la sua riferibilità anche ai rischi determinati – di per sé o in concorso con la brutta forza della natura – dalla condotta colposa dei titolari di una posizione di garanzia. - 2. Il complesso e cangiante intreccio dei fini di prevedibilità, previsione e prevenzione nella giurisprudenza in tema di ‘Grandi Rischi’ che originano da calamità naturali. - 2.1. La decisione della Corte di Cassazione nel giudizio originato dalla calamità naturale abbattutasi su Sarno: la tesi che la prevedibilità vada affermata poiché la concreta rappresentabilità dell’evento va riferita a ciò che l’*homo eiusdem condicionis et professionis* avrebbe dovuto percepire e conoscere e non – come sostenuto dai giudici di merito – a ciò che il sindaco effettivamente percepiva e conosceva. - 2.2. La vicenda giudiziaria originata dalla calamità naturale che ha colpito Messina e Scaletta Zanclea: la prevedibilità degli eventi lesivi nella valutazione dei giudici di merito (in disaccordo sul solo – dirimente – punto dell’esigibilità del ‘comportamento alternativo lecito’) e l’opposta decisione della Corte di Cassazione che ha ritenuto imprevedibili gli eventi. - 2.3. Prevedibilità, responsabilità penale ed attività di prevenzione allorché – come nella tragedia originata dall’esonazione del rio Fereggiano – la scienza abbia consentito di prevedere, quantomeno per grandi linee, la dimensione spazio-temporale delle imminenti catastrofi naturali. - 2.4. ‘Grandi Rischi’ e nesso di causalità psichica: terremoto dell’Aquila,

modalità comunicative del rischio e leggi “antropologiche” di copertura, fondanti regole cautelari ontologicamente “aperte” e controvertibili, per l’insormontabile ‘limite di validazione’ costituito dall’auto-responsabilità. - 3. Il combinarsi di una calamità naturale e della colposa condotta umana nella genesi della traduzione in danno dei ‘Grandi Rischi’: la vicenda delle morti cagionate dal crollo, in San Giuliano di Puglia, di un edificio scolastico, sopraelevato in violazione della normativa antisismica. La sentenza assolutoria di primo grado e la condanna della Corte territoriale, confermata dal giudice di legittimità. - 4. La responsabilità penale dei soggetti istituzionalmente competenti a gestire i ‘Grandi Rischi’ che scaturiscono da una condotta colposa del titolare di una posizione di garanzia nei confronti dei beni giuridici offesi: la prevedibilità ed evitabilità degli eventi nell’emblematica vicenda giudiziaria originata dai fatti di piazza San Carlo del 2017. - 5. Profili critici e prospettive della responsabilità penale nelle proteiformi ipotesi di traduzione in danno dei pericoli sottesi ai ‘Grandi Rischi’.

1. La crescente frequenza del tradursi in danno dei rischi ambientali e naturali, nonché antropici, ossia derivanti da attività umane potenzialmente pericolose¹, è tema di rilievo dirompente.

Feconda, nell’approfondirlo, è l’opzione epistemologica interdisciplinare. Essa, infatti, è ineludibile ove si vogliano indagare i fattori interagenti nella produzione di eventi catastrofici: si pensi, tra essi, ai cambiamenti climatici e dell’assetto idrogeologico; ai mutamenti d’uso del suolo e del mare; alla resilienza degli ecosistemi.

La scienza, in questa prospettiva, muove dall’assunto dell’importanza delle geoscienze per migliorare le tecniche di previsione, prevenzione e mitigazione degli effetti sull’ambiente dei rischi naturali (sismi, eruzioni, frane, alluvioni, incendi, erosione delle coste *et similia*)². Lo spettro interdisciplinare deve tuttavia essere ancor più ampio, ed avvolgere nel mantello della ricerca i tre settori (nucleare, dei trasporti e chimico-industriale) nei quali la pericolosità – immanente all’attività svolta ed amplificata dalla natura delle sostanze che vengono impiegate e/o detenute per svolgerla – minaccia, oltre ai lavoratori dell’impianto, estese aree di territorio, con conseguenze potenzialmente disastrose sia per l’uomo che per l’ambiente³.

¹ Per approfondimenti, [www.isprambiente.gov.it/pericolosità di origine antropica.pdf](http://www.isprambiente.gov.it/pericolosità%20di%20origine%20antropica.pdf).

² Prezioso, sotto tale profilo, il contributo fornito dalla *Geological Society of London*, nonché, nell’ambito della nostra letteratura scientifica, dalla *Società geologica italiana (SGI)*: si veda, *amplius*, www.distar.it.

³ Si confronti, sul tema, l’approfondimento reperibile sul nostro sito governativo ([www.isprambiente.gov.it/pericolosità di origine antropica.pdf](http://www.isprambiente.gov.it/pericolosità%20di%20origine%20antropica.pdf)), ove si evidenzia che, negli anni Ottanta, in considerazione del ripetersi di incidenti industriali con conseguenze disastrose, la Comunità Europea emanò la c.d. “Direttiva Seveso” (82/501/CEE), recepita in con D.P.R. n. 175/198, che individuava gli “stabilimenti RIR”, ossia a rischio di incidenti rilevanti, in considerazione delle attività svolte, che richiedessero l’utilizzo e/o stoccaggio di importanti quantitativi di sostanze, considerate pericolose perché tossiche, infiammabili, esplosive e quindi possibile causa di incidenti gravi (seguirono le Direttive “Seveso II” - 96/82/CE e 2003/105/CE – e “Seveso III”, n. 2012/18/UE). Il riferimento a Seveso, zona a 20 km da Milano, si spiega con la tragedia che in quella località avvenne il 10 luglio 1976, allorché, dalla valvola di sicurezza degli impianti della ICMESA, sfuggì una densa nube di fumo che, spostata dal vento, finì per posarsi sui centri abitati di Seveso e Cesano Maderno. L’episodio venne sottovalutato, al punto che si continuò a lavorare nell’arco dell’intera settimana successiva. Col trascorrere del tempo, però, si calcolò che - da quella nube tossica sprigionatasi dagli impianti - era sfuggita una quantità di “diossina” talmente elevata da poter danneggiare milioni di persone. Nel frattempo, conigli, polli, cani, gatti e altri animali di piccole dimensioni cominciarono a morire; successivamente, trentacinque persone, in prevalenza bambini, vennero ricoverati con segni di avvelenamento (principalmente, ustioni cutanee, nausea, vomito, disturbi intestinali). Si diffuse immediatamente il panico e la zona venne evacuata ed isolata. Si vedano, in relazione a tale drammatica vicenda, nella letteratura scientifica dell’epoca, i contributi del numero della rivista *Sapere*, del novembre-dicembre 1976, interamente dedicato all’incidente dell’ICMESA, e, tra essi, in particolare, B. MAZZA, V. SCATTURIN, *ICMESA: Come e perché*, *ivi*, 1976, vol. 79, n. 796, 10 ss. Cfr., inoltre, E. DE ROSA, *Il caso ICMESA*, in *Le Scienze*, 1976, vol. 17, n. 98, 4 ss.; L.R. REBECCA, *Italy seeks answers following toxic release*, in *Chemical and Engineering News*, 1976, vol. 54, n. 35, 27 ss. Si rinvia, inoltre, agli approfondimenti monografici di B. COMMONER, V. BETTINI, *Ecologia e lotte sociali*, Milano, 1976; G. CERRUTI, S. ZEDDA, L. CONTI, C. CEDERNA, V. BETTINI, C. RISÈ, E. TABACCO, E. ELENA, M. CAPANNA, M. FUMAGALLI E G.

Tale è il complessivo tema di indagine.

In questa sede, però, esso sarà circoscritto al concetto di ‘Grandi Rischi’ nella sua declinazione giuridica e, segnatamente, penalistica, la cui natura è – essenzialmente – convenzionale⁴. In via di prima approssimazione, può dirsi che il rilievo penalistico del concetto rimandi:

- (i) ai proteiformi ambiti del possibile radicarsi di una responsabilità penale in capo a chi sia titolare di una posizione di garanzia nei confronti delle collettività amministrate, nelle ipotesi in cui
- (ii) pericoli incombenti su di una comunità, e caratterizzati dalla dirompente capacità offensiva, si traducano in offesa per la vita e l’integrità fisica di un indeterminato numero di persone, e – per l’effetto –
- (iii) si instaurino procedimenti penali nelle cui pieghe si intreccino, secondo cangianti e proteiformi scansioni, i fili di prevedibilità, previsione e prevenzione.

Così individuato il nucleo della nozione indagata, per delinearne con più precisione i contorni, occorre considerare che, da tale comune fusto (*genus* dei ‘Grandi Rischi’), si dipartono tre rami, corrispondenti a *species* del concetto, distinte in base alla *fonte del pericolo*, che può radicarsi in una condotta colposa, ovvero in una calamità naturale, o, ancora, nel combinarsi di tali fattori. Solo ad una di tali fonti, invero, fa riferimento il nostro legislatore, che richiama «il rischio sismico, il rischio vulcanico, il rischio meteo-idrogeologico, idraulico e di frana, il rischio chimico, nucleare, industriale e trasporti e il rischio ambientale e incendi boschivi»: agli ambiti di rischio così definiti corrispondono i cinque settori di intervento in cui è articolata la Commissione Nazionale per la Previsione e Prevenzione dei Grandi Rischi (da ora CGR). Essa, istituita *ex art.* 9, L. n. 225/1992, è «organo consultivo e propositivo del Servizio nazionale della protezione civile su tutte le attività della Protezione civile volte alla previsione e prevenzione delle varie ipotesi di rischio»⁵ e, mirando al coinvolgimento della comunità scientifica, opera fornendo «pareri di carattere tecnico-scientifico su quesiti del Capo Dipartimento», nonché dando indicazioni su «come migliorare la capacità di valutazione, previsione e prevenzione dei diversi rischi»⁶.

La L. n. 225/1992 ha, inoltre, attribuito agli organi centrali della Protezione civile (artt. 4, 8 e 9), nonché alle regioni (art. 12, 2° co.) ed al prefetto (art. 14, 1° co.), compiti di previsione delle varie ipotesi di rischio, così determinando «l’ingresso – a pieno titolo – dell’obbligo di prevedere i rischi

PECORELLA, *ICMESA, una rapina di salute e di territorio*, Milano 1976. Nell’ambito della letteratura scientifica internazionale si veda, *ex multis*, G. W. GRIBBLE, *TCDD a deadly molecule*, in *Chemistry*, 1974, vol. 47, n. 2, 15 ss.; L. MCGINTY, *The graveyard on Milan's doorstep*, in *New Scientist*, 1976, vol. 71, n. 1014, 383 ss. L’incidente di Seveso non fu tuttavia il primo che si verificò in Europa: è, ad esempio, noto che a *Bolsover*, nel *Derbyshire*, in Inghilterra, il 23 aprile 1968, nello stabilimento della *Coalite & Chemical Products*, mentre in un impianto pilota si produceva triclorofenolo, improvvisamente si verificò un aumento della temperatura del reattore, e ciò provocò un’esplosione e la morte del chimico che controllava il processo. Qualche giorno dopo, alcuni operai manifestarono i caratteristici sintomi dell’intossicazione da “diossina” (in particolare cloracne) ed altri fra essi si ammalarono 6 mesi dopo l’incidente. Furono in totale 79 gli operai che subirono danni più o meno gravi: per approfondimenti, G. MAY, *Chloracne from the accidental production of tetrachlorodibenzodioxin*, in *British Journal of Industrial Medicine*, 1973, vol. 30, n. 3, 276 ss.

⁴ Sia consentito, per una più ampia trattazione del tema, e per più ampi riferimenti bibliografici, rinviare ad A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un’indagine sistemica*, Napoli, 2020, 350 ss.

⁵ Per approfondimenti, sul «sottile e sovente impreciso il confine che separa la protezione civile dal governo ordinario del territorio, dell’economia e del Paese», F. GABRIELLI, *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, Pisa, 2014, 5 ss.

⁶ Cfr. www.protezionecivile.gov.it/servizio-nazionale/organi-centrali/commissione-grandi-rischi.

tra i compiti delle pubbliche amministrazioni alle quali sono attribuiti compiti in materia di Protezione civile»⁷.

Particolare rilievo, ai fini dell'indagine, va attribuito anche all'art. 3 della medesima legge, che – tra le attività della Protezione civile – contempla «la previsione (individuazione delle cause dei fenomeni calamitosi) e la prevenzione (attività dirette ad evitare o ridurre al minimo la possibilità che si verifichino danni conseguenti agli eventi calamitosi)»⁸.

L'attività predittiva di calamità naturali, infatti, pur non potendo abbracciare la precisa dimensione spazio-temporale degli eventi, consente l'anticipata rappresentazione di sempre più estesi (e dettagliati) aspetti degli incombenti 'Grandi Rischi': ne conseguono, per i soggetti istituzionalmente competenti a gestire il "rischio previsto", stringenti obblighi, riassumibili nel compito di adottare – attraverso una congrua, efficace, tempestiva attività di prevenzione – le misure idonee a salvaguardare i beni che la posizione di garanzia di cui sono titolari impone loro di proteggere.

Ulteriore possibile fonte di 'Grandi Rischi', alla quale poc'anzi facevamo riferimento, è costituita dalla condotta di soggetti che, originariamente o per effetto di tale condotta, divengono garanti dei beni giuridici minacciati dal pericolo che viene in rilievo. Tale condotta, talvolta, amplifica la dirompenza offensiva di una calamità naturale, come accaduto nel caso del terremoto di San Giuliano di Puglia, che ha concorso a cagionare il crollo di un edificio scolastico, sopraelevato in patente violazione dei regolamenti edilizi e della normativa antisismica⁹; talaltra, invece, costituisce causa unica della concretizzazione di 'Grandi Rischi'. Di particolare interesse, sotto tale ultimo profilo, sono le numerose vicende giudiziarie che hanno impegnato e continuano ad impegnare la nostra giurisprudenza. Tra esse, in questa sede, analizzeremo il procedimento penale – pendente, ad oggi, in appello – originato dalla tragedia consumatasi durante la proiezione della finale di Champions League, in Piazza S. Carlo, a Torino, avvenuta il 3 giugno 2017.

2. La nostra ricerca, prima di inoltrarsi nei sentieri teoretici involgenti anche la condotta di 'garanti' che abbiano contribuito a generare 'Grandi Rischi', abbraccerà le ipotesi in cui – a tradursi in offesa per la vita e l'integrità fisica di un indeterminato numero di persone – siano i pericoli concretizzatisi solo in virtù del verificarsi di una calamità naturale.

L'indagine, pertanto, proverà ora ad individuare il bandolo dell'intricata matassa generata, nella *law in action*, dall'intreccio dei fili di prevedibilità, previsione e prevenzione degli eventi offensivi.

2.1. Le più gravi calamità naturali della recente storia italiana, sovente, non sono state previste, pur essendo – quantomeno mentre iniziavano a manifestarsi – prevedibili.

Ciò, secondo la Corte di cassazione¹⁰, è a dirsi dell'alluvione che, nel 1998, colpì Sarno e le zone limitrofe¹¹.

⁷ Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, in *www.ambientediritto.it*, *Motivi della decisione*, parte IV, § 9.

⁸ Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte IV, § 4. Analoghe competenze sono state poi attribuite ai Comuni ex art. 108, lett. c), n. 1, D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

⁹ Vedi *infra* § 3.

¹⁰ Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte IV, § 14.

¹¹ Il diffuso riferimento all'alluvione è in verità improprio: nella specie, infatti, come rileva Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Ritenuto in fatto*, § 1, si è trattato, piuttosto, della discesa, dalla montagna sovrastante «di rapide di fango che investirono vari abitati, tra cui il più colpito fu quello di Sarno, in provincia di Salerno, dove si

Nel capo di imputazione¹², al sindaco fu contestato l'aver colposamente cagionato la morte di 137 persone, per aver omesso di:

- (i) dare tempestivamente il segnale di allarme alla popolazione;
- (ii) disporre l'evacuazione delle persone residenti nelle zone a rischio;
- (iii) convocare ed insediare tempestivamente il comitato locale per la Protezione civile;
- (iv) dare tempestivo e congruo allarme alla Prefettura di Salerno.

Fu inoltre contestato al sindaco, ma anche all'assessore che collaborò nella gestione dell'emergenza, (v) l'aver fornito alla popolazione in pericolo notizie imprudentemente rassicuranti sulla emergenza in atto, diffondendo il sindaco due appelli televisivi e l'assessore un appello televisivo, con i quali si invitavano i cittadini a restare nelle proprie abitazioni, facendo così ritenere che la situazione fosse sotto controllo ed inesistente il pericolo;

(vi) l'aver rifiutato – assumendo l'insussistenza di pericolo per la vita dei pazienti – l'evacuazione dei plessi ospedalieri in pericolo, nonostante la richiesta in tal senso avanzata dall'Autorità sanitaria competente.

La pubblica accusa ha ravvisato in tali condotte una responsabilità a titolo di colpa generica, sostanziata nella negligente sottovalutazione della gravità degli eventi; nella comunicazione di notizie imprudentemente tranquillizzanti; nella mancata evacuazione della popolazione delle zone a rischio¹³. I giudici di merito, considerato che «i fenomeni che si erano verificati negli anni precedenti non avevano mai assunto caratteristiche simili (...) sia per le dimensioni che per la velocità delle colate»¹⁴, ne avevano desunto che non fosse prevedibile il verificarsi di un fenomeno così devastante e che, tantomeno, fosse esigibile dal sindaco che egli disponesse l'allertamento e l'evacuazione delle popolazioni che si trovavano nelle zone a rischio¹⁵.

Ne erano seguite pronunce assolutorie, annullate in sede di legittimità, ove gli estensori¹⁶ hanno censurato la parte della motivazione della sentenza impugnata, che adottava una nozione di “agente modello” riferita al *percepito* (la situazione «concretamente percepita» dal sindaco, alla luce della realtà dei fatti che questi «conosceva») e non, come sarebbe stato corretto, al *percepibile* «con l'osservanza del livello di diligenza richiesto per il medesimo agente»¹⁷.

La Corte territoriale, inoltre, a sostegno della tesi dell'imprevedibilità di un'evoluzione così catastrofica del fenomeno, aveva addotto il rilievo che la comunità scientifica «ignorava

verificavano 137 morti di persone». Il fenomeno, si precisa *ibidem*, «è ricorrente per gli abitati siti alle pendici della montagna: «in particolare nel comune di Sarno ne erano conosciuti almeno quattro verificatisi nel corso del ventesimo secolo sia pure con caratteristiche di minor gravità e intensità».

¹² Come puntualmente riportato da Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte I, § 2.

¹³ Cfr. Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte IV, § 8.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ La Corte d'appello di Salerno, evidenziano gli estensori *ibidem*, utilizzando il criterio del conosciuto e del percepito dall'agente reale, ha escluso la prevedibilità considerando, tra l'altro, «la particolarità delle colate rapide di fango, fenomeno rispetto al quale la comunità scientifica (e conseguentemente la protezione civile) era impreparata» anche perché: (i) i precedenti avevano avuto natura diversa; (ii) nessuno in quel tragico giorno ebbe a sollecitare l'evacuazione dei siti a rischio; difettava la consapevolezza dell'elemento decisivo costituito dalla velocità della colata; (iii) anche dopo le 20,30 non erano prevedibili gli eventi franosi; la scelta di far evacuare le persone era “assolutamente opinabile”.

¹⁶ Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte IV, § 9.

¹⁷ *Ibidem*.

sostanzialmente il fenomeno delle colate rapide» ed erano noti «solo due esempi di questi fenomeni, mai verificatisi in Italia o in Europa, ma solo in altre parti del mondo»¹⁸.

Il giudice di legittimità ha in ciò ravvisato un ulteriore errore di prospettiva, statuendo che oggetto del giudizio di prevedibilità non è quanto avvenuto in passato, bensì la «rappresentabilità di possibili, ulteriori e più gravi eventi dannosi»¹⁹: pertanto, «se è noto che un territorio ha caratteristiche di elevato rischio sismico non è sufficiente, nella valutazione della prevedibilità di eventi dannosi, riferirsi ai terremoti verificatisi in passato, ma occorre fare riferimento alla possibilità che se ne verifichino di più devastanti»²⁰.

Il concetto di prevedibilità, nell'orizzonte di pensiero del giudice di legittimità, viene quindi declinato in una duplice prospettiva: da un lato, esso (formulato *ex ante*) ha caratteristiche predittive, alle quali è coesistente l'analisi di quanto avvenuto in passato; dall'altro, però, implica la necessità di non ignorare le possibili evoluzioni del fenomeno, che ben potrebbe manifestarsi con caratteristiche diverse e più distruttive.

Nella situazione descritta, dunque, rileva la Corte di cassazione, agente modello «è quello in grado di ipotizzare le conseguenze più gravi di un fenomeno ricorrente; non quello che si adagi su esperienze precedenti senza che esistano elementi di conoscenza che consentano di escludere che i fenomeni possano avere carattere di maggior gravità. Anzi, è proprio la natura ricorrente del fenomeno che impone un obbligo di maggior diligenza nell'affrontare la situazione»²¹.

A fortiori, è stato osservato che, ove di un fenomeno non si conoscano le caratteristiche fondamentali (e, in particolare, le cause, le possibilità di evoluzione, gli effetti possibili), occorre – per eliminarne o ridurne le possibili conseguenze – impiegare «una cautela (...) ancor maggiore»²². E ciò non muta allorché, come nella specie, gli scienziati non abbiano ancora maturato conoscenze specialistiche adeguate, poiché il carattere “aperto” dell'evoluzione scientifica impone un più elevato grado di attenzione e cautela. Tali considerazioni rendono, secondo il giudice di legittimità, manifestamente illogiche e contraddittorie le motivazioni della sentenza impugnata, che – nel valutare la prevedibilità – non tiene conto di tutte le contingenze del caso concreto – e, tra esse, del fatto che «il piano comunale di Protezione civile del 1995 qualifica come “alto” il rischio di frane e valanghe

¹⁸ Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte IV, § 7.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte IV, § 8. Ovvero, si rileva - *ibidem* - con altra esemplificazione, «se si conosce che un fiume è soggetto a esondazioni la regola cautelare da adottare non è quella di evitare insediamenti abitativi nelle zone storicamente colpite dalle alluvioni – perché è sempre possibile, e quindi prevedibile, che se ne verifichino di più estese – ma quella di escludere questi insediamenti nelle zone che in astratto potrebbero essere colpite da una inondazione di dimensioni maggiori rispetto a quelle storicamente verificatisi (o di costruire argini che possano prevenire il verificarsi di eventi dannosi in relazione alle inondazioni ipotizzabili)».

²¹ Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte IV, § 8.

²² *Ibidem*.

nel comune di Sarno»²³. Le conclusioni, pertanto, sono ritenute contrastanti «con quanto dagli stessi giudici accertato»²⁴.

2.2. In epoca più recente, la Corte di cassazione ha definito il procedimento penale che ha tratto origine dagli accadimenti del 1° ottobre 2009, allorché «talune frazioni collocate nella zona più meridionale di Scaletta Zanclea (...) contigue, sono stati interessati da un prolungato ed intensissimo nubifragio»: ne sono conseguite «imponenti frane e colate detritiche, che nel loro furioso moto verso valle hanno cagionato devastazione del territorio e la morte di molte persone»²⁵.

I sindaci dei Comuni interessati sono stati tratti a giudizio per il reato di omicidio colposo plurimo²⁶, per aver cagionato la morte di quanti vennero «investiti e travolti da processi di frana e trasporti di massa-di tipo scorrimento, crollo e colata detritica e di fango»²⁷.

Con sentenza del 27 aprile 2016, il Tribunale di Messina ha pronunciato sentenza di condanna, per avere gli imputati «omesso di adempiere agli obblighi di gestione dell'emergenza ed in particolare quelli di allertamento ed evacuazione degli abitanti presenti nelle zone a rischio»²⁸. Il giudice di prime cure ha ritenuto che i sindaci, autorità comunali di Protezione civile, fossero titolari «di una posizione di garanzia nei confronti delle collettività amministrate»²⁹ e – per l'effetto – istituzionalmente competenti a gestire il rischio considerato. Essi, pertanto, avrebbero dovuto ispirare la propria azione ad «interventi dal contenuto complesso e via via mutevole, in relazione al variare delle situazioni contingenti»³⁰ che, nella specie, avrebbero richiesto il monitoraggio del fenomeno naturale, nonché

²³ Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte IV, § 9. Inevitabile – del resto – che un'incongruenza ne implichi altre: in base ai fatti accertati, i giudici di merito avrebbero dovuto verificare «se già alle ore 16, per l'agente modello di sindaco, si dovesse porre il problema dell'individuazione e dell'evacuazione delle zone a rischio e, in relazione all'asserita inesigibilità di questa condotta (...) indicare le ragioni ostative che non possono essere quelle indicate nelle sentenza che fanno riferimento – in contraddizione con quanto accertato sull'evoluzione peggiorativa già riscontrabile alle ore 16 – ad un'esigenza che sorge solo dopo le ore 18,30 o addirittura dopo le ore 20» (ivi, § 7). Dunque, aggiunge la Corte di cassazione (ivi, § 9), prima di affermare che l'evacuazione fosse impossibile «andavano individuate le zone effettivamente a rischio per le ragioni più volte indicate e andava limitato a queste zone il calcolo delle persone da sgomberare, tenuto in particolare conto della circostanza che la più parte delle morti (...) si sono verificate tra le ore 23,45 e le ore 23,50».

²⁴ Cass., sez. IV, sentenza 3 maggio 2010, n. 16761, cit., *Motivi della decisione*, parte IV, § 9.

²⁵ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, in www.italgiure.giustizia.it, *Ritenuto in fatto*, § 1.2.

²⁶ Nel capo di imputazione (testualmente richiamato da Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 3.1), le contestazioni erano le seguenti: «B.M., nella qualità di sindaco del Comune di (omissi) e di autorità comunale di protezione civile, per avere, con colpa consistita in negligenza ed imperizia (capo a): – omesso di adottare un piano di Protezione civile finalizzato alla gestione dell'emergenza idrogeologica, che prevedesse tra l'altro delle idonee misure di regolamentazione del traffico veicolare in condizioni di emergenza; – omesso di assumere le iniziative necessarie a realizzare interventi di salvaguardia e protezione dell'abitato, quali la realizzazione a monte dello stesso e lungo i torrenti di piazze di deposito per la raccolta di trasporto solido; – omesso di adempiere agli obblighi di gestione dell'emergenza ed in particolare quelli di allertamento ed evacuazione degli abitanti presenti nelle zone a rischio; per B.G., nella qualità di sindaco del Comune di XXXXXXXX e di autorità comunale di Protezione civile, per avere, con colpa consistita in negligenza ed imperizia (capo c): – omesso di valutare il livello di rischio evidenziato dalla nota prot.n. 738/GO del 22 novembre 2007 e dallo studio geologico allegato alla proposta per l'aggiornamento del P.A.I., non adottando conseguentemente i piani di allertamento, di sgombero temporaneo degli edifici a rischio e gli ulteriori interventi risolutivi idonei a salvaguardare la popolazione delle aree colpite dall'evento disastroso di cui sopra; – omesso di adempiere agli obblighi di gestione dell'emergenza ed in particolare quelli di allertamento ed evacuazione degli abitanti presenti nelle zone a rischio».

²⁷ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 3.1.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Tale ricostruzione delle motivazioni di merito è tratta da Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, §§ 1.4 ss. nonché § 3.1 e 9.3.

³⁰ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 1.4.

l'allertamento (e la successiva evacuazione) della popolazione delle zone a rischio³¹. Gli imputati, invece, con la loro inazione, avrebbero «disatteso le regole cautelari cui avrebbero dovuto adeguare il loro agire»³². In particolare, erano oggetto del giudizio di prevedibilità gli «accadimenti distruttivi direttamente riconducibili alle colate detritiche»³³: occorre, pertanto, domandarsi se fosse concretamente ipotizzabile che i centri interessati sarebbero stati investiti da «imponenti movimenti detritici in occasione di intense precipitazioni e, inoltre, se fosse possibile prefigurarsi con tratti di adeguata concretezza l'effetto distruttivo che ne sarebbe derivato»³⁴.

A tale quesito, il giudice di prime cure ha fornito risposta positiva, soprattutto in considerazione del fatto che quelle zone erano già state interessate, di recente, da «un consimile evento (...) “sinistro campanello di allarme, malauguratamente inascoltato, della speciale fragilità del territorio”»³⁵.

Sotto questo aspetto, la Corte d'appello ha condiviso il ragionamento del Tribunale, ritenendo inevitabile considerare che i due sindaci – ai quali erano ben noti i luoghi ed i pregressi eventi – «si fossero rappresentati non solo accadimenti paragonabili a quelli di due anni prima, che solo per un caso fortuito non avevano provocato vittime, ma (...) anche eventi di maggiore portata distruttiva, essendo evidente che la instabilità dei crinali delle montagne sovrastanti gli abitati potesse attivare frane di diverse e più imponenti proporzioni a seconda dell'intensità delle precipitazioni che potevano colpire le aree in questione»³⁶.

Pertanto, stando alla concorde valutazione dei giudici di primo e secondo grado, «i due amministratori, consapevoli di tali pericoli, in forza del ruolo ricoperto all'interno del sistema di Protezione civile (...) dovevano essere preparati ad intervenire ove si fosse in concreto palesato il rischio temuto»³⁷. I giudici di merito – adottando il parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* – hanno quindi ritenuto l'evento prevedibile: era pertanto doveroso compiere attività di «monitoraggio ed allertamento della popolazione», che avrebbero ragionevolmente condotto all'evacuazione dei territori esposti a rischio ed evitato gli eventi³⁸.

Era, questo, un 'comportamento alternativo lecito' che il giudice di prime cure ha inoltre ritenuto esigibile, poiché «il numero di soggetti potenzialmente coinvolti nella misura emergenziale, ben lontano da potersi definire di speciale momento – data la cifra modestissima di abitanti dimoranti nelle zone più esposte a rischio – rendeva l'operazione precauzionale non certo agevole, in considerazione delle precarie condizioni delle vie di comunicazione, ma comunque ben lontana da potersi definire impossibile da affrontare»³⁹. Sotto tale ultimo profilo, a conclusione opposta è giunta la Corte d'appello che, nell'assolvere gli imputati, ha ritenuto «carente la pronuncia del primo giudice quanto alla dimostrazione che ai sindaci fosse stato segnalato per tempo che la piovosità nelle zone a rischio (...) aveva raggiunto livelli preoccupanti, tali da imporre l'adozione dei provvedimenti

³¹ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 3.1.

³² I passaggi della motivazione delle pronunce di merito, qui riportati, sono tratti da Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., § 1.4 ss., nonché § 9.2 s.

³³ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 1.4.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 1.5.

³⁶ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 9.3

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 1.5.

³⁹ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 1.6.

straordinari indicati»⁴⁰: stando ai giudici del gravame del merito, le incertezze sugli orari in cui i sindaci sono stati avvertiti di quanto stesse accadendo, non consentivano di ritenere acclarata l'esigibilità di un «loro utile intervento volto all'allertamento ed alla evacuazione della popolazione»⁴¹.

La Corte di cassazione, sulla falsariga della pronuncia di legittimità che ha definito il procedimento penale originato dall'alluvione di Sarno, ha statuito che il giudizio di prevedibilità «non va compiuto con riferimento a quanto è avvenuto in passato ma a quanto può avvenire in futuro nel senso che involge un giudizio di rappresentabilità di possibili, ulteriori e più gravi eventi dannosi»⁴². Gli estensori di legittimità, pertanto, traslando questi rilievi ai fatti di causa, hanno statuito che la valutazione avrebbe dovuto avere ad oggetto la ragionevole prevedibilità, in occasione di intense precipitazioni, degli imponenti movimenti detritici verificatisi e della conseguente rappresentabilità «con tratti di adeguata concretezza, dell'effetto distruttivo che da queste ultime sarebbe provenuto per le persone e per le cose lì presenti»⁴³.

Ebbene, a differenza dei giudici di merito, che hanno valutato evidente il rischio che abbondanti piogge attivassero il movimento di imponenti quantitativi di detriti gravanti sui pendii delle montagne e spingerli a valle⁴⁴, la Corte di cassazione ha considerato manifestamente illogico e contraddittorio ritenere sussistente (...) l'indagata prevedibilità che, dovendo essere valutata in concreto, andava esclusa. Da un lato, poiché lo sviluppo degli eventi non era «ragionevolmente deducibile dal tenore degli avvisi di Protezione civile», in virtù del loro carattere «generico e aspecifico»⁴⁵. Dall'altro, poiché nel corso dell'istruttoria dibattimentale gli esperti avevano concordemente dichiarato che «alle ore 11.00 l'immagine visibile via satellite mostrava una Sicilia orientale completamente sgombra da nubi»: solo intorno alle ore 16.00, infatti, «un sistema nuvoloso (...) aveva iniziato ad apportare le prime piogge, di non straordinaria intensità (...) in quel contesto spaziale (...) e si era quindi formata un'imponente cellula temporalesca autogenerante»⁴⁶. Lo svilupparsi della situazione meteorologica, pertanto, era stata ritenuta «evoluzione repentina, assolutamente imprevedibile in quelle poche ore (...) in cui si erano verificati i tragici eventi»⁴⁷. Su queste considerazioni, gli estensori hanno fondato la tesi che non sia affatto sufficiente, per affermare la prevedibilità in concreto dell'evento dannoso, «l'evocazione dell'essersi già verificati in passato eventi dannosi simili»⁴⁸.

⁴⁰ Non risultava infatti provato, secondo i giudici del secondo grado, che – nel caso del Comune “X” – l'avviso spedito dalla Prefettura, indicante la fase di “attenzione”, fosse mai stato posto all'attenzione del sindaco; mentre con riferimento al Comune “Y” l'avviso – ricevuto dal sindaco per sms – aveva carattere assolutamente generico dell'avviso: «appariva pertanto inesigibile – a giudizio della Corte di Appello – organizzare in poche ore il monitoraggio di tutto il territorio comunale, caratterizzato da numerose zone esposte a rischio idrico ed idrogeologico»: Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 2.2.

⁴¹ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Ritenuto in fatto*, § 2.2.

⁴² Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Considerato in diritto*, § 9.2

⁴³ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Considerato in diritto*, § 9.3.

⁴⁴ Tale rischio – si rileva *ibidem* – è stato desunto «dalla conformazione orografica del territorio; dalla quantità di sedimenti che gravavano sui rilievi montuosi sovrastanti gli abitati; dalle ripetute e pericolose esondazioni dei torrenti che lo attraversano, in condizioni di eccezionale piovosità concentrate in poche ore».

⁴⁵ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Considerato in diritto*, § 9.4.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Considerato in diritto*, § 9.6. Il riferimento è all'emanazione della circolare n. 7117 del 10 febbraio 2016 del Dipartimento della Protezione civile, “Indicazioni per l'organizzazione e l'omogeneizzazione dei messaggi di allertamento e delle relative fasi operative per rischio meteoidrogeologico”.

Tanto più ciò vale, secondo gli estensori, allorché – come nella specie – all’epoca dei fatti non vi fosse, su scala nazionale, un adeguato coordinamento dei livelli di allerta con le procedure di emergenza. Il giudizio di merito ha accertato, infatti, che solo dal 2016 «è stato dato risalto al “rischio idrogeologico derivante da fenomeni temporaleschi”, proprio grazie allo studio di eventi calamitosi che hanno interessato varie regioni d’Italia e provocato un elevato numero di morti». Ciò posto, rileva il Collegio, va esclusa la responsabilità colposa degli imputati. Tale conclusione, però, deve essere compiuta «a prescindere dalle valutazioni della Corte messinese circa il momento e le modalità della acquisita consapevolezza da parte dei sindaci della tragicità della situazione solo allorquando la stessa era ormai precipitata»⁴⁹.

Rileva, infatti, ancor prima, la carenza di prevedibilità dell’evento, desumibile da tre elementi fondamentali: «il tenore generico degli avvisi, che non lasciava prevedere quanto poi sarebbe accaduto; la velocità con la quale le piogge si erano intensificate (...) rispetto ad un momento iniziale sicuramente non allarmante; l’inesistenza di qualsivoglia prescrizione di attività operative di Protezione civile conseguenti al segnalato stato di “preallerta”»⁵⁰. Rileviamo, incidentalmente, che condivisibili appaiono tali ultimi tracciati argomentativi: la prevedibilità deve essere valutata alla luce di ogni contingenza della fattispecie concreta. Una diversa soluzione, infatti, si tradurrebbe in una prevedibilità *in re ipsa*, e, per l’effetto, in una forma di responsabilità oggettiva occulta, che fonderebbe la responsabilità penale su di una prevedibilità ‘posticcia’ che, protesa a conseguire esiti di prevenzione generale, conseguirebbe, invece, ulteriori frutti avvelenati, acuendo la distanza tra *Sein* e *Sollen* di un sistema penale che voglia candidarsi a conseguire, nella dinamica sanzionatoria, esiti di integrazione sociale.

2.3. Le vicende giudiziarie sin qui accennate sono accomunate dall’aver tratto origine dalla mancata previsione degli eventi.

Va tuttavia rilevato che – pur ove l’evento sia stato previsto – l’esperienza ha mostrato che l’antico brocardo *praemonitus praemunitus* non sempre trovi effettiva concretizzazione: emblematica la tragedia che colpì Genova il 4 novembre 2011, quando si verificò l’esondazione del rio Fereggiano. In quella fattispecie concreta, al *praemonitus* (frutto di un’efficace attività di previsione), non è seguito il *praemunitus*, poiché inadeguata è stata la conseguente attività di prevenzione. Preziosa, dunque, è l’analisi di tale decisione che – nel tentativo di sciogliere i nodi generati dagli intrecci tra la prevedibilità dei ‘Grandi Rischi’, effettiva previsione ed attività di prevenzione – può fungere da pungolo alla riflessione dottrinale.

Nella specie, l’esondazione causò «la morte di sei persone, e lesioni ad altre due, nonché danni ingenti a beni materiali, assumendo (...) le caratteristiche proprie del disastro, come disciplinato dagli articoli 449 e 434 del codice penale»⁵¹. Da ciò è scaturito, a carico dei soggetti individuati come istituzionalmente competenti a gestire quel rischio, un procedimento penale per disastro innominato

Mancava, prima di tale data, «per il caso di criticità ordinaria, la predisposizione di un controllo a vista dei punti critici e, anche in considerazione della carenza di uomini, mezzi e strutture non reperibili certo in poche ore (...) non era materialmente possibile, in meno di ventiquattro ore, predisporre un tale servizio in assenza di un preordinato piano di emergenza per le zone a rischio»: cfr. Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Considerato in diritto*, § 2.2.

⁴⁹ Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, cit., *Considerato in diritto*, § 9.7.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, in www.italgiure.giustizia.it, *Ritenuto in fatto*, § 1.

colposo, aggravato dalla violazione dei doveri di pubblico ufficiale, in concorso formale con quello di omicidio colposo plurimo e lesioni colpose⁵². In particolare, gli addebiti mossi ai soggetti istituzionalmente competenti a gestire quel rischio si fondano sulla considerazione che – pur essendo la calamità naturale inevitabile – altrettanto non può dirsi di alcune delle conseguenze scaturitene. L'esondazione, infatti, è avvenuta il 4 novembre 2011, allorquando già da 48 ore «tutta l'attività di Protezione civile era stata indirizzata a fronteggiare le temute piogge e le possibili esondazioni dei corsi d'acqua presenti sul territorio comunale, come testimonia, a tacer d'altro, l'attività di monitoraggio dei livelli dei corsi d'acqua organizzata attraverso i pluviometri e l'ausilio dei volontari incaricati di effettuare personalmente le verifiche *in loco*»⁵³.

Occorreva, pertanto, chiedersi se potesse formularsi – e, nel caso, in che termini – un giudizio di prevedibilità degli accadimenti distruttivi direttamente riconducibili all'esondazione del rio Fereggiano, determinatasi a seguito dalle consistenti precipitazioni della tarda mattinata del giorno della tragedia. Nel rispondere a tale quesito, la Corte di cassazione ha ritenuto «ragionevolmente prevedibile e probabile che tali eventi si producessero, a fronte di precipitazioni piovose che non solo erano prevedibili, ma che nello specifico erano state chiaramente previste, ancorché non specificamente localizzate»⁵⁴.

La risposta al quesito è, dunque, *in re ipsa*: l'esondazione del rio Fereggiano, difatti, «non solo era prevedibile, ma era stata in concreto prevista»⁵⁵, come dimostra il fatto che l'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente ligure (ARPAL) «aveva diramato un bollettino di ALLERTA 2, il più alto dell'epoca, ben due giorni prima che l'esondazione si verificasse»⁵⁶. Ciò aveva indotto il Comitato comunale di protezione civile (in seguito, COC), il giorno precedente a quello in cui si sarebbe verificata l'esondazione, a elaborare «misure da adottare per fronteggiare l'emergenza, racchiuse in 30 punti: tra queste, era previsto il raddoppio delle pattuglie di PM, il presidio territoriale delle frane, la chiusura dei cimiteri e dei parchi cittadini»⁵⁷. Nella fase della previsione, dunque, «il sistema di Protezione Civile della Regione Liguria e dello stesso Comune di Genova aveva funzionato appieno»⁵⁸.

Nonostante che il tema della prevedibilità fosse – nella specie – *in re ipsa* superato dall'effettiva previsione dell'evento, la Corte di cassazione ha inteso affrontarlo. Tale scelta si spiega con l'intento, espressamente dichiarato dagli estensori, di emendare in senso garantista il *dictum* della pronuncia che definì la vicenda giudiziaria originata dall'alluvione di Sarno. In motivazione⁵⁹, da un lato, viene espressa condivisione per il principio, ivi affermato, stando al quale – in relazione agli eventi naturali o alle calamità che si sviluppino progressivamente – «il giudizio di prevedibilità deve tener conto della natura e delle dimensioni di eventi analoghi storicamente già verificatisi», dovendo tuttavia considerarsi «che fenomeni ricorrenti e già realizzatisi in passato possano avere conseguenze anche peggiori rispetto a quelle già viste». Dall'altro, però, si mira a ridisegnare tale principio, per ricondurlo «a canoni di ragionevole prevedibilità e probabilità *ex ante*», limitando alla prevedibilità

⁵² Cfr. Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Ritenuto in fatto*, § 2.

⁵³ Cfr. Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 1.3.

⁵⁴ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 7.3.

⁵⁵ Cfr. Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 1.3.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 7.3.

«ragionevole», dotata di «plausibilità razionale rispetto alla regola cautelare e ai dati di conoscenza del territorio»⁶⁰, la possibilità di imputare eventi calamitosi che presentino, rispetto al passato, «dimensioni e caratteristiche più gravi».

Esemplificando tale assunto, il Collegio evidenzia che, «ad esempio, è ragionevolmente prevedibile che la frequente esondazione di un torrente possa interessare aree più ampie di quelle che ha interessato in passato, ma non certamente che coinvolga l'intera città. Oppure che un fenomeno che in passato ha provocato solo lievi smottamenti della strada possa in futuro provocare anche una più ampia frana. Ma non certamente il venir giù dell'intera montagna»⁶¹.

Il preteso *novum* della pronuncia starebbe nell'aver «circoscritto la portata del principio affermato dalla sentenza del 2010 di questa Sezione sui fatti di Sarno».

Invero, a nostro sommo avviso, i canoni della 'ragionevole prevedibilità' e della 'plausibilità razionale' degli eventi già erano desumibili dalla pronuncia che, nel 2010, ha definito la vicenda giudiziaria seguita all'alluvione di Sarno. Tale sentenza, nel riferire la prevedibilità anche a possibili eventi più gravi, non prescindeva, infatti, dal parametro dell'agente modello, rapportato all'*homo eiusdem condicionis et professionis*. Già ne conseguiva, quindi, la limitazione del campo della prevedibilità a ciò che avrebbe dovuto conoscere e percepire l'idealtipo di riferimento (dunque, nella vicenda di Sarno, il sindaco).

La Corte di cassazione non ha mancato di precisare che, la violazione degli obblighi sottesi alle attività di prevenzione configura ipotesi di colpa specifica⁶². La fondamentale importanza del concetto di prevenzione in materia di 'Grandi Rischi', infatti, ha indotto il legislatore a precisare i doveri ad esso connessi, nonché a cristallizzarli nell'art. 3, 3° co., l. n. 225/1992, ai sensi del quale la prevenzione si identifica con «le attività volte ad evitare o ridurre al minimo la possibilità che si verifichino danni, conseguenti agli eventi [calamitosi] di cui all'articolo 2, anche sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione».

Si tratta, quindi, di attività non più di studio, bensì operative, orientate dalle implicazioni del brocardo *praemonitus praemunitus*. Sulla base delle informazioni tratte dalle attività di previsione – volte ad individuare le cause dei fenomeni calamitosi – si devono cioè intraprendere adeguate iniziative atte a mitigare il rischio. Tali iniziative, secondo l'efficace sintesi della Corte di cassazione, devono tradursi in «azioni di grande respiro, che coinvolgano aspetti tecnico-politici di programmazione prioritaria di interventi»⁶³ e sono dirette ad evitare le conseguenze dannose di eventi naturali. Ove tali azioni non vengano compiute, gli eventi che sarebbero stati evitabili con un'adeguata attività di prevenzione sono penalmente imputabili ai soggetti istituzionalmente competenti a gestire quel rischio, a condizione che questi ultimi siano stati correttamente e tempestivamente informati degli indicatori di rischio⁶⁴.

Vedremo, adesso, in che modo tali concetti hanno trovato applicazione nella vicenda giudiziaria in argomento.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² In tal senso, Cass., sez. IV, sentenza 12 aprile 2019, n. 16029, www.italgiure.giustizia.it, *Considerato in diritto*, § 8.5.

⁶³ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 8.

⁶⁴ *Ibidem*.

I soggetti competenti a gestire il rischio nella situazione concreta sono stati individuati nel sindaco, nell'assessore con la delega in materia di protezione civile e nei componenti del COC⁶⁵ – anche se, stando alla concorde opinione dei giudici, non era affatto da escludersi che alle responsabilità degli imputati avrebbero dovuto affiancarsi «quelle di altri soggetti, quali i dirigenti scolastici ed i vertici della Polizia Municipale, titolari di autonome posizioni di garanzia»⁶⁶.

Nel giudizio di merito, acclarato che gli imputati fossero i soggetti “garanti” – e individuate le fonti delle regole cautelari (prima fra esse, la più volte citata l. n. 225/1992) – è stata accertata, con giudizio controfattuale, l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito.

Se, cioè, «fossero state assunte le iniziative cautelari esigibili, con elevata probabilità logica esse avrebbero limitato sensibilmente il realizzarsi dell'evento che quella condotta mirava a scongiurare»⁶⁷. Ciò nonostante, gli imputati non hanno agito come avrebbero dovuto.

Decisivo, in tal senso, a loro dire, è stato il riferimento al c.d. Metodo Augustus⁶⁸, che sconsiglia di «chiudere scuole e servizi ad ogni pioggia più intensa»⁶⁹.

Questi rilievi, del resto, stando alla testimonianza del meteorologo Robbiano, furono corroborati dalla preoccupazione, comune ai membri del COC, che «nel caso non si fossero manifestate queste alluvioni, che erano d'altronde una probabilità, non una certezza (...) la stampa e l'opinione pubblica avrebbero mugugnato sull'eccesso di cautela»⁷⁰. Ciò, va detto, spiega – ma non giustifica – l'estrema ‘timidezza’ dell'attività di prevenzione di eventi pur concretamente previsti⁷¹.

Potrebbe sorprendere, nella vicenda che approfondiamo, il fallimento dell'attività di prevenzione. I “garanti”, infatti, si sono affidati al medesimo sistema che in analoghe situazioni aveva funzionato, «ovvero a quello dei pluviometri e della presenza sugli argini dei fiumi dei volontari della Protezione Civile»⁷², attraverso i quali – sin dal 2 novembre – furono monitorati i corsi d'acqua che potevano esondare, compreso il rio Fereggiano. Per quale motivo, dunque, non si è riusciti a prevenire la tragedia, adottando i provvedimenti necessari – tra cui la chiusura delle scuole – una volta palesatasi l'imminenza del pericolo?

⁶⁵ Un ruolo ‘direttivo’ nella concreta gestione del rischio è stato assunto dall'assessore alla Protezione civile che – oltre a assicurare, tramite i mass-media, i cittadini genovesi, il 4 novembre 2011 ha presieduto, sin dalla prima mattina, il COC: cfr. Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 4.

⁶⁶ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 1.3. Così tale assunto è spiegato in motivazione (ivi, § 4): «va rimarcata la non secondaria posizione di garanzia e la possibile corresponsabilità di tanti dirigenti scolastici, che sono apparsi preoccupati di liberarsi del problema della presenza dei ragazzi nelle scuole, piuttosto che di garantirne, come era loro specifico dovere, l'incolumità.

⁶⁷ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 7.

⁶⁸ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 6.2: con «il c.d. Metodo Augustus (dal nome dell'Imperatore Augusto, che fu il primo ad istituire i “tavoli consultivi” tra i suoi collaboratori e che sosteneva che “il valore della pianificazione diminuisce con l'aumentare della complessità degli eventi”), si descrive la modalità operativa adottata dal sistema di protezione civile nazionale per gestire le emergenze. Tale metodo è trasfuso, normativamente, nella Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 3 dicembre 2008».

⁶⁹ Cfr. Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 1.3.

⁷⁰ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 3.

⁷¹ Tale ‘pavidità politica’ non rende ammissibili le considerazioni dei giudici di appello – per questo correttamente ‘bacchettati’ in sede di legittimità – che, in dispregio del principio della separazione tra diritto ed etica, sono trascesi in argomentazioni intrise di *ethos*, impiegando, specie con riferimento alla condotta del sindaco, i concetti di «“latitanza” (...) “totale assenza” (...) “abdicazione ai suoi doveri” (...) “fuga dalla responsabilità” (...) “scommessa con il destino” (...) “valutazione politica dettata da considerazioni del tutto estranee alla tutela della collettività, e piuttosto indirizzate al mantenimento del consenso popolare da parte di quei ceti, commercianti ed in genere operatori economici che in occasione di interruzioni delle normali attività lamentavano danni per le loro imprese”»: inciso tratto da Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 1.3.

⁷² *Ibidem*.

Decisiva, in primo luogo, è stata l'assenza – sull'argine del torrente – del volontario della Protezione Civile a ciò deputato. Se, infatti, questi «fosse stato dove doveva essere, avrebbe potuto avvisare, sin dalle ore 11, che il rio Fereggiano stava inesorabilmente e pericolosamente salendo. E ci sarebbe stato il tempo sufficiente per chiudere le strade ed allertare i direttori scolastici per non far uscire gli studenti dalle scuole»⁷³.

Altre inefficienze hanno tuttavia concorso alla produzione degli eventi. La Corte di cassazione evidenzia – correttamente – che non è fondato contestare la mancata chiusura delle strade e del traffico veicolare, essendo acclarato che «fino al 4 novembre mattina non fu possibile identificare una specifica zona della città su cui concentrarsi (se non quella più vulnerabile, per altri motivi, ovvero di Sestri Ponente)»⁷⁴. Il temporale autorigenerante, pertanto, «non si poteva individuare nel se, nel dove, nel quando e nel quanto – e questo è stato confermato da tutti i testimoni – e perciò tutto il territorio genovese si trovava in una indifferenziata condizione di rischio»⁷⁵. Il provvedimento cautelare preteso per scongiurare la responsabilità penale, dunque, alla luce di un giudizio *ex ante*, formulato alla stregua dell'agente modello, era inesigibile. Esso, infatti, «avrebbe comportato la necessità di chiudere tutta una città per ben 72 ore consecutive», dovendo riguardare non solo «la zona specifica del Fereggiano, ma tutte le zone esondabili da Voltri a Nervi (in pratica, tutto il territorio comunale)»⁷⁶.

Secondo il Collegio, quindi, era «operativamente possibile»⁷⁷ la scelta «di non inibire il traffico veicolare e la sosta su tutto il territorio cittadino, nonché legittima l'opzione di non chiudere preventivamente le scuole»⁷⁸. La criticità della condotta degli imputati è stata ravvisata, piuttosto, nella circostanza che «la macchina allestita fu colposamente insufficiente ed inefficiente»⁷⁹.

Ciò, nei tracciati argomentativi degli estensori, ha fondato due profili di colpa. Il primo attiene ad una carenza organizzativa, *id est* all'errata scelta strategica iniziale di non individuare – sin dall'ALLERTA 2, risalente al 2 novembre – «un unico centro operativo e decisionale [volto a] monitorare costantemente la situazione ed assumere *in itinere*, ed in tempo reale, le più opportune iniziative»⁸⁰. Ove in tal senso si fosse agito, infatti, gli imputati avrebbero potuto «con notevole grado di probabilità, limitare grandemente le conseguenze dannose dell'esondazione del rio Fereggiano, alla condizione ovviamente che non si fosse verificata una inescusabile carenza organizzativa»⁸¹. Il secondo, invece, ha ad oggetto «quanto avvenuto nella mattinata del 4 novembre 2011, e quindi alla gestione dell'emergenza, cioè a quello che si poteva fare (e non si è fatto) tra le 11.56 del 4 novembre 2011 e le 12.50, ora in cui si registra l'esondazione massiva del rio Fereggiano che provoca i morti»⁸². Alle 11.56, infatti, attraverso una telefonata, era stato comunicato al Centro Operativo Automatizzato della Polizia Municipalizzata e al contiguo COC la notizia che il rio Fereggiano stava ormai esondando. Ebbene, fino alle 12.50, ora in cui l'onda di piena ha scavalcato la copertura del torrente,

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 7.3.

⁷⁹ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 1.3.

⁸⁰ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 8.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 9 e § 9.2.

«c'era quasi un'ora, durante la quale, sarebbe stato possibile, come rilevano logicamente i giudici del gravame del merito: 1. interrompere totalmente il flusso di traffico veicolare e pedonale lungo la via Fereggiano; 2. avvisare con megafoni la popolazione dell'imminente pericolo invitando tutti a non uscire da casa, ad abbandonare i piani bassi degli edifici (e soprattutto gli scantinati) e a salire ai piani alti»⁸³.

2.4. Il 31 marzo 2009, a fronte del susseguirsi di eventi sismici, fu convocata a L'Aquila la CGR: in quella data, poco prima che la riunione iniziasse, colui che doveva presiederla minimizzò il rischio sismico, rilasciando un'intervista televisiva rassicurante, nella quale spiegava che «la situazione era favorevole, essendo in atto uno scarico di energia continuo, provocato dalle scosse minori»⁸⁴.

Tale 'previsione' fu tragicamente smentita dal terremoto che – alle ore 3.32 del 6 aprile 2009 – devastò il capoluogo abruzzese: morirono centinaia di persone.

In primo grado, i componenti della CGR sono stati condannati a titolo di cooperazione colposa in omicidio e lesioni «per non aver correttamente analizzato il rischio sismico (...) tranquillizzando la popolazione con un'inappropriata “anestetizzazione mediatica della paura del terremoto, così “inducendola a non abbandonare a scopo preventivo edifici strutturalmente inadatti ad ammortizzare movimenti tellurici di forte entità»⁸⁵.

La Corte territoriale, in riforma della sentenza di prime cure, ha assolto quasi tutti gli imputati per “insussistenza del fatto” ed ha notevolmente ridimensionato gli addebiti per l'unico condannato, ritenuto tuttavia responsabile dell'imprudente propalazione pubblica di «comunicazioni mediatiche dal contenuto avventatamente rassicurante»⁸⁶.

⁸³ Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 9.2: «ci sarebbero dovute essere, in giro per la città, auto della polizia municipale munite di megafoni per allertare la popolazione, mezzi con nastri e transenne atti a chiudere le strade, pronti a concentrarsi nel punto in cui la criticità si fosse palesata tale. E un raccordo costante con forze dell'ordine e vigili del fuoco, oltre che con le direzioni scolastiche e le aziende di trasporto pubblico. C'era ancora quasi un'ora di tempo, ma in realtà non si fece nulla»: così Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 1.3. Per l'adozione di tali accorgimenti estremi, tuttavia, si rileva in altra parte della motivazione (Cass., sez. IV, sentenza 22 maggio 2019, n. 22214, cit., *Considerato in diritto*, § 9.2), «sarebbe stato necessario dare la massima attenzione a quanto veniva comunicato alle 11.56, ma anche avere precedentemente dislocato nelle zone a rischio esondazione un sufficiente numero di pattuglie di agenti della polizia municipale (ed in caso di loro insufficienza richiedere l'ausilio delle altre forze dell'ordine, vigili del fuoco, polizia, carabinieri) curando che, così come previsto dai regolamenti, e dal piano di sicurezza, le pattuglie della polizia municipale fossero dotate dei nastri per chiudere le strade e dei megafoni per avvisare la popolazione. Ma, come ricordano i giudici di merito, nulla di tutto ciò era stato organizzato: nella intera zona di via Fereggiano c'erano solo quattro agenti di polizia municipale privi delle necessarie dotazioni (...) e nessun avviso era stato dato alle scuole: il risultato è stato che al momento dell'onda di piena era in atto la circolazione intensa di veicoli e autobus della linea urbana che serve la zona, così come circolavano liberamente i pedoni».

⁸⁴ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, in www.archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org, *Considerato in diritto*, § 11. Per approfondimenti, D. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in AA.VV., *La prova dei fatti psichici*, a cura di Giov. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafrò, Torino, 2010, 189 ss.; A. GALLUCCIO, *Terremoto dell'aquila e responsabilità penale: nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza “Grandi Rischi”*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 195 ss.; A. MANNA, *Prevedibilità-evitabilità dell'evento o prevedibilità-evitabilità del rischio nei delitti colposi di danno?*, in *Ind. pen.*, 2013, 3, 1 ss. Si rinvia, inoltre, ai contributi di cui al volume, AA.VV., *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla “Commissione Grandi Rischi”: riflessioni sul processo alla “Commissione Grandi Rischi”*, a cura di A. Amato, A. Cerase, F. Galadini, Milano, 2015.

⁸⁵ L. RISICATO, *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico tra regole cautelari “aperte” e causalità psichica*, in *Giur. it.*, 2016, 5, 1228. Si veda anche, per una sintesi critica della sentenza di primo grado, ID., *Il terremoto dell'Aquila davanti al giudice: un processo alla scienza o all'incoscienza?*, in *Quest. giust.*, 2013, 1, 102 ss.

⁸⁶ Così L. RISICATO, *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico tra regole cautelari “aperte” e causalità psichica*, cit., 1230.

Nel procedimento penale si è accertato che il principale imputato era istituzionalmente competente a gestire il rischio: questi, infatti, il medesimo giorno in cui rilasciò l'intervista, presiedeva la CGR⁸⁷. L'attività di previsione e prevenzione rientrava, inoltre, tra i suoi compiti istituzionali, appartenendo al Dipartimento della Protezione civile la 'gestione' dei comportamenti collettivi, attraverso l'informazione pubblica⁸⁸.

L'imputato, stando al giudice di legittimità, è così «venuto negligenemente meno, nella comunicazione sociale del rischio, ai doveri di condotta che su di lui incombevano quale massimo rappresentante della Protezione civile in quel contesto spazio-temporale»⁸⁹ e ciò avrebbe indotto «persone che morirono, poi, nel crollo degli edifici seguito alla scossa delle 3.32 del 6 aprile, a rimanere in casa nonostante le scosse delle ore 22.48 del 5 aprile e 00.39 dello stesso giorno»⁹⁰. È stato quindi mosso un addebito di «colpa generica»⁹¹, parametrando le cautele omesse a quelle esigibili in base allo *standard* di diligenza e prudenza di un «dirigente del Dipartimento della Protezione civile in relazione al rischio connesso alla previsione di eventi sismici»⁹². L'imputato, infatti, da un lato, ha espresso valutazioni scientifiche «prima ancora di aver ascoltato gli scienziati convocati, senza dunque possedere le adeguate conoscenze, alla luce della propria conclamata incompetenza in materia sismologica»⁹³; dall'altro, non ha fornito – nell'intervista successiva alla riunione – «le precisazioni e i chiarimenti che avrebbe dovuto»⁹⁴.

Su tali profili di imputazione colposa, si è innestata la teorizzata esistenza di un nesso eziologico tra le informazioni rese alla popolazione e la decisione di taluni dei suoi destinatari, rivelatasi fatale per le loro sorti, di «abbandonare consuetudini di comportamento autoprotettivo». L'organo della Protezione civile, che provvede a fornire alla popolazione informazioni previsioni circa l'entità o la natura dei paventati eventi rischiosi per la pubblica incolumità, «svolge una concreta funzione di prevenzione e protezione, ed è a tal fine tenuto ad adeguare il contenuto della comunicazione pubblica ad un livello ottimale di trasparenza e correttezza scientifica delle informazioni diffuse e ad adeguare il linguaggio comunicativo a chiarezza, univocità, comprensibilità»⁹⁵. Ciò, nella specie, ha rilevato la Corte di cassazione, comportava la doverosa «consapevolezza del ruolo determinante svolto dalla qualità del 'gioco linguistico' della comunicazione del rischio»⁹⁶.

Sotto ognuno di tali profili, ha rilevato il Collegio, le dichiarazioni dell'imputato sono risultate improvvide: il rimprovero di colpa si è fondato, in particolare, «non sulla scorretta analisi di un rischio

⁸⁷ Cfr. Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 8.

⁸⁸ *Ibidem*. Esplicito, in tal senso, è l'art. 3, 3° co., L. 225 del 1992, che include tra le «attività non strutturali» nelle quali si esplica la «prevenzione dei diversi tipi di rischio» indica quelle dell'«informazione alla popolazione».

⁸⁹ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 11.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Sarebbe stato configurabile anche un profilo di colpa specifica, attraverso il richiamo della disciplina positiva delle attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni (l. n. 150 del 7 giugno 2000). Il pubblico ministero ha tuttavia limitato la propria contestazione alla colpa generica, e – a prescindere da ciò – il Collegio (Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 3.3) si è espresso dubitativamente riguardo all'ipotizzabilità, nella specie, di una colpa specifica, in virtù della «discutibile indole cautelare» della disciplina di cui alla suddetta l. n. 150 del 2000.

⁹² Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 3.3.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 8.

⁹⁶ *Ibidem*.

sismico comunque ritenuto prevedibile, ma sulla scorretta comunicazione del rischio alla popolazione, indebitamente tranquillizzata e così indotta ad abbandonare abitudini di prudenza che (...) avrebbero potuto salvare la vita di alcune delle vittime»⁹⁷.

Il giudizio di responsabilità, assunta la comunicazione del rischio quale antecedente eziologico, si è quindi fondato su di un asserito nesso di «causalità psichica». La mancanza di leggi scientifiche di copertura ha reso necessario avvalersi di leggi “antropologiche” attinenti alle “modalità comunicative del rischio”⁹⁸ e postulanti l’influsso psichico di un individuo sulla condotta altrui. Si è operato, pertanto, in un contesto di incertezza, ricorrendo a norme cautelari ontologicamente “aperte” e controvertibili: le leggi di copertura, infatti, se “antropologiche”, incontrano un insormontabile ‘limite di validazione’ nell’auto-responsabilità, fulcro del principio di autodeterminazione individuale⁹⁹.

La «causalità psichica»¹⁰⁰, infatti, prescindendo dal materiale contributo alla causazione dell’evento, si fonda sulle interazioni psichiche tra soggetti, ossia sul «nesso di derivazione causale tra condotta determinativa o induttiva dell’agente e successiva condotta del soggetto, asseritamente determinato o indotto ad agire a seguito del condizionamento subito sul piano psicologico»¹⁰¹. Tuttavia, l’assenza di leggi scientifiche di copertura – (che incontrano, qui, lo sbarramento dell’autodeterminazione ed auto-responsabilità individuali¹⁰²) – rende ben difficile accertare, controfattualmente, che, in assenza dell’istigazione, la condotta non sarebbe stata attuata¹⁰³. Particolarmente complessa, nella specie, è stata, inoltre, l’individuazione dell’evento.

La condotta attiva del ricorrente, incentrata «sull’inesatta comunicazione mediatica del rischio»¹⁰⁴, era asseritamente legata, come abbiamo visto, da un nesso psichico con la decisione delle vittime di rimanere in casa nonostante lo sciame sismico in atto. Tale decisione – stando all’impianto accusatorio – era a sua volta condizione necessaria dell’evento morte.

Ne è derivato uno “sdoppiamento” dell’evento lesivo, poiché «la scelta ‘condizionata’ delle vittime di restare nelle proprie abitazioni è “l’evento psichico” che determina “l’evento naturalistico” morte

⁹⁷ L. RISICATO, *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico tra regole cautelari “aperte” e causalità psichica*, cit., 1230.

⁹⁸ Si parla, in tal senso, come rilevato da L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 75, di «leggi sociali di copertura, piuttosto che di «normali» leggi causali»: ciò «significa sancire il divorzio, nella materia de qua, tra causalità (giuridico-penale) e scienza. Eppure, si tratta di soluzione probabilmente obbligata e certamente preferibile alle «mutazioni genetiche» della causalità ipotizzate nel campo delle interazioni personali».

⁹⁹ Per approfondimenti, A. SERENI, *Istigazione al reato e auto-responsabilità*, Padova, 2000.

¹⁰⁰ Ricca, sul tema, è la produzione scientifica della nostra dottrina. Cfr., *ex plurimis*, F. CINGARI, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 767 ss.; L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA.VV., *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari, G. Fornasari, Bologna, 2001, 198 ss.; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 69 ss.; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 3, 819 ss.; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 2ª ed., Milano, 2000, 102 ss.

¹⁰¹ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 14.

¹⁰² Puntuale e stimolante, sul punto, la ricostruzione di F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell’interpretazione delle fattispecie*, Napoli, 2004, 194 ss. Si veda, inoltre, volendo, A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, cit., 390 ss.

¹⁰³ Per approfondimenti, V. MORMANDO, *L’istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, cit., 70 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 3, 1121 ss.

¹⁰⁴ L. RISICATO, *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico tra regole cautelari “aperte” e causalità psichica*, cit., 1231.

o lesioni»¹⁰⁵. Occorreva pertanto stabilire se il nodo della prevedibilità andasse sciolto in relazione all'evento psichico e/o a quello naturalistico. E, ancor prima, i giudici dovevano pronunciarsi sulla prevedibilità dei terremoti: negandola, infatti, sarebbe stata esclusa in radice ogni possibile prevedibilità.

La Corte di cassazione, pur muovendo dall'assunto che i terremoti – in relazione alle precise modalità e coordinate spazio-temporali di verifica – sono imprevedibili, ha statuito che prevedibile, date certe condizioni, può tuttavia essere il rischio che essi si verifichino¹⁰⁶. Nel contesto aquilano, in particolare, la possibilità che si verificasse una forte scossa (seppur non spiegabile *ex ante* sotto il profilo dei meccanismi causali di produzione, del momento e dell'esatta entità), era concreta e non meramente congetturale¹⁰⁷. Deponevano in tal senso sia «l'elevata sismicità del territorio» (della quale l'imputato era «ben cosciente»¹⁰⁸), sia «il carattere allarmante dei fenomeni sismici, *in loco* ancora in atto continuativamente da molti mesi»¹⁰⁹. Acclarata la prevedibilità dell'evento sismico, gli estensori hanno sostenuto anche la rappresentabilità dell'incidenza della comunicazione sociale del rischio sulla condotta autoprotettiva delle persone offese.

Vi era, infatti, secondo il Collegio, la concreta possibilità che «l'imprudente informazione pubblica relativa al rischio sismico (...) comportasse una riduzione della soglia di attenzione della popolazione rispetto ai pericoli connessi al terremoto»¹¹⁰, anche perché l'intervista era stata rilasciata poco prima della riunione – ampiamente pubblicizzata – della CGR, svoltasi il 31 marzo 2009 ed alla quale hanno partecipato massimi esperti della scienza sismologica¹¹¹. Affermata la prevedibilità del terremoto e dell'evento psichico, ne conseguiva, secondo il giudice di legittimità, quella dell'evento naturalistico, ossia della morte e delle lesioni dalle quali è originato il procedimento penale. Va detto che l'*homo eiusdem condicionis et professionis* sembra – qui – il 'gemello' di un agente modello "quintessenza della perfezione".

Si legge, infatti, negli atti processuali, che appartiene «all'orizzonte di prevedibilità del dirigente operativo della Protezione civile, anche la condizionabilità dei comportamenti individuali attraverso le informazioni pubblicamente rese su termini, entità, natura del rischio incombente»¹¹². L'agente reale avrebbe, quindi, dovuto «ponderare con molta attenzione la propria condotta informativa, da ispirare ad una maggiore prudenza. Alla luce delle conoscenze disponibili, infatti, un imminente terremoto (...) era ampiamente prevedibile»¹¹³. Parimenti prevedibili sono stati considerati la condizionabilità dei comportamenti individuali e la vulnerabilità patrimonio edilizio dei territori sottoposti a vigilanza. Sarebbe infatti impossibile, rileva il Collegio, «un'adeguata opera

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ I terremoti, ha statuito, tra le tante, Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 5, «non possono essere considerati eccezionali o imprevedibili quando si verifichino in zone qualificate già ad alto rischio sismico o comunque classificate come sismiche».

¹⁰⁷ Cfr., in tal senso, Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 5.

¹⁰⁸ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 9.

¹⁰⁹ Cfr., in tal senso, Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 5.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ È stato pertanto ritenuto prevedibile, per l'imputato, sia che le sue rassicuranti parole sarebbero state interpretate dai destinatari come riferibili direttamente alla CGR, sia che, conseguentemente, sarebbe stata implementata la forza persuasiva di quella comunicazione: in tal senso, Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 9.

¹¹² Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 6.

¹¹³ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 9.

di apprezzamento e gestione dei rischi sismici in assenza di adeguata valutazione della tenuta del territorio soggetto a osservazione»¹¹⁴. Vien da dire, pertanto, che nella prospettazione giudiziaria, il parametro adottato sembra essere non quello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* – al quale pur i giudicanti espressamente si riferiscono – bensì quello di un agente modello infallibile, nel quale l'ideale viene a coincidere con il reale. Il dovere di diligenza, infatti, appare sbilanciato per eccesso e riferito a *standard* elevatissimi, quasi eccezionali¹¹⁵.

3. Il 31 ottobre 2002, in concomitanza con una scossa di terremoto, crollò, in San Giuliano di Puglia, l'edificio scolastico *Jovene*, che era stato interessato nel corso dei decenni da una serie di modifiche strutturali¹¹⁶. Ne derivò la morte di 28 persone (27 bambini e 1 maestra) e le lesioni personali di altre 39. Furono conseguentemente tratti a giudizio, per rispondere *ex art.* 113 c.p. e art. 589 c.p., 1° e 3° co., coloro che – a vario titolo – furono ritenuti responsabili degli asseriti difetti strutturali che diedero causa al crollo: il capo di imputazione constava, in particolare, «di un iniziale addebito generale centrato sulla sopraelevazione, compiuta nella più completa inosservanza di specifiche norme analiticamente contestate»¹¹⁷, dell'edificio scolastico in parola.

La sentenza di primo grado ha assolto gli imputati non per questioni attinenti alla prevedibilità, ma per aver «ritenuto non esigibile dagli imputati l'osservanza delle regole cautelari imposte dalla normativa edilizia antisismica e di altre regole cautelari di cui alla contestazione», nonché per aver escluso «l'esistenza di una prova certa che il collasso dell'edificio scolastico (...) ebbe a trovare cagione nella sopraelevazione effettuata, piuttosto che nel terremoto»¹¹⁸.

Di contrario avviso è stata la Corte territoriale¹¹⁹, che ha ritenuto addebitabili agli imputati elementi di colpa sia generica (riferibile – in primo luogo – alle cautele omesse, eppur doverose alla luce delle «avvertenze di legge sul carattere sismico del territorio di San Giuliano»), sia specifica. Riguardo a tale ultimo profilo, i giudici d'appello hanno accertato che «l'edificazione in sopraelevazione è stata effettuata senza l'osservanza di un intero catalogo di norme cautelari». L'elevato rischio sismico di quel territorio, infatti, imponeva di effettuare le sopraelevazioni o le costruzioni «con l'osservanza delle cautele sostanziali di cui alla legislazione antisismica assunte come parametri di condotta di ogni agente modello (...) nello svolgimento di attività edilizia». I giudici di secondo grado hanno, quindi, pronunciato una sentenza di condanna, avendo anche ritenuto che la tesi accusatoria fosse corroborata dall'esistenza del nesso di rischio tra le regole cautelari violate e gli eventi verificatisi. Ognuno degli imputati, infatti, aveva «consentito/favorito/autorizzato

¹¹⁴ *Ibidem*. Rileviamo, incidentalmente, che tale aspetto sembra attenere, più che alla prevedibilità, alle conoscenze pretendibili dall'imputato (parametrato all'*homo eiusdem condicionis et professionis*).

¹¹⁵ Sembra quasi, rileva in tal senso L. RISICATO, *Il terremoto dell'Aquila davanti al giudice, un processo alla scienza o all'incoscienza?*, cit., 113 ss., che l'agente modello non possa «mai sbagliare, nemmeno quando – come nel caso discusso – la sua valutazione dei fatti non sia in sé sbagliata, ma solo una delle ipotesi plausibili in base al nebuloso stato delle conoscenze in materia».

¹¹⁶ Cfr., per una ricostruzione di tali modifiche e della storia edilizia del plesso della scuola Jovene (sin dalla progettazione, avvenuta nel 1957) Cass., sez. IV, sentenza 1° luglio 2010, n. 24732, in *www.olympus.uniurb.it*, *Motivi della decisione*, sub § *Le due sentenze di merito*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Cfr., per tale ricostruzione della motivazione di prime cure, Cass., sez. IV, sentenza 1° luglio 2010, n. 24732, cit., *Motivi della decisione*, sub § *Le due sentenze di merito*.

¹¹⁹ Tali rilievi contenuti nella sentenza della Corte d'appello sono così ricostruiti da Cass., sez. IV, sentenza 1° luglio 2010, n. 24732, cit., *Motivi della decisione*, sub § *La colpa generica*.

l'indebita frequentazione della scuola mal progettata, mal costruita, male o per nulla collaudata, indebitamente consegnata e ricevuta, indebitamente destinata all'utilizzo e all'accesso»¹²⁰.

La Corte territoriale ha ritenuto, inoltre, *ex ante* rappresentabili le conseguenze delle proprie condotte. Gli imputati conoscevano, infatti, «la debolezza statica legata alla cattiva sopraedificazione, che di per sé concretamente si proponeva come fonte di danno» e, per l'effetto, erano prevedibili gli eventi seguiti alle condotte attive che consentirono «l'utilizzo di un edificio altrimenti non agibile»¹²¹.

La consapevolezza di tale debolezza statica, del resto, era corroborata dal confronto con le cautele imposte – e adottate – «per altre precedenti sopraelevazioni nello stesso abitato (...) e per il consolidamento (...) di altro edificio dello stesso plesso scolastico, disposto poco tempo prima della sopraelevazione dalla stessa amministrazione comunale, con lo stesso tecnico comunale e affidato a ditta appaltatrice che pure operava per la sopraelevazione dell'altro edificio non consolidato»¹²². Gli estensori richiamano, infine, ad ulteriore conferma dell'affermata prevedibilità, la consapevolezza della «cattiva esecuzione dei lavori di sopraelevazione»¹²³.

Nell'impugnare la sentenza di condanna pronunciata dalla Corte di appello, gli imputati hanno eccepito l'imprevedibilità di un terremoto dell'intensità di quello verificatosi. La Corte di cassazione¹²⁴ non ha però condiviso tale prospettazione, evidenziando che «l'individuazione esatta dello strumento che realizzerà l'evento addebitabile a titolo di colpa non è elemento costitutivo della colpa». Non deve cioè commettersi, secondo il Collegio, «l'errore prospettico di confondere l'imprevedibilità delle caratteristiche concrete di uno tra i fattori causali individuati, con l'imprevedibilità dell'evento». Ciò, nella specie, comporta – ad avviso degli estensori – che «una costruzione innalzata con numerosi vizi che incidono sulla stabilità dell'edificato è prevedibilmente esposta a pericolo di crollo (e ai conseguenti effetti negativi derivati) senza necessità di previsione iniziale che vada a indovinare (salvo il caso di violazione che riguardi esclusivamente cautele antisismiche e riguardi una causa dell'evento esclusivamente sismica) il fattore concausale che produrrà l'evento da evitarsi secondo le cautele di legge»¹²⁵.

Assume pertanto valore meramente accessorio, rispetto ai precedenti rilievi, la statuizione relativa alla prevedibilità di terremoti, anche di eccezionale intensità, comunque affermata da costante giurisprudenza di legittimità¹²⁶.

¹²⁰ Cass., sez. IV, sentenza 1° luglio 2010, n. 24732, cit., *Motivi della decisione*, sub § *Il nesso di rischio per la consentita (favorita o autorizzata) frequentazione di un edificio scolastico che non doveva essere frequentato*. Si rileva, inoltre, ivi, sub § *La prova controfattuale*, che i giudici d'appello hanno ritenuto che potessero escludersi, con alta probabilità logica, «ipotesi causali antagoniste o alternative» – e, tra esse, «la causa costituita dal fattore di combinazione della risonanza tra onde sismiche e onde di vibrazione del fabbricato».

¹²¹ Cass., sez. IV, sentenza 1° luglio 2010, n. 24732, cit., *Motivi della decisione*, sub § *La prevedibilità negata dell'evento*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ I terremoti di massima intensità, infatti, sono «eventi che, anche ove si propongano con scadenze che eccedono una memoria rapportata alla durata di molte generazioni umane, rientrano nelle normali vicende del suolo, e, certamente, non possono essere qualificati eccezionali o imprevedibili quando si verificano in zone già qualificate ad elevato rischio sismico o in zone formalmente qualificate come sismiche» (Cass., sez. IV, sentenza 1° luglio 2010, n. 24732, cit., *Motivi della decisione*, sub § *La prevedibilità negata dell'evento*). In tal senso già si era espressa Cass., sez. IV, sentenza 16 novembre 1989 n. 17492. Sono state considerate prive di pregio, dunque, le tesi difensive che individuavano la causa esclusiva del crollo nell'evento sismico, «variamente qualificato imprevedibile, straordinario ed eccezionale (...) tale da sganciare l'evento dalle omissioni addebitate e da esonerare gli imputati medesimi da ogni responsabilità»: così, Cass.,

Inoltre – rileva la Corte di cassazione nel concludere nel senso della rappresentabilità, per gli imputati, delle conseguenze delle proprie condotte nonché degli eventi lesivi ad esse seguiti – il giudizio di prevedibilità, pur proiettandosi sul piano della rappresentazione del futuro, si radica «nella conoscenza del passato, dalla quale trova certezza prospettica – irrecusabile sul piano logico – la varia probabilità sismica, diversificata anche sotto il profilo dell'intensità dei terremoti»¹²⁷.

Evidente, in questa classe di ipotesi, la colposa condotta di chi, in guisa di ciò, diviene competente a gestire il rischio, anche se determinato da una calamità naturale: ne consegue l'ampliamento dei confini della prevedibilità, quantomeno per coloro che, con la propria colposa condotta, abbiano amplificato il rischio delle conseguenze offensive.

4. Agli albori del 2021, a seguito di giudizio celebratosi con rito abbreviato, il Giudice per le indagini preliminari di Torino ha pronunciato sentenza con la quale ha condannato, in cooperazione colposa tra loro, ognuno degli imputati, tra i quali la Sindaca di Torino, alla pena di anni uno e mesi sei di reclusione, per aver cagionato «in Torino il 3 giugno 2017, durante la proiezione – su maxi-schermo collocato in Piazza San Carlo – della partita di calcio tra Juventus e Real Madrid (...), la morte per arresto cardiaco» di una persona, nonché lesioni personali anche gravi e gravissime di numerose altre persone»¹²⁸.

In quell'occasione, ad un tratto, alcuni soggetti hanno spruzzato tra la folla dello *spray* urticante al peperoncino: ciò ha generato la diffusione di un «panico tale da determinare uno spostamento incontrollato delle persone presenti, le quali cercavano di allontanarsi in ogni direzione dalla piazza, urtandosi e spingendosi a vicenda, pigiandosi contro le transenne che, non rimosse dal personale che avrebbe dovuto presidiarle, costituivano una barriera contro le quali le persone immediatamente a ridosso delle stesse venivano travolte da quelle alle loro spalle che, per mancanza di sbocchi, a loro volta cadevano al suolo ove erano presenti contenitori di vetro rotti, ammassandosi inoltre sotto i portici della piazza, che a causa della calca, costituivano ulteriore barriera senza possibilità di altri sbocchi»¹²⁹.

In conseguenza della descritta dinamica dei fatti, «Pioletti Erika – che cercava rifugio dalla calca sotto i portici della piazza nel tentativo di non essere travolta e nella impossibilità, dato il transennamento, di allontanarsene – subiva lo schiacciamento del collo e decedeva per arresto cardiaco determinato da una asfissia meccanica per compressione antera-posteriore del collo, ugualmente Amato Marisa – che veniva casualmente a trovarsi nei pressi di Piazza San Carlo ed era travolta dalla folla in fuga – subiva un grave politrauma da schiacciamento, con lussazione del rachide cervicale con lesione del disco C5-C6 con conseguente compressione midollare e tetraplegia, e decedeva il 25.1.2019 a causa dello *shock* settico favorito dalle condizioni cliniche in cui la donna versava, mentre le altre persone (...) subivano lesioni personali anche gravi e gravissime»¹³⁰.

sez. IV, sentenza 1° luglio 2010, n. 24732, cit., *Motivi della decisione, sub § Il rapporto tra motivazione di primo grado e motivazione di appello*.

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, in www.lospiffiero.com, 2.

¹²⁹ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 4.

¹³⁰ *Ibidem*.

Si versa, quindi, nella *species* del *genus* ‘Grandi Rischi’ che abbiamo convenzionalmente riferito alle ipotesi di responsabilità penale radicata in capo a chi, titolare di una posizione di garanzia nei confronti delle collettività amministrate, abbia dato origine al pericolo per i beni giuridici protetti. Tale genesi del pericolo ha dirette implicazioni in tema di prevedibilità ed evitabilità dell’evento, e, sul punto, il g.i.p. torinese ha così motivato:

(i) «la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell’evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, gestore del rischio. Occorre, infatti, verificare in concreto se vi sia stata violazione di una regola cautelare (generica o specifica) e se l’evento dannoso che tale regola cautelare violata mirava a prevenire fosse prevedibile ed evitabile (concretizzazione del rischio)»¹³¹;

(ii) «il giudizio di prevedibilità attiene alla possibilità di previsione di eventi simili e, dunque (...) di eventi che hanno in comune con il risultato concreto prodottosi determinate caratteristiche, ma non tutte. Chiarisce infatti la Suprema Corte che (...) la prevedibilità ha ad oggetto la categoria di evento a prescindere dalle concrete modalità di configurazione del rischio tipico»¹³².

(iii) «il giudizio sulla prevedibilità, che va compiuto *ex ante* ed in concreto¹³³, impone di procedere formulando l’interrogativo se l’evento, nei suoi tratti tipici, fosse prevedibile ed evitabile *ex ante*, con il rispetto della regola cautelare che si assume violata o della comune prudenza, alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle massime di esperienza»¹³⁴.

Il giudice, pertanto, deve chiedersi «se le regole cautelari non siano state osservate (...) nonostante il rischio fosse percepibile con un grado di diligenza proprio dell’agente modello»¹³⁵. Nella fattispecie concreta, rileva il g.i.p., «gli eventi lesivi, costituiti dalla morte di due donne e dal ferimento di migliaia di altre persone, sono stati la conseguenza dello scatenarsi del panico tra la folla»¹³⁶.

La prevedibilità di tali eventi, così come ogni altro imponderabile accadimento offensivo della vita e dell’integrità personale, è consapevolezza a tal punto acquisita da aver reso da tempo necessario – per la gestione della sicurezza in caso di manifestazioni alle quali partecipino numerose persone – «un apposito Piano di emergenza ed evacuazione»¹³⁷. Ciononostante, non sono state adottate le misure di emergenza, e, per l’effetto, «il fuggi fuggi delle persone ha incontrato numerosi ostacoli e (...) le vie di fuga, oltre a non essere facilmente raggiungibili, non erano neppure sgombrare (...) Invero, optando per utilizzare piazza San Carlo, proprio per la peculiare configurazione della piazza che non la rende facilmente evacuabile, avrebbe dovuto porsi grande attenzione a possibili ostacoli,

¹³¹ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 52.

¹³² La prevedibilità dell’evento, evidenzia il g.i.p. richiamando la giurisprudenza di legittimità «“non può riguardare la configurazione dello specifico fatto in tutte le sue più minute articolazioni, ma deve mantenere un certo grado di categorialità, nel senso che deve riferirsi alla classe di eventi in cui quello oggetto del processo si colloca” giacché, ha spiegato, “un fatto descritto in tutti i suoi accidentali ragguagli diviene sempre, inevitabilmente, unico ed in quanto tale irripetibile ed imprevedibile” (cfr. Cass., Sez. un., sentenza 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, Rv. 261108)» *Ibidem*. Per approfondimenti, in dottrina, *ex plurimis*, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 57 s. Sul punto, ampiamente, volendo, A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, cit., 311 ss.

¹³³ *Amplius*, volendo, A. NAPPI, *op. cit.*, 291 ss., nonché 303 ss.

¹³⁴ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 52.

¹³⁵ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 53.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

primi tra tutti le transenne, notoriamente problematiche in prospettiva di sgombero»¹³⁸, ancor più in considerazione del fatto che «la piazza presentava anche delle pericolose cavità spalancate sulla superficie calpestabile nei punti in cui si aprivano le scalinate di accesso ai parcheggi sottostanti, costituenti all'evidenza prevedibili fonti di ulteriore pericolo a fronte di una massiva presenza di persone accalcate»¹³⁹. Inoltre, «il Piano di emergenza ed evacuazione prevedeva che le vie di fuga fossero presidiate da *stewards*. Ma la presenza di operatori addetti alla movimentazione delle transenne in caso di necessità non è stata mai minimamente presa in considerazione nella sua concreta realizzazione»¹⁴⁰. Anzi, «vien da pensare che non sia mai stata minimamente presa in considerazione la possibile necessità di un'evacuazione della piazza, posto che tutte le transenne, ma specialmente quelle poste sul lato nord, per di più a ridosso dei pilastri di pietra, non solo non erano presidiate per poter essere facilmente spostate in caso di necessità, ma erano concatenate tra di loro in modo tale da rendere impossibile lo sganciamento dei singoli elementi se non partendo dalla prima fila e procedendo ordinatamente con un elemento alla volta»¹⁴¹.

A ciò si aggiunga la sottovalutazione del «problema del vetro, che non pochi danni ha causato e che non solo era prevedibile ma è stato previsto ed addirittura constatato nel suo divenire»¹⁴². Dall'accertamento giudiziale è infatti emerso che «molti testimoni hanno riferito di aver visto i c.c.d.d. “bottigliari” girare all'interno della piazza sin dalle prime ore del pomeriggio»¹⁴³; ebbene, «l'afflusso di questi ambulanti e dei loro rifornimenti avrebbe potuto essere arginato, almeno in parte, se fossero stati presidiati gli accessi alla piazza dal parcheggio sotterraneo, le cui porte non potevano essere chiuse completamente, costituendo le stesse una delle necessarie uscite di sicurezza del parcheggio. Era infatti intuibile che tale comodo passaggio, ove non sorvegliato, sarebbe stato utilizzato dai c.d. “bottigliari” per portare la merce in piazza»¹⁴⁴. Evidente, inoltre, è stata la «trascuratezza del servizio predisposto (...) per la raccolta dei vetri, che ha messo in campo forze davvero esigue, del tutto insufficienti a garantire un accettabile livello di pulizia della piazza in relazione al tipo di manifestazione che si doveva svolgere»¹⁴⁵.

Dedotta, da tali presupposti, la prevedibilità ed evitabilità degli eventi («era possibile, e quindi doveroso, adottare maggiori cautele, in concreto attuabili, che avrebbero potuto evitare l'evento o quantomeno ridurre l'impatto lesivo della folla impaurita, rivelatosi addirittura letale per Erika Pioletti e Marisa Amato»¹⁴⁶), la ricostruzione del g.i.p. torinese ha teso ad accertare «se gli imputati fossero titolari di una posizione di garanzia in relazione al rischio che si è concretizzato, se abbiano violato regole cautelari generiche o specifiche volte a tutelare in relazione al predetto rischio e, in caso positivo, se tra tale violazione e l'evento possa essere ravvisato un nesso causale»¹⁴⁷.

¹³⁸ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 55

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 56.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

In questa prospettiva, dalla ricostruzione giudiziale delle vicende che hanno riguardato l'organizzazione della manifestazione, è emerso che «dell'idea di proiettare in una pubblica piazza della città di Torino la finale di Champions League del 3 giugno 2017 tra Juventus e Real Madrid si era iniziato a parlare sin dai primi di maggio»¹⁴⁸, ma «quando la Sindaca ha dato incarico al suo capo gabinetto di verificare la possibilità di realizzare l'evento, si era già nella seconda metà di maggio e la prima riunione preliminare si è tenuta il venerdì 26 maggio. In quella sede, a soli otto giorni dalla data prestabilita, non era stato ancora individuato il soggetto organizzatore della manifestazione, anche se era chiaro ai vertici del Comune che l'evento non avrebbe potuto essere gestito direttamente dall'amministrazione oltre che per le tempistiche, che in tal caso si sarebbero allungate, e per la più difficoltosa gestione delle sponsorizzazioni»¹⁴⁹.

Dunque, un soggetto organizzatore doveva essere rapidamente individuato ed indicato alla Questura: «la scelta è ricaduta (...) su Torino Turismo e Provincia (TTP), un consorzio pubblico senza scopo di lucro con finalità di promozione turistica della Provincia che annovera tra i soci la Città di Torino»¹⁵⁰. Tale ente «TTP non poteva neppure contare su mezzi finanziari atti a garantire un margine di spesa sufficiente a far fronte alle necessità richieste, comprese le esigenze di sicurezza (...) e la mancanza di risorse economiche è stata determinante nell'ostacolare la serena gestione di una serie di questioni legate alla sicurezza»¹⁵¹.

Pertanto, «a fronte di tempi strettissimi, di un *budget* incerto, di un organizzatore privo di specifica esperienza nel settore e considerata la terribile stagione terroristica che l'Europa stava vivendo e che colpiva soprattutto in occasione di raduni con grande partecipazione di pubblico, la manifestazione avrebbe dovuto essere monitorata molto più da vicino da chi l'aveva voluta realizzare»¹⁵². La Sindaca, invece, «si è limitata a delegare completamente al capo di gabinetto (...) l'intera gestione della manifestazione, al punto che lo stesso ha potuto scegliere, senza prima interfacciarsi con la Sindaca, ma con il suo pieno assenso, sia il luogo dell'evento, sia il soggetto cui affidare l'organizzazione»¹⁵³. Né la Sindaca né il capo di gabinetto, «nell'effettuare tali scelte (...) hanno valutato opportuno sottoporre le proprie determinazioni a soggetti tecnicamente in grado di esaminarne gli aspetti critici, in modo da vagliarne l'impatto»¹⁵⁴.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 70.

¹⁵⁰ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 70 s. In concreto, pertanto, «l'ente si occupava prevalentemente della produzione e distribuzione di piantine della città, dell'organizzazione dei bus turistici e di simili attività promozionali e non svolgeva, se non sporadicamente, attività di organizzazione di eventi (...). Nel caso di specie, inoltre, non vi è stato un finanziamento da parte della Città a TTP, ma si è confidato nella sponsorizzazione di soggetti terzi poi rivelatisi, all'atto pratico, alquanto modesti in rapporto alle varie esigenze», Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 71.

¹⁵¹ Nel riferirsi alle inefficienze di tale gestione il Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 76, rileva che «intorno alla statua del cavallo non sono state messe le protezioni alte che pur erano state proposte, ma delle normali transenne e delle reti c.d. "antivandalo", con le conseguenze che abbiamo visto; la scarsità di risorse sta alla base della decisione di non impiegare degli *stewards*, come dimostra la lettera inviata da TTP alla Questura sul punto; ed anche l'infelice decisione di utilizzare un solo schermo e non due, come ad esempio avvenuto in occasione della finale del 2015, è stata condizionata da problemi economici. Per di più i tempi stretti a disposizione hanno comportato un ulteriore aumento dei costi».

¹⁵² Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 71.

¹⁵³ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 72.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Alle esigenze di sicurezza, conclude pertanto il g.i.p., nessuno dei soggetti istituzionalmente competenti a gestire il rischio «ha minimamente pensato»¹⁵⁵, né può dirsi «che la riunione del 26 maggio, l'unica fatta quando non era stata ancora presa la decisione di eleggere piazza San Carlo quale località di svolgimento dell'evento, fosse utile al fine di esaminare l'adeguatezza della scelta sotto il profilo della sicurezza per gli astanti, posto che erano presenti solo funzionari comunali con esperienza di gestione di eventi dal punto di vista amministrativo, ma non tecnico, mentre i rappresentanti della Questura erano lì solo per avere ragguagli sull'iniziativa»¹⁵⁶. Inoltre, «L'Ente organizzatore, individuato proprio in quella riunione grazie al pronto reperimento del presidente di TTP pescato nei corridoi, aveva dato il suo assenso ed aveva fornito i recapiti dei suoi operatori senza chiedere alcun ragguaglio e senza avere ancora alcuna idea del *budget* che avrebbe potuto utilizzare per le esigenze di tipo organizzativo da soddisfare. Infine, a quella data, quando si decise di realizzare l'evento in piazza San Carlo, non vi era ancora un professionista incaricato di redigere il Piano di emergenza ed evacuazione, né era presente alla riunione alcun tecnico in grado di esprimere un'opinione circa l'idoneità della piazza ad accogliere in sicurezza il gran numero di spettatori che ci si attendeva di ospitare»¹⁵⁷.

Non può che condividersi, pertanto, la decisione del g.i.p., fondata sulla considerazione che «la decisione di svolgere l'evento in piazza San Carlo è stata assunta dalla Sindaca senza tenere in alcun conto gli aspetti legati alla sicurezza dell'evento»¹⁵⁸. La Sindaca, infatti, «ha commissionato a terzi la gestione dell'evento, ma operando a monte delle scelte che non lasciavano congruo margine di discrezionalità a chi doveva operare in concreto per assicurare la sicurezza dell'evento. E tali scelte sono state frutto di un approccio frettoloso, imprudente (perché non ha tenuto in considerazione i rischi connessi) e negligente (perché non ha vigilato in alcun modo sulla concreta attuazione di tali scelte), trascurando di assicurare il dovuto rilievo anche nella fase di formazione della decisione agli aspetti connessi alla sicurezza. In altri termini, non ha curato il bilanciamento anche di tale interesse, quello di assicurare la pubblica incolumità, che era – non c'è necessità di sottolinearlo – di rango certamente superiore al legittimo interesse dei tifosi della Juventus di condividere la visione della finale di *Champions League*. Peraltro, era preciso compito della Sindaca preservare la tutela dell'integrità fisica delle persone rispetto a tale evento. E ciò anche in qualità di ufficiale di Governo – posto che l'art. 54, co. 4, d.lgs. 267/2000 attribuisce al Sindaco, in tale veste, funzioni di tutela della incolumità pubblica – oltre che per le ragioni sinora dette in merito alle scelte operate che, con la connotazione di insindacabili decisioni politiche, hanno consegnato agli organizzatori una traccia troppo rigida sulla quale operare, che ha reso difficoltosa qualunque scelta di segno diverso»¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Del resto, si legge ancora *ibidem*, «la Questura, che aveva inviato i propri delegati alla riunione non sapendo neppure in che luogo si sarebbe svolta la manifestazione, non avrebbe certo potuto a quella data fornire indicazioni sulle esigenze di *security* da tutelare».

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Tribunale di Torino, g.i.p., sentenza del 27 gennaio 2021 (dep. 12 maggio 2021) n. 234, cit., 84.

5. Nell'indagine, descritto il *genus* 'Grandi Rischi' quale possibile fonte di responsabilità penale, di esso abbiamo individuato tre *species*, distinte a seconda della causa che abbia determinato l'insorgenza del pericolo, individuabile

(a) in una calamità naturale,

ovvero

(b) in una condotta colposa dell'uomo,

o, ancora,

(c) nel combinarsi di tali due fattori.

(d)

Ad una di tali tre *species*, infatti, ci sembrano sempre ascrivibili le fattispecie concrete venute all'attenzione della nostra giurisprudenza in tema di 'Grandi Rischi', secondo i tratti del *genus* che abbiamo qui convenzionalmente individuato.

Il nostro approfondimento ha tuttavia evidenziato che un'ulteriore distinzione può essere utilmente operata, tra le ipotesi ascrivibili alla *species sub (a)*:

(a1) talvolta, infatti, lo scatenarsi della brutta forza della natura, almeno quando iniziò a manifestarsi, era prevedibile ma non è stato previsto, come accaduto (quantomeno nella prospettazione della giurisprudenza di legittimità) nell'alluvione di Sarno e nel moto di frane e colate detritiche che interessò Messina e Scaletta Zanclea;

(a2) talaltra, come nell'ipotesi dell'esondazione del rio Fereggiano, il problema si sposta dal campo della prevedibilità a quello della prevenzione: la calamità naturale, in quell'occasione, era stata infatti prevista già 48 ore prima del suo verificarsi, eppure, i soggetti istituzionalmente competenti a gestire quel 'Grande Rischio' non sono stati in grado di predisporre ed attuare un'adeguata attività di prevenzione;

(a3) altre volte, l'affermazione della responsabilità penale si fonda sul flebile nesso di causalità psichica, come accaduto in occasione del terremoto dell'Aquila, allorché il Presidente della CGR fu condannato per omicidio colposo plurimo, a cagione di un'imprudente intervista 'rassicurante' rilasciata ad un'emittente televisiva locale, che – nella ricostruzione dei giudicanti – determinò la scelta di molte vittime di rimanere all'interno delle proprie abitazioni nonostante il susseguirsi di scosse telluriche, culminate in quella, fatale per moltissimi aquilani, delle ore 3.32 del 6 aprile 2009.

Le ulteriori fattispecie sono inquadrabili nelle *species*:

(b) non si assiste, in questa classe di ipotesi, all'intervento di una calamità naturale, poiché la colposa condotta umana contribuisce in via esclusiva a generare il pericolo: così è a dirsi per numerosissime vicende che hanno interessato la storia giudiziaria del nostro Paese. Tra esse, abbiamo qui analizzato il procedimento penale – ad oggi pendente in appello – originato dalla tragica vicenda seguita alla proiezione sul maxi-schermo di Piazza San Carlo, in Torino, della finale di Champions League del 2017 tra la Juventus e il Real Madrid. L'organizzazione di quell'evento ha determinato, infatti, un 'Grande Rischio' per la popolazione torinese, che si è tradotto in esiti letali per due cittadine, nonché lesivi dell'integrità fisica di migliaia di altre persone. Gli eventi, in tal caso, erano prevedibili ed evitabili: essi, infatti, sono stati il frutto di condotte gravemente colpose dei soggetti istituzionalmente competenti a gestire il 'Grande Rischio', che, del resto, essi stessi hanno creato;

(c) una condotta umana ed una calamità naturale concorrano, qui, a generare il concretizzarsi del 'Grande Rischio' che si traduce nella produzione degli eventi. Ciò è a dirsi, ad esempio, per il

terremoto di San Giuliano di Puglia, paradigmatico delle vicende caratterizzate dall'interazione tra i suddetti fattori condizionati: nella specie, come abbiamo evidenziato, hanno concorso il terremoto e la condotta di chi – in disprezzo delle norme antisismiche imposte in quella zona – aveva compiuto opere edilizie nell'edificio scolastico poi crollato, e ben poteva prevedere, quindi, non certo lo specifico evento sismico, bensì il verificarsi di terremoti, e, per l'effetto, di eventi letali.

Tale scomposizione in *species* del *genus* indagato possiede, a nostro avviso, una profonda valenza non solo epistemologica, ma anche assiologica, potendo contribuire ad individuare i profili critici del tema e, al contempo, a delineare le prospettive di un più virtuoso rapporto tra la responsabilità penale e le proteiformi ipotesi di traduzione in danno dei pericoli sottesi ai 'Grandi Rischi'. In primo luogo, infatti, la sistemazione della materia che abbiamo proposto consente di evidenziare che il *tasso di prevedibilità ed evitabilità* degli eventi ha un significativo *marginale di variazione*, che dipende, in misura *direttamente proporzionale*, dall'*aver o meno concorso, in modo preponderante, una condotta colposa dell'uomo, a determinare l'insorgenza* del 'Grande Rischio', poi tradottosi in offesa per la vita e/o per l'integrità fisica.

Massima, pertanto, è la prevedibilità, nelle classi di ipotesi *sub b*, allorché - cioè - l'agire umano abbia generato un 'Grande Rischio' inesistente *in rerum natura*: lampante esemplificazione di questa considerazione è fornita dalla tragedia consumatasi nel capoluogo sabauda. Fu – unicamente – l'improvvida iniziativa dell'Amministrazione comunale torinese a trasformare Piazza S. Carlo in una vera e propria trappola, lasciando vita ed incolumità fisica di migliaia di persone alla *mercé* di qualunque 'scintilla' che potesse far divampare l'incendio di una tragedia.

Verrebbe quasi da dire (ma non lo si dice, restando saldamente ancorati ai tracciati garantistici dell'accertamento processuale!) che prevedibilità ed evitabilità degli eventi siano, qui, *in re ipsa*. Innumerevoli, come abbiamo evidenziato, sono i profili di colpa di chi ha ideato l'evento ed era istituzionalmente competente a gestire il rischio. Richiamiamo, solo per ricordarne alcune: l'organizzazione frettolosa (in pochi giorni!); l'intempestiva individuazione dell'ente deputato a gestire l'evento (ente che, tra l'altro, non ne aveva le competenze); l'assenza di adeguate risorse economiche destinate all'iniziativa per curarne gli aspetti inerenti alla sicurezza; la mancanza di controlli, che hanno agevolato l'attività dei c.d. bottigliari, i quali hanno reso la piazza una trappola ancor più insidiosa in virtù della presenza di numerose bottiglie – e cocci! - di vetro; la scelta di impiegare transenne non agevolmente rimovibili e non presidiate da *steward*; l'individuazione di una Piazza la cui conformazione accresceva i pericoli, in virtù della difficoltà di individuare vie di fuga; il mancato approntamento di un piano di emergenza ed evacuazione.

Patente, in questi casi, è quindi la prevedibilità ed evitabilità degli eventi cagionati all'esito del repentino tradursi in danno di 'Grandi Rischi' creati dall'agire umano, senza alcun concorso della bruta forza della natura: l'esigenza di tutelare le vittime, ma – più in generale – l'assolvimento della funzione del sistema penale impone, qui, l'intervento dello *ius terribile*.

Pertanto, rileviamo incidentalmente, è davvero curioso l'appello firmato da ben 3.543 sindaci dei comuni italiani, all'esito della condanna della Sindaca di Torino: «Non chiediamo immunità o impunità, non dubitiamo del lavoro dei magistrati e rispettiamo il dolore dei parenti delle vittime. Ma domandiamo: possono i sindaci rispondere personalmente e penalmente di valutazioni non ascrivibili

alle loro competenze? Possono essere condannati per aver fatto il loro lavoro?»¹⁶⁰. Vogliamo credere che i firmatari dell'appello siano ignari delle risultanze processuali e dei gravissimi profili di colpa emersi. Diversamente, infatti, si tratterebbe una difesa corporativa, fondata su di un pericoloso fraintendimento del concetto del «fare il proprio lavoro».

Anche nella classe di ipotesi *sub (c)*, nelle quali la scaturigine del pericolo è individuabile nell'interazione tra colpa nell'agire umano e forza della brutta natura, elevato è il tasso di prevedibilità degli eventi. Variabile, invece, è il tasso di evitabilità, che è strettamente connesso all'intensità della calamità naturale che sopravviene alla condotta colposa. Nella vicenda giudiziaria seguita al terremoto di San Giuliano di Puglia – che alla classe di ipotesi qui considerate è ascrivibile – oltre a statuire che la sopraelevazione di una scuola, in una zona sismica, violando la normativa antisismica, ha reso prevedibili gli eventi, si è ritenuto che essi fossero anche prevenibili: l'intensità del sisma, infatti, non ha reso inevitabili, attraverso il comportamento alternativo lecito, gli eventi. Ciò vale anche in molte delle altre ipotesi nelle quali la condotta umana abbia colposamente concorso, con una calamità naturale, a far insorgere un 'Grande Rischio'. Il tema sarà, sovente, quello dell'evitabilità dell'evento con il comportamento alternativo lecito: tale requisito della responsabilità, infatti, sarebbe spazzato via da una calamità naturale di intensità tale da rendere irrilevante la previa condotta colposa.

Ulteriore classe di ipotesi – nelle quali i sentieri della coerenza con il diritto penale del fatto condurranno, frequentemente, all'affermazione della responsabilità penale dei soggetti istituzionalmente competenti a gestire i 'Grandi Rischi' – è quella che abbiamo tracciato *supra, sub (a2)*: qui, il repentino tradursi del 'Grande Rischio' in offesa per la vita e/o l'integrità fisica è non solo prevedibile, ma addirittura previsto dai soggetti istituzionalmente competenti a gestire il rischio. *Punctum dolens*, quindi, non è la mancata previsione di ciò che era anticipatamente rappresentabile per l'*homo eiusdem condicionis et professionis*, bensì il non aver i “garanti” prevenuto le conseguenze lesive di un evento, nonostante esso fosse stato previsto.

Ciò è accaduto nella vicenda dell'esondazione del rio Fereggiano: l'evento calamitoso è stato previsto sia pur per grandi linee e non molto tempo prima del suo verificarsi – e sono dunque insorti obblighi di prevenzione da assolvere *ad horas*, ai quali non si però è riusciti ad assolvere, anche in virtù dello stato di panico e di *caos* che, appresa la notizia dell'incombente disastro naturale, si è determinato nei soggetti competenti a gestire il rischio. Pienamente efficienti, infatti, erano stati gli attori ai quali il sistema sociale affida il compito della “previsione” della concretizzazione dei “Grandi Rischi”. Il vantaggio temporale è stato però sprecato, a causa dell'errata scelta strategica iniziale (non individuare un unico centro operativo e decisionale) e delle “carenze organizzative” nella gestione del rischio: ciò ha fondato la condanna nel procedimento penale originato dall'esondazione del rio Fereggiano; e lo stesso varrebbe anche in una prospettiva di coerenza con un diritto penale teleologicamente orientato ai principi dell'assetto ordinamentale vigente – in fattispecie parimenti dissonanti con gli esiti che si attenderebbero nei tracciati dell'antico brocardo “*praemonitus praemunitus*”.

Vengono in rilievo, ora, le due classi di ipotesi più problematiche, tra quelle che abbiamo individuato.

¹⁶⁰ Condanna Appendino: sono 3543 i sindaci che hanno firmato l'appello di Decaro al Parlamento, in www.anci.it - *Anci Digitale*.

Prima fra esse è quella che abbiamo contrassegnato come (a1), riferita alle vicende in cui lo scatenarsi della brutta forza della natura – almeno quando iniziò a manifestarsi – era prevedibile, ma non è stato previsto, come accaduto nell'alluvione di Sarno e nel moto di frane e colate detritiche che interessò Messina e Scaletta Zanclea.

Repetita juvant: l'indagine tende a muovere nella rotta assiologica che ha, quali punti cardinali, da un lato, l'esigenza di ancorare la responsabilità al *fatto*, evitando che il *fato* divenga arbitro del prodursi o meno delle conseguenze penali; dall'altro, la necessità di assicurare adeguata tutela alle vittime, la cui vita o integrità fisica è stata offesa da colpose condotte dei soggetti competenti a gestire il rischio di volta in volta tradottosi in danno.

Ebbene, nella ricerca dell'equilibrato tra queste contrapposte esigenze, calzante ci sembra l'icastica considerazione di Fausto Giunta: analizzando il *dictum* della Cassazione nel procedimento penale originato dall'alluvione di Sarno, il chiaro Autore ha sostenuto che, volendo seguire i principi affermati da quella pronuncia di legittimità, bisognerebbe riconoscere che «la vita che si svolge in città come Firenze e Venezia è una plateale, collettiva e perdurante violazione del dovere di diligenza»¹⁶¹. Tale rilievo sottende la non peregrina preoccupazione di uno smisurato ampliamento dei confini della prevedibilità e, per l'effetto, della responsabilità penale dei soggetti competenti a gestire i 'Grandi Rischi'.

Anche a nostro avviso, in tale classe di ipotesi, occorre particolare cautela. Concreto, infatti, è il pericolo di rendere gli imputati 'capri espiatori'; vittime per essersi trovati in una "situazione più grande di loro"¹⁶², e non – come sovente pretende l'accusa – responsabili «per non aver previsto ciò che avrebbero dovuto prevedere».

Vero è, infatti, che sul soggetto competente a gestire il 'Grande Rischio' gravano stringenti obblighi di protezione dei beni giuridici facenti capo alle collettività amministrate, e che, in queste vicende giudiziarie, gran parte dell'opinione pubblica 'pretende' che un responsabile colpevole sia – *à tout prix* – individuato. Altresì vero, però, è che ampliare eccessivamente il mantello della prevedibilità (e della prevenibilità) potrebbe condurre alla condanna di chi, nel bel mezzo di una calamità naturale, fece quanto gli riuscì, nella concitata disperazione di un dramma non previsto, e la cui prevedibilità è dubbia.

Il pendio verso il diritto penale del *fato* è ancora più scivoloso nelle ipotesi *sub (a3)*: di esse, fondate su di un nesso causale meramente psichico, emblematica è la vicenda giudiziaria originata dal terremoto che ha devastato L'Aquila.

In quell'occasione, il drammatico tramutarsi del 'Grande Rischio' in danno per centinaia di persone che abitavano nel capoluogo abruzzese, è stato interamente determinato da una calamità naturale. Efficienza causale è stata invece attribuita anche alla condotta di chi, poco prima di presiedere la riunione della CGR, minimizzò, nel corso di un'intervista, il rischio sismico: si è ravvisato, in ciò, un'impalpabile forma di «causalità psichica»¹⁶³, categoria concettuale che genera

¹⁶¹ F. GIUNTA, 'Maxima, culpa', in *Giust. pen.*, 2016, 11, 639.

¹⁶² Sulla possibilità che, in queste ed in analoghe ipotesi, si cerchi di rintracciare un responsabile in dei soggetti che «hanno avuto la sfortuna di dovere affrontare situazioni più grandi di loro», G. FORNASARI, G. INSOLERA, *Scienza, rischi naturali, comunicazione del rischio e responsabilità penale. Il punto di vista del penalista*, in AA.VV., *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissione Grandi Rischi"*, a cura di A. Amato, A. Cerase, F. Galadini, Milano, 2015, 9.

¹⁶³ Il tema merita ampio approfondimento: cfr., volendo, A. NAPPI, *op. cit.*, 390 ss.

attriti con i principi di legalità e di personalità della responsabilità penale¹⁶⁴, prestandosi ad assecondare «truffe delle etichette»¹⁶⁵ che, estendendo analogicamente la «categoria della causalità tradizionalmente intesa»¹⁶⁶, trasformino «in compartecipazione morale tutto ciò che esula dai confini della partecipazione materiale»¹⁶⁷. Tale criticità, d'altronde, è *in re ipsa*, poiché il meccanismo psicologico sul quale essa pretende di fondare il nesso eziologico è ontologicamente «irripetibile»¹⁶⁸ – e, pertanto, irriducibile a ben definiti criteri scientifici di accertamento processuale¹⁶⁹.

Ebbene, l'assenza di una legge scientifica di copertura – nel procedimento penale originato dal terremoto che devastò L'Aquila – ha comportato la necessità di fondare la condanna su leggi statistiche di matrice antropologica, nell'assenza di metodi statisticamente apprezzabili di validazione di tali «leggi di copertura». In tal modo, ricorrendo a «modelli di ragionamento inferenziale non dissimili da quelli propri della causalità naturalistica»¹⁷⁰, i comportamenti umani sono stati ricondotti «entro definite “griglie di comportamento”»¹⁷¹: si è ritenuto che l'«eliminazione controfattuale della condotta comunicativa dell'imputato si sarebbe accompagnata alla mancata verifica degli eventi in contestazione»¹⁷², e, al contempo, che una eventuale condotta appropriata dell'imputato avrebbe avuto «significative, non trascurabili possibilità di salvare il bene protetto»¹⁷³, poiché una corretta comunicazione del rischio sarebbe stata «funzionale alla conservazione dei comportamenti autoprotettivi che tradizionalmente sono stati assunti dai cittadini aquilani»¹⁷⁴.

¹⁶⁴ Così già M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1, 232.

¹⁶⁵ L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., 4.

¹⁶⁶ *Ibidem*. Il pericolo al quale ci riferiamo nel testo, nella prassi applicativa si è già tramutato in danno: ciò è accaduto, per esempio, rileva (*ibidem*) la chiara Autrice, allorché la giurisprudenza ha individuato «la responsabilità per compartecipazione morale nel reato in presenza di comportamenti meramente omissivi, posti in essere da chi si trovi al vertice di un'organizzazione criminale (...) sul presupposto (...) che anche il silenzio integri un rafforzamento del proposito criminoso o comunque il pieno consenso all'esecuzione del reato».

¹⁶⁷ *Ibidem*. Questo ed ulteriori profili critici della categoria concettuale in argomento sono stati efficacemente messi in luce da F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della fattispecie criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 417: «mentre in presenza di una condotta materialmente causale, l'accertamento dei legami eziologici e la loro prova si basa sulla dimostrazione di un effettivo nesso logico di condizionamento tra antecedente e sua conseguenza, quando si fa riferimento al rafforzamento di un altrui proposito criminoso non ci si pone il problema di dimostrare se la condotta del partecipe abbia effettivamente influenzato il comportamento dell'agente, ma ci si limita a verificare se, nella generalità dei casi, un certo comportamento, materialmente non causale, possa funzionare come mezzo di rafforzamento dell'altrui proposito criminoso».

¹⁶⁸ Cfr. L. CORNACCHIA, *Il problema della causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA. VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari, G. Fornasari, Bologna, 2001, 200 ss.

¹⁶⁹ L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., 7. I processi psichici, in altri termini, sfuggono a qualunque «sussunzione» sotto leggi scientifiche di copertura, prestandosi, al più, ad una generalizzazione entro griglie di comportamento che – scontando l'inevitabile tasso di incertezza derivante dalla libera autodeterminazione dell'esecutore – vedono drasticamente abbassarsi il proprio tasso di verificabilità processuale: in tal senso, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, 679. Per approfondimenti, sul ruolo e le prospettive della categoria concettuale della causalità psichica, C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1997, § 11, 30, 305 ss.

¹⁷⁰ L. RISICATO, *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico tra regole cautelari “aperte” e causalità psichica*, cit., 1231.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 19.

¹⁷³ *Ibidem*. Cfr., per un efficace approfondimento giurisprudenziale della potenziale efficacia impeditiva dell'evento del comportamento alternativo lecito, Cass. Sez. un., sentenza 18 settembre 2014, n. 38343, *ThyssenKrupp*, in www.giurisprudenzapenale.com.

¹⁷⁴ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 10.

Per giungere a tali conclusioni, ci si è avvalsi del “sapere incerto”, «ineliminabile strumento conoscitivo in tutti i campi dell’ordinamento penale»¹⁷⁵, che – nella specie – si è tradotto in «massime d’esperienza largamente radicate»¹⁷⁶, attraverso le quali si è apprezzato il «valore psicologicamente condizionante del messaggio pubblicamente diffuso dalle autorità istituzionali»¹⁷⁷.

Evidenti, a nostro avviso, le criticità di questi tracciati argomentativi.

Il ricorso al c.d. sapere esperienziale è venuto infatti ad amplificare l’impalpabilità del nesso di causalità psichica, che sembra qui rasentare il paradosso, configurando una sorta di ‘istigazione colposa’, non meno inconcepibile di un ‘tentativo colposo’ o di analoghe astruserie concettuali.

Nella vicenda giudiziaria in commento, le difficoltà di accertamento probatorio, implicate dal confinamento delle asserite relazioni causali «nel chiuso della dimensione spirituale della persona, fuori da ogni possibile e concreta opportunità di osservazione e di verifica»¹⁷⁸, sono state riconosciute dal giudice di legittimità, che ha tuttavia ritenuto individuabili «possibili generalizzazioni esplicative di azioni individuali sulla base di consolidate e affidabili massime d’esperienza, capaci di selezionare *ex ante* le condotte condizionanti (socialmente o culturalmente tipizzabili) da sottoporre successivamente all’accertamento causale *ex post*»¹⁷⁹.

Leggendo questi generici rilievi, fondati su vaghissimi concetti, è difficile credere di trovarsi nei territori del diritto penale del fatto. Gli estensori – di ciò plausibilmente consapevoli – hanno provato a puntellare il solaio motivazionale con il ‘solito’ richiamo ai concetti espressi dalla sentenza Franzese, e, in particolare, all’esigenza del «rigoroso e puntuale riscontro critico di evidenze probatorie e contingenze del caso concreto (...) suscettibili di convalidare o falsificare l’ipotesi originaria e, contestualmente, di escludere la causalità di ogni decorso causale alternativo, oltre ogni ragionevole dubbio»¹⁸⁰.

Duole notare, però, che si è rimasti sul piano delle mere enunciazioni di principio.

Il “rigoroso e puntuale riscontro critico” si è risolto nell’assunzione testimoniale delle dichiarazioni di amici e parenti delle vittime, verosimilmente animati dal comprensibile desiderio di individuare “comunque” un responsabile per la tragica perdita dei propri cari: i testimoni hanno confermato, per ognuna delle morti di cui al giudizio, che la fatale scelta di rimanere nelle proprie abitazioni fu dettata all’ascolto dell’intervista rilasciata dall’imputato¹⁸¹. L’impalpabile nesso psichico, pertanto, è stato desunto da un sapere incerto, fondato sul fallibilissimo criterio dell’*id quod plerumque accidit*, riscontrato solo attraverso testimonianze di attendibilità (oggettivamente) ridotta.

¹⁷⁵ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 16: si evidenzia, inoltre, ibidem, che la centralità del sapere esperienziale trova conferma nell’amplissimo impiego giudiziario degli indizi, ossia di «fatti certi quali, attraverso un’inferenza logica basata su massime d’esperienza consolidate e affidabili si perviene alla dimostrazione fatto incerto». Cfr., *ex plurimis*, nell’ambito della sterminata produzione scientifica della dottrina materia, G. BELLAVISTA, voce *Indizi*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 22 ss.; D. CARCANO, *Brevi note sulle regole decisorie che governano il processo penale*, in *Cass. pen.*, 2004, 3, 811 ss.; M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle c.d. «massime d’esperienza»*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1969, 182.

¹⁷⁶ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 19.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Cass., sez. IV, sentenza 25 marzo 2016, n. 12478, cit., *Considerato in diritto*, § 18.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ L. RISICATO, *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico tra regole cautelari “aperte” e causalità psichica*, cit., 1228.

A fronte di ciò – e in considerazione della mancanza di metodi statisticamente apprezzabili di validazione delle leggi antropologiche di copertura – sorge un pressante dubbio: quanto del “fatto” v’è ancora in questo diritto penale asseritamente del “fatto”?

Imputabilità e minore età: il sistema penale tra bisogno (ri)educativo del giovane adulto e dell'*adulto giovane**

ANTONINO SESSA

ABSTRACT

The Rocco code lives on a double discipline of imputability, and this depending on whether it is excluded from mental illness or from immaturity of the acting subject. However, common to both is the empirical deficit or the proportion that, between presumptive aporias and 'unequal' criminal responsibility, have ended up producing, especially in juvenile crime, an irrational increase in the same. It goes without saying that, even with a view to reform, the evident compromise solutions to the crisis of infirmity or immaturity, as just reported, have also led, once the superfetation of the inability to understand the antisocial meaning of the fact with fraud, to the rationalization of the residual capacity to will through the use of a deethicized category: motivation by means of rules as the object and no longer the prerequisite of a judgment of common and proportionate criminal responsibility for both the imputable and the non-imputable subject. And here, then, in enhancing a need for treatment at the basis of a single integrated sanctioning track in which punishment and security measures no longer represent something different, but something functionally other for common needs of (re) educational integration prevention social sanction of the (non) juvenile penal sanction (2,3,13,25,27 and 31 co. 2 cost.), the well-known figure of the young adult could find its systematic reasons for living mirror-image in that of the so-called 'young adult' when, between residual (re) educational quotas of criminal responsibility and reasonable abandonment of presumptive schemes still in force, questionable excesses of clemency would finally be balanced by a right to equality capable of avoiding a criminal risk calculated downwards and, therefore, criminogenic.

SOMMARIO: 1. Il codice Rocco e la doppia imputabilità. – 2. Il deficit comune: di verifica empirica.... – 2.1.e di proporzione. – 3. Gli effetti: tra aporie presuntive e responsabilità penale ‘diseguale’. L’aumento qualitativo della criminalità minorile. – 4. Dalla responsabilità penale ‘diseguale’ al binario unico sanzionatorio: a) la crisi del concetto di infermità. – 4.1.b) la crisi del concetto di immaturità. - 4.2.c) le soluzioni di compromesso nelle proposte di riforma. - 4.3..... d) la razionalità della politica criminale tra motivabilità mediante norme, bisogno di trattamento e responsabilità penale. – 5. Il ‘binario unico integrato’ e la prevenzione (ri)educativa nella funzione di integrazione sociale della (non) sanzione penale minorile. L’adulto giovane ed il ‘*giovane adulto*’ tra quote (ri)educative di responsabilità penale e ragionevole abbandono di criminogeni schemi presuntivi.

1. Appare di tutta evidenza che nel codice Rocco vive ancora attualmente una doppia disciplina dell'imputabilità. Infatti, la traduzione di tale istituto nella capacità di intendere e di volere come presupposto del rimprovero penale (art. 85 c.p.)¹ è destinata a trovare una chiara specificazione

*Il presente lavoro è destinato al volume AA.VV., Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma, a

normativamente autonoma nella idoneità di tali requisiti a resistere, sistematicamente, alla esclusione della infermità mentale (art. 88 e 89 c.p.) ovvero della immaturità del soggetto agente (artt. 97 e 98 c.p.) nel momento della realizzazione del fatto. E ciò in ragione di una affermazione che, del resto, sembra trovare ulteriore e dirimente conferma nella concorrenza, costantemente accolta dalla giurisprudenza², tra la diminuzione della minore età (art. 98 c.p.) e la diminuzione della seminfermità mentale (art. 89 c.p.) di cui godrebbe l'infradiciottenne maturo autore di reato.

Breve: il minore infradiciottenne seminfermo, in tanto riesce ad essere assoggettato, alla stregua di quanto appena sopra, ad una doppia attenuazione di pena, in quanto il fondamento di una tale conseguenza sanzionatoria affonda decisamente le sue radici in una verifica di imputabilità caratterizzata, in ragione delle peculiari qualità soggettive, da un diverso oggetto che, posto alla base dell'accertamento della stessa capacità di intendere e di volere, origina un concorrente trattamento di favore il quale, inoltre, sembra anche in grado di giustificare, per quanto già avveniva in passato in nome di un diritto ad una responsabilità penale 'eguale', la forte riduzione, proprio per i minori imputabili infradiciotenni, delle richieste di proscioglimento per immaturità³.

Ecco perché, allora, soprattutto a seguito di una tale acquisizione dommatica, anche da un punto di vista politico-criminale, una volta acquisita la consapevolezza normativa di una doppia caratterizzazione contenutistica della imputabilità in considerazione del diverso oggetto da porre alla base dell'accertamento della capacità di intendere e di volere per l'infrazione della pena (art. 85 c.p.), diventa interessante esaminare, ai fini del nostro studio, e particolarmente sotto il profilo degli effetti, i tratti comuni e divergenti di una tale scelta ordinamentale con riferimento ad una categoria che, non ostante l'onestà intellettuale del tecnicismo giuridico pure aveva collocato fuori dalla struttura del reato⁴, necessita di un processo di razionalizzazione da più parti avvertito, anche in prospettiva *de lege ferenda*⁵.

Tali attese, infatti, investendo gli esiti di un percorso evolutivo dottrinale e giurisprudenziale, così come avremo pure modo di verificare più avanti⁶, sono destinate a trovare il loro punto di approdo in una condivisibile proposta di rivisitazione di una disciplina che, nel superare le attuali ampie riserve su di un istituto unanimemente considerato come necessario presupposto di un giudizio eticizzante di colpevolezza⁷, sia in grado di ricostruire, anche per il non imputabile, le basi dommatiche per il superamento di una sua ancora discutibile responsabilità penale 'disuguale', con la capacità, rispetto al soggetto imputabile, di scongiurare così anche quelle aporie sistematiche che, per così come

cura di S. Moccia- A. Cavaliere, Napoli, 2022. Si ringraziano i Curatori per avere consentito alla pubblicazione anticipata nella rivista *Diritto e Giustizia minorile*.

¹ Nella manualistica per tutti G. MARINUCCI- E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, 460 ss.

² Le origini di un tale orientamento sono rinvenibili nella complessa sentenza del 16 giugno 2005 del Tribunale per i minorenni di Milano le cui motivazioni sono ampiamente trasfuse in F. KING, *Il giudizio di maturità ai sensi dell'art. 98 c.p. in un caso di violenza sessuale commesso da un minore ai danni dei fratelli*, in *Cass. pen.*, 2006, 1923 ss.

³ Ad oggi quantificabili ancora nella misura del 2%, come già rilevato da L. BASILIO, *L'imputabilità del minore*, in *www.adir.unifi.it* 2002, 1.

⁴ Cfr. sul punto la magistrale lezione di D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961, *passim*.

⁵ V. più ampiamente *infra* p. ss.

⁶ V. *infra* p. ss.

⁷ Per le argomentazioni a sostegno dell'assunto cfr. per tutti G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 346 ss.

diffusamente denunciate, si presentano come insopportabili per un ordinamento civile di stretta derivazione costituzionale. Ed ecco perché, proprio in ossequio alle esigenze di cui all'art. 3 Cost., ed a fronte della macroscopica negazione della proporzione della risposta penale per soggetti a tutela rafforzata – come nel caso proprio del minore ex art. 31 co. 2 Cost., sembra, a ben vedere, doversi sottoporre a verifica di razionalità anche la recente proposta normativa che ha visto maturare con l'art. 1 *quater* della legge n. 81 del 2014⁸, non senza però suscitare ulteriori riserve, una disciplina alternativa per quella sanzione penale che, ancora in assenza di una piena commisurazione in concreto, sarebbe da irrogare con la misura di sicurezza detentiva al minore di età infraquattordicenne. Ma procediamo per gradi.

2. In un contesto ordinamentale come quello appena sopra ricostruito, allora, una prima questione da affrontare sembra sicuramente quella relativa alla presa d'atto di un comune tratto deficitario della attuale disciplina codicistica della doppia imputabilità. Infatti, da questo punto di vista, infermità mentale totale ed immaturità, come cause di esclusione della capacità di intendere e di volere quale presupposto normativo dell'imputabilità da elevare a requisito generale della responsabilità penale del reo (ex art. 85 c.p.), non mancano di condividere perplessità sul piano della loro verifica empirica e della stessa conseguente necessità di proporzione in funzione di limite al potere punitivo statuale (art. 3 cost.) in un ordinamento orientato a valori normativo-superiori.

In verità, sotto il primo profilo, quello della verifica empirica, se è vero che la visione originaria dell'istituto dell'imputabilità, anche nei suoi elementi condizionanti, ha vissuto una stagione evolutiva ispirata dalla necessità che la personalità umana fosse posta al riparo da una disciplina codicistica rigorosamente autoritaria⁹, è anche vero che, in un tale contesto sistematico, è apparso progressivamente, e sempre più di tutta evidenza, come mentre la capacità di intendere, esprimendo la capacità di comprendere il significato antisociale del fatto, abbia ben presto assunto, anche per il non imputabile, i caratteri di una chiara superfetazione del dolo¹⁰, è la capacità di volere che, nel coincidere con la capacità di autodeterminazione del singolo per normali impulsi motivanti l'azione¹¹, ha finito per assurgere ad elemento principe, seppur maggiormente critico, nella struttura dell'istituto qui oggetto di studio. Ed una tale decisa affermazione, poi, non ha mancato di trovare una ulteriore conferma anche nel recente tentativo, per quanto indotto anche da acuta dottrina¹², di valorizzare, nei confronti dello stesso soggetto infermo di mente, quanto già avviene per il giudizio di immaturità del minore di età, vale a dire il varo di una disciplina generale in cui si riconsideri il possibile limite codicistico¹³ alla rilevanza naturalistica di quelle sfere non intellettive e volitive che,

⁸ Tale norma recita testualmente: 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, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo».

⁹ Cfr. la suggestiva ricostruzione di M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, *passim*.

¹⁰ Cfr. la lezione di F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità sociale*, Milano, 1961, *passim*.

¹¹ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 625 s.

¹² Da ultimo cfr. l'ampia ricerca di D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, *passim*.

¹³ Cfr. *La relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, 140

da recuperare alla base dell'imputabilità, avrebbero come riferimento vizi riferibili al terzo centro della psiche e che, pertanto, sono riconducibili, ben oltre una funzione meramente commisurativa, agli stati emotivi e passionali (art. 90 c.p.),¹⁴. Del resto, non vi è chi non veda come proprio tale ultima presa di posizione possa registrarsi quale conseguente risultato di quella opzione sistematica che, ancora una volta indotta da una deontologia ermeneutico-penale orientata a principi di politica criminale¹⁵, sia decisamente votata al definitivo superamento anche di quella discutibile "colpevolezza per il carattere" che, nell'ambito di una visione unitaria della personalità umana affrancata dalla metafisica della retribuzione, possa sicuramente avere come risultato quello di rompere coerentemente quello schema classico riconducibile ad un dato assunto come dimostrato semplicemente dalla possibilità di costituirsi una differente fisionomia psicologica¹⁶.

Ecco perché, allora, da più parti, anche in ragione di quanto appena sopra evidenziato, si è fatta sempre più pressante la necessità di rivedere, sulla base di nuovi percorsi argomentativi, il fondamento strutturale di una categoria problematica, l'imputabilità, che, proprio perché ispirata da nozioni vaghe ed indeterminate come infermità ed immaturità, fosse finalmente in grado di essere sottratta a criteri di riferimento non solo equivoci, ma soprattutto insuscettibili di una attendibile verifica empirica. Infatti, la cartina di tornasole di un tale ultimo assunto la si può rinvenire, ancora oggi, in quel sussulto di razionalità che, nella ricerca di un limite a giudizi presuntivi ispirati da pareri ascrittivi¹⁷, ha finito per esaltare, proprio nella materia che qui ci occupa, il principio del libero convincimento del giudice il quale, nell'evidente intento, neppure malcelato, di recuperare l'autonomia del giudizio giuridico su quello del perito di turno¹⁸, si è visto destinato ad assolvere, con la rigorosità della motivazione, il compito di riaffermare la scientificità della prova rispetto agli esiti insopportabili per un ordinamento democratico di una prova legale di stampo autoritario¹⁹. E tutto questo, in verità, lo si è potuto ottenere solo attraverso una razionale verifica giudiziale di quelle cause esclusive della libertà del volere che, ex art. 86 e 98 c.p., scontando una struttura ontologicamente fideistica, sembrano imporre, anche *de lege ferenda*, il recupero già sul piano normativo di una dimensione empiricamente accertabile dell'istituto qui oggetto di studio, e ciò al fine soprattutto di ovviare, proprio sul piano dell'accertamento, al suo attuale stato di crisi unanimemente riconosciuto, anche da un punto di vista intrasistematico²⁰.

ss.

¹⁴ Cfr. G. MARINI, *Imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, 260.

¹⁵ Per quanto rilevato anche puntualmente da V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente. Appunti di deontologia ermeneutica*, in www.penalecontemporaneo.it del 17 gennaio 2018, 1 ss.

¹⁶ Facendo propria la puntuale osservazione critica di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 159.

¹⁷ E' quanto appropriatamente rileva S. D'AMATO, *La responsabilità penale 'diseguale'. Contributo ad una riflessione in materia di imputabilità*, Napoli, 2020, 148.

¹⁸ Cfr. M. BERTOLINO, *op.ult.cit.*, *passim*.

¹⁹ Sulle origini e la razionalità sistematica che deve animare tale principio nel rapporto tra prova legale e prova scientifica, in una dimensione sistematica che recuperi istanze democratiche a tendenze autoritarie cfr. per tutti NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, *passim*; più nello specifico, sul rapporto tra prova scientifica ed imputabilità cfr. AA. VV., *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2010, *passim*; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Aspetti psicologici nella formazione della prova: dall'ordalia alle neuroscienze*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 5, 609; O. DI GIOVINE, *Behavioural genetics e imputabilità: i termini di un rapporto difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1, 31 ss.

²⁰ Per una compiuta sintesi del dibattito sul punto cfr. M. BERTOLINO, *La questione attuale dell'imputabilità penale*, in AA. VV., *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, a cura di O. DE

Non vi è chi non veda, dunque, come accanto al condiviso *deficit* di affidabili parametri scientifici di verifica processuale delle stesse condizioni attraverso le quali si specifica soprattutto il concetto centrale riferibile alla capacità di volere, la categoria della imputabilità non manca ancora attualmente di caratterizzarsi per l'ulteriore difficoltà di rinvenire regole di giudizio idonee a conferire alle stesse pure un necessario carattere di determinatezza, a tal punto da generare non solo ineludibili cadute di garanzia sul terreno della legalità e della riconoscibilità del disposto normativo, ma anche, e conseguentemente all'analisi della stessa prassi giudiziaria, una situazione di notevole difformità e contraddittorietà di giudizi ogni volta in cui, registrata l'assenza di un criterio predeterminato in base al quale operare una scelta, si è trattato di valutare una condizione di immaturità o di infermità del soggetto agente²¹.

Inutile dire, allora, che le problematiche appena sopra denunciate hanno trovato la loro origine proprio in quella stessa strutturale doppiezza che, empiricamente e normativamente, ha investito soprattutto la peculiare nozione di capacità di volere. Quest'ultima, infatti, risolvendosi nella assolutezza attuale dei presupposti della imputabilità *ex art. 85 c.p.*, solo attraverso i più recenti risultati della scienza psichiatrica e socio-psicologica può consentire di uscire da quelle secche che ancora attualmente affliggono la definizione del contenuto degli stessi elementi su cui si struttura l'istituto qui oggetto di critica. E per ottenere un tale risultato, in verità, è apparso chiaro sin da subito come lo stesso riferimento ai requisiti contenutistici dell'infermità e della immaturità, *ex art. 88 e 97 c.p.*, dovesse registrare quel necessario aggiustamento che, per quanto riferibile a nozioni 'aperte', come nel caso della infermità inclusiva anche di disturbi di personalità atipici²², ha vissuto conseguentemente il riaffermarsi del problema pratico di come ridurre l'incertezza del giudizio di merito nell'accertamento di una 'mobile' imputabilità da strappare all'ormai perenne contrasto tra essa e i principi penalistici di tassatività e determinatezza²³.

Ed ecco perché, gli stessi tentativi di modernizzazione della disciplina della imputabilità che si sono succeduti nel tempo hanno finito, a ben vedere, per continuare a renderla inadeguata al suo scopo, rimanendo ancora del tutto indeterminata nel suo riferirsi a categorie fortemente elastiche che, come nel caso dell'infermità mentale, ancora risentono del rinvio a parametri valutativi del tutto equivoci in ragione non solo della molteplicità di modelli esplicativi di malattia, la cui scientificità è affidata alla scuola di riferimento ed alle inclinazioni del perito in relazione al caso concreto, ma anche di una chiara tensione con l'assunto fondamentale per cui, se tutti gli elementi del reato devono

LEONARDI, G. GALLIO, D. MAURI E T. PITCH, Milano, 1988, 145 ss.; R. ENNA, *L'imputabilità*, in AA. VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. FIORE - S. MOCCIA - A. CAVALIERE, Napoli, 2009, 101 ss.; S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, *passim*.

²¹Riprendendo S. D'AMATO, *op.ult. cit.*, 56; R. ENNA, *op.ult.cit.*, 102; L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Neuroscienze ed imputabilità*, in AA. VV., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2007, 342.

²²Tutto ciò in virtù del superamento del metodo analitico ispirato al criterio nosografico, e tutto questo nell'ambito di un recuperato realismo psichico da parte del diritto penale giurisprudenziale, cfr. per tutte Cass. pen., sez. un., sentenza 25.01.2005 n° 9163, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 420 ss. con nota di M.T. COLLICA, *Anche i disturbi della personalità sono infermità mentale*, *ivi*.

²³Sul principio di determinatezza cfr. per tutti S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza-tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*.

essere determinati ed empiricamente verificabili, si è registrata sul punto la presa d'atto di una frizione ancora non risolta²⁴.

Ma allora, ed ai fini del nostro studio, quanto appena detto non ha mancato di assumere, da un punto di vista politico criminale e, quindi, di metodo, un rilievo ulteriormente assorbente. Infatti, se è vero che all'esigenza di razionalizzazione cui deve ispirarsi un riassetto della disciplina della imputabilità deve seguire il ricorso ad affidabili parametri normativi lontani da eticizzazioni fideistiche nella verifica empirica dei presupposti per l'applicazione della pena, è altrettanto vero che, anche per l'applicazione della misura di sicurezza al non imputabile, pure si è affermata, ed in modo analogo, la necessità di come scongiurare gli stessi problemi di determinatezza quando, accanto all'accertamento della commissione di un fatto di reato o di quasi reato, nonché della esclusione della libertà del volere, quale possibilità del soggetto di agire diversamente tanto da motivarsi al lecito, si è registrata la necessità di verificare una ulteriore successiva condizione²⁵. Essa, in verità, nel coincidere con la pericolosità sociale²⁶, non solo ha finito per generare una già nota situazione in cui, ancora una volta, l'ordinamento viene chiamato a fornire l'adeguato supporto al giudice nel compito di 'resistere' alla delega al perito del giudizio giuridico sull'imputabilità di un soggetto, ma ha anche, ed in modo sistematicamente più discutibile, amplificato i problemi che, notoriamente riferibili all'aspetto empirico della questione, hanno investito anche quelli di tipo normativo.

Pertanto, se l'impianto sanzionatorio originariamente previsto dal codice Rocco aveva una sua logica, posto che le più importanti forme di pericolosità erano sottratte alla verifica giudiziaria, con la conseguenza che le relative difficoltà di accertamento erano superate dalle presunzioni legali, appare del tutto evidente come tale organizzazione ordinamentale, di stampo marcatamente autoritario, abbia iniziato a vacillare sulla base degli interventi della Consulta che, abolitivi della presunzione di pericolosità del minore non imputabile²⁷, pure hanno avuto il merito di far emergere, in tutta la sua rilevanza, il problema di una doppia indeterminatezza, accanto a quello della imputabilità, anche del concetto di pericolosità sociale, come sopra paventato²⁸.

Ed è proprio sulla base di un tale ultimo assunto che non vi è chi non veda come tutto quanto sopra denunciato ha finito per trovare ulteriore ed inequivocabile conferma nel fatto che la attuale 'elasticità' dei concetti cui la disciplina normativa ricorre per il riconoscimento della incapacità di intendere e volere, nonché della stessa pericolosità sociale, abbia finito per suscitare quelle ampie riflessioni che, anche in dottrina²⁹, hanno da sempre ispirato modifiche alla disciplina degli istituti appena sopra richiamati, e ciò nell'evidente tentativo di proporre in via prioritaria la definizione di quei vuoti empirici che, tuttavia, anche in prospettiva *de lege ferenda*, non hanno mancato di registrare ancora insoddisfacenti soluzioni di compromesso rispetto alla normativa vigente³⁰.

²⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, in AA. VV., *Curare e punire*, cit., 129; S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, 56.

²⁵ Cfr. R. ENNA, *L'imputabilità*, cit., 107.

²⁶ Sul tema cfr. per tutti M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, *passim*.

²⁷ Corte Cost., sentenza 27 luglio 1982, n. 139.

²⁸ Anche per il rinvio, in un giudizio prognostico, a parametri di commisurazione, come la capacità a delinquere, pure ritenuti unanimemente indeterminati, più ampiamente sul punto R. ENNA, *op.ult.cit.*, 104.

²⁹ Cfr. per tutti A. MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1318 ss.

³⁰ V. *infra* p. ss.

2.1. Facendo tesoro, allora, delle acquisizioni finora maturate, è apparso chiaro nel tempo come al *deficit* empirico che ancora caratterizza la struttura normativa dell'imputabilità e della pericolosità sociale nella loro attuale disciplina si sia accompagnato anche un ulteriore *deficit* che, investendo esigenze garantistiche di proporzione, ha alimentato e continua ad alimentare, pure a seguito della legge n. 81 del 2014, una 'responsabilità diseguale' del non imputabile quando, rispetto al soggetto capace di intendere e di volere, un ordinamento democratico, fortemente sollecitato nella sua civiltà, viene investito dall'applicazione di una sanzione penale irragionevole e insopportabile specialmente per un soggetto a tutela rafforzata, il minore.

Sembra di tutta evidenza, in verità, che tutto questo sia il risultato, per quanto già avveniva nel codice Rocco, di una normativa in cui, contribuendo a registrare, sul piano delle conseguenze sanzionatorie, il richiamo allo schema del 'doppio binario' quale espressione dell'idea di sintesi tecnicistica tra scuola classica e scuola positiva, l'imputabilità ancora costituisce quello spartiacque necessario a fondare una chiara distinzione tra pena e misura di sicurezza. Quest'ultima, del resto, anche a seguito dell'abbandono della sua originaria natura amministrativa³¹, continua a scontare evidenti resistenze all'idea costituzionale di una sua proiezione all'interno di un binario unico sanzionatorio funzionalizzato alla integrazione sociale³², e ciò in virtù proprio della conservazione di quella originaria diversificazione degli scopi della sanzione più grave che, assegnando alla pena, ed in presenza della capacità di intendere e di volere, una funzione di prevenzione generale ovvero retributiva, finiva, in assenza dell'imputabilità, ma in presenza della pericolosità sociale del soggetto agente, per scaricare sulla misura di sicurezza il prevalente perseguimento di esigenze di prevenzione speciale³³.

È inutile dire, allora, che proprio alla luce di tutto quanto appena osservato risulta più facile comprendere come la stessa separazione tra soggetti imputabili e non imputabili, secondo lo schema sistematico sopra richiamato, non ha mancato, inevitabilmente, di rappresentare anche una naturale premessa, sul piano dei presupposti, di quella corrispondente distinzione esistente e riferibile alla sua proiezione sulle possibili conseguenze sanzionatorie della stessa. Infatti, da un lato, le pene, proprio perché fondate sul presupposto della colpevolezza intesa come rimproverabilità legata anche alla funzione retributiva della stessa sanzione, non hanno abbandonato la garanzia di vedersi assicurato un limite affidato a criteri di proporzione tra intervento punitivo statuale ed entità del disvalore penale del fatto realizzato, mentre, dall'altro, le misure di sicurezza continuavano e continuano a vivere di una duplice incertezza. Essa, infatti, risulta fondata:

a) tanto su di un presupposto presuntivo che, rinvenibile nella pericolosità sociale, ancora evoca un concetto non solo riconducibile ad una prognosi fortemente relativa sul futuro comportamento dell'autore del fatto di reato, ma che, come per l'imputabilità, continua ancora a vivere di una profonda crisi nel momento in cui risulta evidente la difficoltà tuttora sopportata da tale giudizio

³¹ Sul tema resta ancora indiscusso il rinvio a E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, *passim*.

³² Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss.

³³ Ulteriori approfondimenti in G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 737 ss.

prognostico nel rinvenimento nel suo accertamento pratico di parametri tassativi e determinati (così come per la capacità di volere)³⁴;

b) quanto su di una sanzione penale che, a differenza della pena, mentre originariamente risultava limitata nel minimo, ma illimitata nel massimo, ancora oggi sembra confermare una sproporzione facilmente ripetibile per i non imputabili.

Ed ecco perché, proprio alla luce di tale ultima considerazione si è venuta ad imporre, decisamente, l'esigenza di una attenta verifica sulla necessità di come rivedere ed integrare, ai fini della responsabilità penale, i concetti di imputabilità e pericolosità sociale, anche perché, nel verificarne il rispettivo fondamento alla luce della sussistenza di condizioni indeterminate ed empiricamente non verificabili, una razionalizzazione del tradizionale sistema sanzionatorio del doppio binario avrebbe dovuto portare ad ovviare ad una irragionevole conseguenza, vale a dire quella che, in particolare, ha originato nel codice Rocco la costituzionalmente inammissibile applicazione al non imputabile di una misura la cui durata massima, anche in considerazione della neutralizzazione della pericolosità del particolare autore, era discutibilmente indeterminata.

Infatti, non vi è chi non veda come una tale costruzione sistematica, anche in conseguenza dell'art. 1 *quater* della stessa legge n. 81 del 2014, non risulta ancora oggi del tutto sconfessata. Infatti, lo stesso timido recupero di esigenze di proporzione, realizzato attraverso la riconduzione delle sole misure di sicurezza detentive ad una loro corrispondenza nel massimo alla pena edittale prevista per il reato base e limitatamente commisurata ai sensi dell'art. 278 c.p.p., neppure consente, a ben vedere, di superare le perplessità di una irragionevolezza che, evidenziando tutta la sua 'parzialità', pure permane sia rispetto alla irrogazione ancora indeterminata nel massimo di una misura di sicurezza non detentiva (la libertà vigilata) e sia rispetto ad una piena commisurazione in concreto della sanzione penale detentiva per il non imputabile. Quest'ultimo, e a differenza di quanto normativamente previsto per l'imputabile, continuerebbe insopportabilmente a non godere in via 'eguale' di quell'adeguamento in concreto, ex art. 133 c.p., di cui la responsabilità penale del soggetto colpevole vive tuttora esclusivamente a discapito anche di soggetti che la stessa Costituzione individua come soggetti a tutela rafforzata, i minori (art. 31 co. 2 Cost.).

Breve: a seguito della legge n. 81 del 2014 pena e misura di sicurezza, pur iniziando un dubbio percorso di *reductio ad unum* quantitativa, sembrano aver inequivocabilmente imboccato la via del non ritorno verso un 'binario unico' sanzionatorio. La risposta penale, infatti, nel concretizzarsi così in qualcosa di altro, ma non più di diverso, si verrebbe ad individualizzare sempre più solo da un punto di vista qualitativo, ma pur sempre all'interno delle funzioni comuni di integrazione sociale generalpreventive e specialpreventive positive che la pena, latamente intesa, è chiamata normativamente a realizzare (artt. 2-3-13-25-27 co.1 e 3, 31 co. 2 e 54 Cost.)³⁵.

³⁴ Dal momento che anche il rinvio ai criteri di cui al comma 2 dell'art 133 c.p. operato dall'art. 203 comma 2 c.p., appare ancora del tutto inadeguato al tipo di verifica richiesta, una tale impostazione critica è rinvenibile in F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 17 ss.; G.B. TRAVERSO, *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, 1041; S. MANACORDA, *Pericolosità e infermità psichica: dalle presunzioni legali alle prospettive di superamento*, in *Quest. giust.* 1987, 696.

³⁵ Così come auspicato lucidamente da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 88 ss.

3. Ma è a questo punto del nostro discorso che, dunque, appare chiaro come proprio alla luce dell'inquadramento sistematico delle problematiche di cui sopra si è cercato, sul piano politico criminale, di interrogarsi sugli effetti direttamente ricollegabili ad esse. Infatti, tanto il *deficit* empirico nell'accertamento dei presupposti normativi dell'imputabilità, quanto il *deficit* di proporzione nelle conseguenze sanzionatorie per il non imputabile, finiscono per incidere su di una responsabilità penale che, non ostante il correttivo operato dal legislatore repubblicano del 2014, resta ancora insopportabilmente 'diseguale'.

Ed ecco perché, allora, alla luce di un tale assunto, non solo sulla base di schemi di presunzione relativa – come nel caso dell'infermità -, ma anche assoluta – come nel caso dell'imaturità dell'infraquattordicenne -, è possibile osservare che, proprio in considerazione della particolare strutturazione '*deficitaria*' delle cause di esclusione dell'imputabilità, il sistema penale, forse del tutto inconsapevolmente, ha consentito e consente ancora al soggetto agente di calcolare, con strumentale previsione, il rischio penale conseguente al suo agire. Pertanto, ad esempio, se è vero che anche nella realizzazione di fatti di significativo disvalore l'autore minore di età è pre-destinato a muoversi all'interno di definiti percorsi sanzionatori 'privilegiati', per quanto caratterizzati da una differenziata ridotta afflittività animata da automatismi presuntivi, è anche vero che tali percorsi, quando pretermettono funzioni di prevenzione generale rispetto a quelle di prevenzione speciale, non solo tradiscono esigenze normativo-superiori di integrazione sociale nella irrogazione della sanzione più grave, ma hanno anche più specificamente come risultato di una deformalizzata 'eccessiva clemenzialità' quello di alimentare un diffuso allarme sociale³⁶.

Inutile dire che una tale affermazione, nella materia che qui ci occupa, sembra affondare le sue radici proprio in quella naturale irragionevole conseguenza che, a ben vedere, avendo come suo presupposto la particolare strutturazione presuntiva della disciplina dell'(in)imputabilità dell'infermo di mente e del minore di età, ha dato la stura ad un diritto penale che, espressione di una politica criminale orientata a principi normativo-superiori, ha avvertito, nel tempo, la necessità di affidare i tentativi di una sua razionalizzazione alle suggestive riflessioni di chi, con particolare riferimento alla incapacità di intendere e di volere così come disciplinata negli artt.97 e 98 c.p., ha proposto lo sviluppo di un rinnovato modello di inflizione della sanzione penale. Tale modello, infatti, in stretta corrispondenza con la elaborazione del paradigma della giustizia riparativa, avrebbe dovuto avere come risultato quello di mirare a valorizzare processi di responsabilizzazione del non imputabile sull'indiscutibile assunto che, specialmente nella declinazione della non imputabilità per soggetti a tutela rafforzata, si possa giungere, in luogo di una pura e presunta irresponsabilità assoluta, a non negare normativamente, sulla base del riconoscimento giuridico di quote di responsabilità, il diritto all'identità di cui un individuo è ragionevolmente portatore³⁷. E tutto ciò, poi, soprattutto in nome di una differenziazione valoriale (art. 31 co. 2 Cost.) che, solo così, sarebbe capace di assicurare, anche per il minore non imputabile, il diritto ad una responsabilità penale 'eguale', al punto da rivelarsi allo stesso tempo in grado di ridurre quel diffuso conseguente effetto criminogeno che, alimentato dalla

³⁶ Per una analoga riflessione cfr. C. JÄGER, *Problemi fondamentali del diritto penale minorile*, Relazione tenuta all'Università di Napoli nel 2001, 10 del dattiloscritto.

³⁷ Cfr. M. BOUCHARD-L. PEPINO, *Imputabilità*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di E. PALERMO FABRIS- A. PRESUTTI, Milano, 2002, 122.

attuale ‘mobile’ disciplina della capacità di intendere e di volere, è all’origine di un costante quanto allarmante aumento *qualitativo* della criminalità minorile, che pure *quantitativamente* decresce³⁸.

4. Ecco perché, allora, è proprio facendo tesoro di una tale ultima considerazione che risulta evidente come la crisi strutturale della nozione di imputabilità affondi le sue radici, accanto alla crisi delle scienze empirico-sociali di riferimento, anche in una crisi interna al sistema penale, laddove sarà la stessa constatazione, come vedremo, della irrazionale relazione tra imputabilità, colpevolezza e finalità di prevenzione della pena a spingere verso una riforma proiettata al definitivo superamento del sistema sanzionatorio del doppio binario e dei suoi fondamenti: imputabilità e pericolosità sociale³⁹.

Si tratta, a ben vedere, come da più parti auspicato, di mettere mano necessariamente alla revisione di quel discutibile compromesso tra scuola classica e scuola positiva che, nel Codice Rocco, ha animato, proprio nella disciplina della imputabilità, quei criteri ispiratori di un impianto sanzionatorio con cui, assumendo ad emblema l’art. 85 c.p., si è sistematicamente legittimata l’esclusione della pena che, a sua volta, e quale espressione dell’idea classica del libero arbitrio e della concezione retributiva della sanzione criminale, ha determinato per il non imputabile, ex art. 202 c.p., la conseguente irrogazione della misura di sicurezza come sanzione per le persone socialmente pericolose più fedelmente rispondente alle posizioni della scuola positiva.

Nel codice del 1930, infatti, e sembra opportuno qui ribadirlo, un tale meccanismo sanzionatorio ruotava ed ancora ruota decisamente intorno a quella condizione, l’imputabilità, che, proprio perché espressione di una formula generica, ha finito per portare con sé anche il rischio comune alle definizioni in positivo di concetti tautologici i quali, allo stesso modo dei concetti disposizionali che indicano non dati fisici del mondo esterno percepibili con i sensi, ma capacità e attitudini, evidenziano anche l’ulteriore esigenza di una maggiore precisazione nel ricorso a criteri di uso nella prassi applicativa ovvero nelle cause patologiche che escludono o diminuiscono la stessa imputabilità. E se tutto questo è vero, allora, nel momento in cui la capacità di intendere e di volere è stata positivamente definita in negativo attraverso cause di esclusione della stessa legislativamente predeterminate⁴⁰, risulta più facile comprendere anche come il codice Rocco si sia dovuto adeguare a vivere di una presunzione normativa di imputabilità.

Quest’ultima, a ben vedere, e a differenza degli infraquattordicenni, pur operando per i soggetti affetti da disturbo psichico e per gli infradiciottenni fino a prova contraria, non ha mancato di confermare ed alimentare quelle evidenti aporie sistematiche che, infatti, come pure sopra già si è avuto modo di osservare, hanno finito per rafforzare l’idea con cui, rifondando il sistema penale, si sarebbe dovuto abbandonare il postulato ontologico razionalmente indimostrabile del libero arbitrio, fino ad assumere come presupposto di vita pratica quello che guarda alla libertà del volere quale principio convenzionale fondato su una aspettativa ordinamentale funzionale alla garanzia della

³⁸ Prendendo spunto dalla ricerca di A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, a cura di M. DOSSETTI- C. MORETTI- M. MORETTI- S. VITTORINI GIULIANO, Bologna, 2014, 538 ss.

³⁹ Così G. FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, in *Dei delitti e delle pene*, vol. 2, 1987, 243 ss.

⁴⁰ Per quanto pure osservato da M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 850.

libertà individuale e al perseguimento di quella finalità di prevenzione generale positiva tesa ad assicurare l'orientamento socio-culturale dei consociati nell'ambito di un messaggio di responsabilizzazione individuale e collettiva⁴¹.

Ed il percorso che ha portato alla maturazione di una tale consapevolezza, per quanto rivolto a porre rimedio pure alle incerte definizioni riferibili alla pericolosità sociale⁴², ha trovato, allora, il suo primo forte argomento nella stessa verifica della libertà del volere per l'infermo di mente. Sul punto, con la pronuncia delle SS.UU. n. 9163/2005, l'ordinamento penale ha fatto proprio quell'orientamento con cui è possibile rinvenire le dirette origini di una interpretazione necessariamente sistematica in grado di arginare la irrazionale disciplina della categoria che qui ci occupa e che viene, così, minata nella sua tradizionale funzione di presupposto del giudizio di colpevolezza, della personalità responsabilità penale e della funzione di integrazione sociale della sanzione più grave.

Su tali basi, allora, è stato chiaro sin da subito come l'infermità di mente, nel rappresentare quella condizione di esclusione dell'imputabilità individuabile in una situazione di non normalità psichica, ha presentato nel tempo i suoi più rilevanti aspetti problematici non solo rispetto alla classificazione, quanto mai ardua e relativa, degli stessi disturbi psichici, ma anche, e soprattutto, rispetto alla mancanza di una terminologia generalmente accettata in ragione dell'esistenza di profondi contrasti nella letteratura psichiatrica. E' facile comprendere, pertanto, come si sia arrivati, in presenza di ciò, alla presa d'atto di un contesto scientifico in cui la dottrina unanimemente ha parlato di crisi della psichiatria, o meglio di quella crisi che, da alcuni anni, attraversa il concetto di malattia mentale, con evidenti ricadute sul versante della necessaria cooperazione tra il sapere scientifico e il giudice che di quel sapere dovrebbe fruire⁴³.

E se è vero, da un lato, che all'epoca in cui venne emanato l'attuale codice penale era imperante nella psichiatria il paradigma medico organicistico, per cui il disturbo psichico come infermità certa e documentabile poteva essere ricondotto ad una malattia mentale solo se nosograficamente inquadrato, è anche vero, dall'altro, che lo stesso legislatore del 1930 ha tenuto presente, sul piano normativo, il riferimento ad un tale modello soprattutto quando, nei lavori preparatori, non ha mancato di richiamarsi al vizio di mente come infermità fisica e psichica clinicamente accertata, ovvero ad una forma patologicamente e clinicamente verificabile di infermità mentale intesa come malattia in senso nosografico⁴⁴.

Inutile dire, però, che un tale parametro fu ben presto messo in discussione in termini di certezza da altri modelli diffusi nella scienza psichiatrica, fino a giungere all'orientamento secondo cui, ritenendo superata la concezione unitaria di malattia mentale, ed escludendo il rinvio a categorie o rigidi schemi nosografici, si sarebbe affermata una concezione integrata della stessa⁴⁵. Ecco,

⁴¹ Cfr. per tutti C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 24.

⁴² V. *ultra p. ss.*

⁴³ Cfr. M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 190 ss.

⁴⁴ Sembra il caso di ricordare qui, infatti, che l'ideologia dell'epoca risentiva anche del preminente intento generalpreventivo di cui l'interesse repressivo rappresentava un elemento specifico, tanto che il legislatore, mosso in tal senso, mirava a bloccare alla radice le dispute pretestuose su basi malsicure, e per raggiungere un tale scopo si affidava a concetti ai quali poteva riconoscersi una base empirica, cfr. ENNA, *L'imputabilità*, cit., 104 ss.

⁴⁵ Per una verifica dell'assunto cfr. M. T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 884 ss.

dunque, come, nella diversità di orientamenti spesso contraddittori della scienza psichiatrica moderna, si è registrato, in campo giuridico, lo sviluppo di tendenze all'allargamento o al contrario alla restrizione di casi di non imputabilità per vizio di mente, con conseguenti oscillazioni interpretative, dottrinali e giurisprudenziali che, concernendo le nevrosi, le psicopatie o in genere i disturbi della personalità, hanno finito per includere o meno questi ultimi nella cause di esclusione dell'imputabilità a seconda che si fosse aderito ad uno o ad altro paradigma scientifico⁴⁶.

Ma è, però, con l'entrata in vigore della Costituzione che si è affermata la progressiva necessità di adeguamento della disciplina della imputabilità al maturare dell'esigenza riconducibile alla elaborazione scientifica di parametri alternativi a quello medico, tanto da risentire con ciò della spinta dottrinale e giurisprudenziale verso nuovi approdi interpretativi ritenuti più rispettosi della legge fondamentale e della necessità di un recupero autonomo del giudizio giuridico da quello del perito⁴⁷. Per quanto recepito in numerose sentenze sugli artt. 88 e 89 c.p., infatti, si è giunti ad evidenziare come tali ultime norme sembrano riferirsi non ad una infermità mentale, ma ad una infermità capace di indurre il soggetto in uno stato di mente in grado di escludere la capacità di intendere e di volere, facendola anche scemare grandemente, e fino al punto da autorizzare a ritenere che non è l'infermità in sé a rilevare, quanto piuttosto lo stato di mente da essa determinato e tale da escludere la capacità di intendere e di volere. Su questa strada, pertanto, si è venuta ad imporre anche la convinzione per cui le stesse norme appena sopra citate, senza limitarsi a circoscrivere l'ambito di loro rilevanza alla sole infermità psichiche, potessero estendere la loro previsione anche ai disturbi psichici che a quello stato di mente possono indurre⁴⁸.

Pertanto, alla luce di tutto quanto appena sopra, e con la crisi del criterio della necessaria sussumibilità della anomalia psichica nel novero delle rigide e predeterminate categorie nosografiche, si è assistito ad una progressiva apertura giurisprudenziale verso forme di disturbo della personalità senza base organica che, in nome di una nuova prospettiva, per come consacrata nelle SS.UU. n.9163 del 2005, hanno finito, tuttavia, per alimentare una maggiore incertezza in quei limiti che, con riferimento alla operatività dell'infermità mentale come causa di esclusione della capacità di intendere e di volere, si sono rivelati più o meno ampi a seconda del parametro valutativo di volta in volta osservato dal giudice tra quelli offerti dalle scienze psicologiche. La scelta dell'interprete, infatti, per così come condizionata dalla preoccupazione di non rafforzare esigenze di difesa sociale, è allora arrivata comprensibilmente, in un tale contesto sistematico, a dover necessariamente respingere ogni automatica equiparazione tra la semplice psicopatia e la malattia vera e propria, e tutto ciò al fine di garantire il pieno rispetto del principio di colpevolezza e del suo presupposto che, costituito dalla possibilità di agire diversamente del reo, avrebbe portato il giudice coerentemente ad ammettere che anche le anomalie della personalità possono incidere sulla capacità di intendere e di volere sino ad escluderla⁴⁹.

In verità, non vi è chi non veda come, non ostante un tale apprezzabile sforzo, il problema di come rinvenire parametri di riferimento certi ed univoci nella fase di accertamento della dimensione

⁴⁶ Una sintesi della dialettica giurisprudenziale sul tema è rinvenibile in Cass. pen., sez. I, n. 16940/2004; Cass. pen., sez. I, n. 33230/2004.

⁴⁷ Condividendo metodologicamente l'indagine di M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale e il vizio di mente*, cit., *passim*.

⁴⁸ Cfr. per tutte Cass. pen., sez. un., n.9163/2005.

⁴⁹ È quanto fa emergere dalla sua indagine R. ENNA, *L'imputabilità*, cit., 107.

empirica del giudizio di non imputabilità per l'infermo di mente, restava e resta ancora irrisolvibile, al punto che risulta facile comprendere l'apertura della dottrina e della giurisprudenza anche verso la valorizzazione, in tale direzione, dei risultati delle più recenti scoperte della genetica molecolare e delle neuroscienze con riferimento a nuovi fattori non controllabili dalla volontà e predisponenti il delitto⁵⁰. In un tale contesto, quindi, è stata proprio l'incertezza del giudice di merito che, di fronte a perizie spesso contrastanti nella motivazione di una scelta inerente alla libertà del volere, ha indotto a percorrere, con il ricorso a tecniche di *neuroimaging*, rinnovati sentieri probatori che, avvalendosi della dimostrazione di peculiari caratteristiche genetiche o neuronali nel reo, fossero in grado di individuare quei fattori di predisposizione a reazioni e comportamenti aggressivi in grado di escludere o diminuire grandemente la capacità di intendere e di volere⁵¹. Infatti, le neuroscienze, indicando un gruppo di discipline scientifiche tra di loro assai eterogenee, hanno alla loro base un programma comune che, nel comprendere come il cervello renda possibile fenomeni mentali e comportamenti umani, ha il compito di chiarire in particolare il ruolo fondamentale dell'empatia nelle decisioni e nelle azioni umane⁵².

Ma una tale indagine, non ostante si sia avvalsa delle acquisizioni di diversi apporti scientifici all'interno nel processo penale, ha finito per caratterizzarsi nei suoi esiti per una evidente promessa 'non mantenuta' dal momento che, ai fini dell'accertamento della capacità di intendere e di volere, pur offrendo nuovi strumenti per l'assunzione della prova scientifica necessaria alla verifica della relazione tra meccanismi cerebrali e impulsi aggressivi e antisociali, ha fatto rivivere la discussione sul fantomatico problema della contrapposizione tra determinismo e libertà del volere nonché, in via intrasistemica, sul rapporto tra colpevolezza e funzione della pena⁵³.

Ed allora, per quanto in via di sintesi rispetto alle argomentazioni di cui appena sopra, appare chiaro come si sia assistito nel tempo ad un evidente percorso di reazione a quel costante processo ermeneutico involutivo che, nella verifica empirica della nozione di infermità mentale, ed una volta abbandonato il paradigma medico biologico organicistico di spiegazione monocausale della malattia, ha generato, a seguito dell'affermazione di un paradigma multifattoriale ed integrato influenzato anche dalla recente rivalutazione della criteriologia nosografica⁵⁴, una progressiva esigenza della scienza medica di promuovere, accanto ad una visione critica del tema della salute mentale, il chiaro tentativo di scongiurare ogni possibile ritorno al determinismo biologico, soprattutto quando anche le nuove tecniche di *neuroimaging* sarebbero state chiamate ad offrire il loro contributo per l'accertamento peritale della capacità di intendere e di volere nel ridurre margini di incertezza in sede di diagnosi di infermità mentale⁵⁵.

⁵⁰ Sul punto da ultimo e per una compiuta sintesi del dibattito cfr. S. D'AMATO, *La responsabilità penale 'diseguale'*, cit., 36 ss.

⁵¹ Cfr. per tutte GIP Tribunale di Venezia, 24 gennaio 2013, n. 296 in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 4, 1905 ss.; *contra* Corte di Assise di Appello di Trieste, 2 luglio 2012, n. 5 (inedita), con nota di S. D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, in *Crit. dir.*, 2014, 3, 286 ss.

⁵² Cfr. L. CRAIGHERO, *Neuroni specchio. Vedere è fare*, Bologna, 2010, 8 e 108 ss.

⁵³ Riprende il dibattito sul punto A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà del volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, 499 ss.; nella dottrina tedesca per tutti C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, München, 2006, 851 ss. e 868 ss.

⁵⁴ Secondo quanto osservato da G. PONTI-I. MERZAGORA BETSOS, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993, 59 s.

⁵⁵ Cfr. M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in www.dirittopenaleuomo.it del 15 febbraio 2010, 21 ss.

Infatti, come spesso accade, l'entusiasmo ottimistico che accompagna le novità ha ben presto lasciato spazio alla cautela, se non alla diffidenza e allo scetticismo⁵⁶, incentrati sul rischio, da più parti agitato, a che il ricorso a nuove tecniche in sede di verifica empirica potesse costituire, da un lato, la base per il risorgere di un nuovo scientismo criminologico totalmente deterministico⁵⁷ e, dall'altro, la via per lo scivolamento verso un nuovo positivismo penale negli esiti di una pur sempre possibile deriva in grado di segnare il passaggio dal diritto penale del fatto a quello dell'autore⁵⁸. In definitiva, l'impiego di nozioni genetiche e delle neuroscienze nel processo penale, attraverso la perizia psichiatrica, non solo avrebbe finito per suscitare dubbi tra gli stessi addetti ai lavori, ma, pur riferendosi ad una suggestiva operazione, non ha mancato di rivelarsi anche di incerta rilevanza scientifica⁵⁹. E tutto questo sicuramente in ragione di quanto anche confermato nelle prime risultanze di indagini empiriche sugli effetti persuasivi e di distorsione valutativa che sono derivati dall'uso del potere di fascinazione indotto dal cedere alle suggestioni delle stesse neuroscienze nei processi decisionali⁶⁰.

Del resto, a ben vedere, e senza offrire criteri incontrovertibili di accertamento, anche tali ultime indagini, per quanto complesse, nulla hanno aggiunto ad una perizia scrupolosa quando essa, seppur resa all'esito di una valutazione attenta del vissuto di una persona lontana dal corredo genetico e neuronale, sia basata sulla narrazione del vissuto nel quale la condotta di reato si inserisce⁶¹. Ed ecco perché, quindi, lontano da ciò, il rischio di riemersione di istanze deterministiche, anche attraverso il contributo delle neuroscienze, ha finito per restare pur sempre alto, come anche in un futuro in cui, rivivendo il passato sotto la spinta del progresso scientifico, è indubbio che pure l'analisi più approfondita dell'attività cerebrale non può escludere in alcun modo la capacità del singolo individuo di effettuare scelte⁶².

Dunque, lo stesso contributo delle *neuroimaging*, per diffuso consenso dottrinale e giurisprudenziale, neppure sembra poter consentire al giudice di superare le difficoltà ancora presenti nelle incertezze derivanti dalla assenza di una definizione univoca di infermità e, pur scegliendo tra i diversi orientamenti contrapposti, le stesse nuove acquisizioni non consentono di rinvenire una legge scientifica di copertura da cui derivare che, a seguito di specifiche caratteristiche genetiche, si determini la capacità di intendere e di volere secondo criteri probabilistici che non necessitino di essere filtrati dal criterio massimamente garantistico della credibilità razionale dell'oltre ogni ragionevole dubbio. E tutto questo perché, sembra pure altrettanto indiscusso il criterio secondo cui la linea di demarcazione tra salute e malattia mentale è ben lungi dal considerarsi scientifica, ma varia in ragione della scuola di riferimento dell'epoca storica e dell'inclinazione del perito sul caso⁶³.

⁵⁶ Cfr. S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 5, 682.

⁵⁷ A conferma della critica sul punto avanzata da M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?*, in AA. VV., *Diritto penale e neuroetica*, a cura di O. DI GIOVINE, Padova, 2013, 163 ss.; F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012, *passim*.

⁵⁸ Così autorevolmente conclude S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, *ivi*.

⁵⁹ Come anche evidenziato da I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, in AA. VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., 45.

⁶⁰ L'osservazione è di S. D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, cit., 46.

⁶¹ Cfr. M. NOVELLO, *Diagnosi psichiatrica e giustizia*, in *aut aut*, 2013, 176.

⁶² Così G. PONTI-I. MERZAGORA BETSOS, *Psichiatria e giustizia*, cit., 20.

⁶³ Una sintesi dell'assunto, anche per il suo fondamento con puntuali riferimenti giurisprudenziali, è rinvenibile in S.

Il concetto di infermità, allora, proprio alla luce di quanto appena sopra affermato, resta ancora indiscutibilmente non univocamente determinabile e verificabile, soprattutto per il fatto che il ricorso alle neuroscienze neppure contribuisce a ridurre quei margini di incertezza che, nell'accertamento giudiziale della capacità di intendere e di volere, pongono al sistema penale più problemi di quanto si voglia risolvere. Il futuro, infatti, è destinato a vivere un punto di non ritorno: quello di una perizia biografica che, come narrazione di fatti e relazioni, senza accettare il rischio di un paradigma medico organicistico e di ideologie scientiste, sia capace di ambire ad un sistema penale in cui il principio della responsabilità personale impone il rifiuto di ogni tipo di determinismo quale imprescindibile necessità culturale⁶⁴.

Ma limitare, allora, il contributo delle neuroscienze nella determinazione dell'infermità ai fini del giudizio di imputabilità non significa, a ben vedere, escludere del tutto lo stesso apporto che, dalle altre scienze, proviene per il processo penale e in altri settori della conoscenza. Si pensi, in particolare, a quanto avviene per l'accertamento degli elementi soggettivi del reato⁶⁵, come pure, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, alla strutturazione di un giudizio morale che affondi le sue radici in un giudizio biologico-emotivo quale strumento di conoscenza dei fatti e delle azioni umane, laddove anche ai fini del rilievo nella valutazione giudiziale un ruolo decisivo viene assunto dalla stessa empatia, in particolare dalla c.d. empatia negativa⁶⁶.

Breve: lo studio delle basi neurofisiologiche delle emozioni non solo deve offrire il suo contributo alla mancata riduzione del soggetto a puro dato biologico⁶⁷, ma può aiutare anche a confermare quelle impostazioni di metodo secondo cui le condizioni ambientali e le situazioni relazionali, inducendo nelle singole persone cambiamenti incisivi della percezione di sé e degli altri⁶⁸, determinano nuove acquisizioni che tengono il passo con i risultati di ricerche sperimentali sulla genesi di comportamenti aggressivi e antisociali. Pertanto, in un tale contesto sistematico, che fa tesoro della complessità di accadimenti e realtà, non come mero dato, ma come intreccio di normativo ed empirico, sono proprio i risultati di queste nuove acquisizioni che, arricchendo il ragionamento del giudice, sembrano destinati a promuovere la massima attenzione verso la unicità dell'individuo, in modo tale da pervenire, attraverso lo scrupolo e la minuziosità della raccolta dei dettagli della storia che ognuno porta con sé, ad una immagine concreta degli esseri umani, ma pur sempre nel rispetto di quei vincoli istituzionali e normativi che, fondandosi sull'obbligo di imparzialità, non indulgono a sentimentalismi⁶⁹. Ed è proprio il necessario riferimento alla complessità degli accadimenti e delle realtà da accertare che, allora, nel porre all'attenzione del legislatore la questione della costruzione di una imputabilità a due piani⁷⁰, evidenzia la necessità di recuperare, anche nella nozione di infermità del reo, una sua necessaria duplice dimensione empirica e normativa⁷¹ e, quindi, di un razionale

D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, cit., 49; L. SAMMICHELI – G. SARTORI, *Neuroscienze ed imputabilità*, cit., 342.

⁶⁴ Così da ultimo S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, 50 anche per i dovuti riferimenti bibliografici.

⁶⁵ Cfr. O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze*, in *Arch. pen.*, 2011, 845.

⁶⁶ Cfr. M. C. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni* (2001), Bologna, 2004, 37 ss.; L. BOELLA, *Empatia in tribunale: il difficile percorso di un'empatia negativa o senza empatia*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., 205 ss.

⁶⁷ Cfr. G. RIZZOLATTI-C. SINIGAGLIA, *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Milano, 2006, 168.

⁶⁸ Cfr. A. ZAMPERINI, *Prigioni della mente. Relazioni di oppressione e resistenza*, Torino, 2004, 74.

⁶⁹ Cfr. L. BOELLA, *op.ult.cit.*, 208 s.

⁷⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, cit., 129.

⁷¹ Cfr. G. FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, cit., 254.

doppio livello del giudizio giuridico per la verifica di una capacità di volere finalmente libera da intollerabili ascrivibilità peritali⁷².

4.1. E' sicuramente alla luce di quanto appena sopra che, accanto alla rivisitazione della infermità mentale nell'ambito di una razionale (ri)costruzione a 'due piani' della nozione di imputabilità, si registrano, anche in tema di immaturità, quelle problematiche che, inerenti le più moderne acquisizioni scientifiche, e nel quadro normativo degli artt. 85, 88 e 89 e 97 c.p., accompagnano la diagnosi forense ad assolvere il compito di accertare il grado residuo di funzionamento psicologico, sociale e lavorativo di un soggetto minore di età. Tutto ciò, infatti, trova il suo fondamento in quell'orientamento diffuso secondo cui, per la destrutturazione della personalità come pure sopra evidenziata, una perdita di coscienza ed una totale dissoluzione dell'io rappresenta una ipotesi ben rara da riscontrare nella realtà, tanto da giungere a riconoscere conseguentemente che, nell'ambito regolare della vita, lo stesso difetto di maturità, in luogo di una sua possibile negazione, trova, alla stregua della infermità, una sua porzione nella normalità⁷³. Senza cancellare l'immaturità, e come per l'infermità, infatti, risulta facile comprendere come, per quanto appena osservato, possa essere messo in discussione il dogma della irresponsabilità per immaturità della persona e, per essa, giungere alla opposta affermazione del diritto all'imputabilità come diritto fondamentale della cittadinanza, secondo un percorso di riconoscimento giuridico che allo stato della scienza penalistica, seppur prematuro, risponde alle sfide da affrontare per il giurista quando, in mezzo al guado, si confronta con un soggetto che si autodetermina, ma che se commette reato diventa improvvisamente incapace in forma anche eccessivamente presuntiva⁷⁴.

Di fronte ad una tale presa d'atto, allora, anche l'annoso problema della non imputabilità del reo infraquattordicenne finisce per acquistare una nuova luce una volta che, verificata la crisi della capacità di intendere e di volere e delle sue origini, è apparso opportuno, oggi più che mai, interrogarsi realisticamente sul tema della rinuncia al concetto di imputabilità, vale a dire sulle ragioni e le premesse culturali che, alla base di tale richiesta di cambiamento, volgono lo sguardo all'indietro e pongono attenzione al dato di esperienza per cui la negazione di doveri e di quote di responsabilità per ampie categorie di soggetti va di pari passo con il disconoscimento di quote ampie di diritti e libertà⁷⁵.

Su queste basi, dunque, si è trattato di individuare, specialmente nel caso del minore di età, le argomentazioni necessarie al superamento di una irrazionale responsabilità penale 'diseguale' in nome di una valorialmente differenziata esigenza (ri)educativa di integrazione sociale cui orientare la sanzione da irrogare a soggetti deboli e vulnerabili. Infatti, uguaglianza e pari soggettività penale di tutti gli esseri umani sono il risultato di una recente conquista che, anche in materia di imputabilità penale, e con il contributo dottrinale e giurisprudenziale, ha visto progressivamente accomunati

⁷² Conclude coerentemente il percorso logico-giuridico sopra impostato S. D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, cit., 53.

⁷³ Cfr. S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, 106-107.

⁷⁴ Cfr. F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali* (1989), in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI - A. MELCHIONDA, vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Tomo II dal 1973 al 1993, Milano, 1997, 1630.

⁷⁵ Cfr. T. PITCH, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia*, Milano, 1989, 115 ss., 139 ss. e 224 s.

minori e donne nel passaggio da oggetto di diritto a soggetto di diritto, tanto da segnare, specialmente nel caso del soggetto minore di età, la transizione da un modello di disciplina paternalistico-correzionale a uno di tipo responsabilizzante⁷⁶.

Ed è proprio il raggiungimento di un tale risultato che, allora, ha permesso di avvertire forte l'impulso a rivedere anche le condizioni personali del minore su cui radicare la particolare disciplina sanzionatoria a lui riservata, non senza prendere atto della necessità di abbandonare quei presupposti che, nel codice Rocco, hanno portato il legislatore alla valorizzazione del dato di esperienza con cui l'uomo giunge alla maturità psicologica a seguito di un processo evolutivo snodato lungo fasi gradualistiche, al punto da ritenere opportuno ricollegarsi ad una capacità di intendere e di volere secondo classi di età modellate anche su schemi presuntivi⁷⁷. In un tale discutibile contesto sistematico, allora, risulta facile comprendere come l'art. 97 c.p., per i minori infraquattordicenni, sia arrivato a prevedere una presunzione assoluta di inimputabilità, ferma restando, tuttavia, la possibilità per il giudice di applicare allo stesso minore, ove socialmente pericoloso, la misura di sicurezza del riformatorio giudiziario (nella forma della comunità stabilita dal d.p.r. 448/1988) o della libertà vigilata. Per gli infradiciottenni, poi, con l'art. 98 c.p., non si è ritenuto di prevedere alcuna presunzione legale di capacità o di incapacità, e ciò a seguito dell'accertamento caso per caso della capacità di intendere e di volere sulla base di fattori fisico-psichici e ambientali idonei a condizionare il processo di tale maturazione nel soggetto agente.

Pertanto, anche alla luce di quanto appena sopra rilevato, non vi è chi non veda come l'interprete sia andato, così, incontro a notevoli difficoltà nella individuazione del significato della formula utilizzata dal legislatore particolarmente nell'art. 98 c.p., tanto è vero che, sul punto, non essendo stato possibile rinvenire chiarimenti anche nei lavori preparatori, si è tradizionalmente seguito l'orientamento generale per cui la capacità di intendere e di volere del minore debba essere identificata in quella maturità che costituirebbe aspetto della sua capacità naturalistica⁷⁸.

Infatti, e questo non è qui senza rilievo, la incapacità minorile si è venuta a fondarsi proprio e specularmente su quella situazione di immaturità che, consistendo in una condizione ampia e globale comprensiva non solo del carente sviluppo delle capacità conoscitive volitive ed affettive, ma anche della incapacità di intendere il significato etico-sociale del comportamento in ragione dell'inadeguato sviluppo della coscienza morale⁷⁹, ha consentito, ad una parte della dottrina, di dedurre che nel giudizio complessivo sulla maturità sono destinati ad entrare anche elementi che non intervengono per la valutazione della capacità di intendere e di volere del soggetto infermo di mente. Si pensi a quegli elementi che, appunto, e più specificamente, attengono ad anomalie del carattere e della struttura morale⁸⁰ per cui, in tale ottica, proprio il cedimento all'impulso a realizzare il reato derivante da stati emotivi e passionali potrebbe costituire la dimostrazione della mancanza di quel grado di maturità che avrebbe consentito al soggetto di reagire meglio ai motivi che ne condizionano

⁷⁶ Per una compiuta sintesi sul punto cfr. G. ASSANTE - P. GIANNINO - F. MAZZIOTTI, *Manuale di diritto minorile*, Bari, 2000, *passim*; C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, *passim*.

⁷⁷ Cfr. per tutti L. D. CERQUA, *In tema di imputabilità del minore ultraquattordicenne*, in *Giur. mer.*, 1979, II, 1010 ss.; G. VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971, I, 1 ss.

⁷⁸ Cfr. Cass. pen., gennaio 1982, in *Giust. pen.*, 1983, II, 396 ss.

⁷⁹ Per un orientamento consolidato, cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 655

⁸⁰ Così G. MARINI, *Imputabilità*, cit., 261.

l'azione⁸¹, con ciò confermando, qualora ve ne fosse ulteriore necessità, la differente valutazione attribuita agli stessi stati emotivi e passionali a seconda che ad agire in preda ad essi sia il soggetto adulto o quello minore infradiciottenne. E tutto ciò, evidentemente, in nome di una capacità di volere che, senza fondarsi esclusivamente su criteri rigorosi, prende atto nel minore di età che i risultati delle ricerche scientifiche, oltre a non consentire una precisa determinazione dello stato evolutivo a partire dal quale si è in grado di comprendere il disvalore del proprio comportamento, rafforzano la convinzione per cui si dimostra che l'età della maturazione psichica, variando da soggetto a soggetto, rende altrettanto chiaro che per quanto esigenze giuridiche di certezza impongano l'adozione di un criterio cronologico della raggiunta maturità, non va trascurato il fatto che esso sia solamente presuntivo⁸².

Dunque, è proprio attraverso la valorizzazione di un tale ultimo assunto che è facile dimostrare come sia lo stesso concetto di maturità a presentarsi carente di quel rigoroso supporto scientifico per cui, sebbene si sia raggiunta una uniformità di vedute circa il significato da attribuire alla normativa in materia di imputabilità minorile, è nella sua concreta attuazione che il concetto di maturità solleva diversi problemi ogni volta in cui si tenti di definirne i contenuti. Appare innegabile, allora, come un tale assunto contribuisce decisamente a spiegare il perché rimanga ancora controversa tanto la questione circa il livello di maturità sufficiente a fondare il giudizio di imputabilità, quanto la definizione delle componenti che sostanziano il concetto di maturità. Pertanto, nella giurisprudenza di merito, si è registrata, da ultimo, la tendenza ad identificare l'immaturità con l'insufficiente socializzazione che assurge a prova dell'immaturità stessa, in modo che in luogo dell'accertamento se il minore che ha commesso il reato è immaturo, si afferma quello per cui egli ha delinquito perché è immaturo, giungendo a sostenere che avendo egli commesso un reato è per ciò stesso immaturo⁸³. E se a tutto ciò si aggiunge, poi, che la giurisprudenza dominante attribuisce al concetto di imputabilità minorile un carattere relativo, ritenendo che la maturità del minore debba essere concretamente accertata anche in relazione alla natura del reato commesso, si arriva più facilmente a comprendere, in una visione di sintesi, come l'imputabilità dello stesso minore possa essere stata ritenuta esistente in ordine ad alcuni reati ed esclusa per altri, divenendo determinante per un tale esito la diversa considerazione della maggiore o minore avvertibilità del disvalore penale del fatto commesso⁸⁴.

Dunque, non solo il mancato raggiungimento nella prassi di un sufficiente livello di scientificità nella definizione del concetto di maturità, ma anche l'esistenza di una pluralità di criteri a cui ancorare la dichiarazione di immaturità, hanno determinato una difformità di giudizi tra i vari tribunali minorili che ha finito per consolidare una situazione analoga, sul terreno della verifica

⁸¹ Portando a conclusione le acute osservazioni di R. ENNA, *L'imputabilità*, cit., 114.

⁸² E che i limiti di età siano solo convenzionali è dimostrato dalla circostanza che essi variano da un ordinamento all'altro, sedici anni nel sistema portoghese e diciotto nel codice spagnolo, così R. ENNA, *op.ult.cit.*, ivi in nota.

⁸³ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 656.

⁸⁴ La preoccupazione, allora, di evitare un facile clemenzialismo e l'esigenza di responsabilizzare maggiormente gli stessi minori spiega, pertanto, un certo rigorismo giurisprudenziale con riguardo ai reati di disvalore facilmente percepibile: nel caso dei delitti contro la persona, ai fini della imputabilità, per il minore si è ritenuto sufficiente un minimo sviluppo mentale ed etico o addirittura la semplice mancanza di tare psichiche suscettive di influire negativamente sui processi intellettivi e volitivi, per una sintesi dell'assunto sul piano dottrinale e giurisprudenziale cfr. R. ENNA, *op.ult.cit.*, 115; Cass. pen., 15 maggio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 1255.

processuale, a quella analizzata in relazione al vizio di mente. Essa, in verità, risulta ancora una volta connotata, per evidenti *deficit* empirici, da profili di contrasto sia con fondamentali esigenze di certezza del diritto, rigenerate qui da una rinnovata eccessiva ampiezza discrezionale nell'accertamento del giudice, sia con il principio di eguaglianza.

Ed ecco perché, il recupero di una dimensione normativa dell'imputabilità strutturata secondo condizioni empiricamente verificabili da porre a fondamento di una responsabilità penale non 'diseguale' rappresenta, allora, la via maestra per sconfessare la ragioni di quelle aporie sistematiche che, insopportabili per un sistema penale da stato sociale di diritto, si riproducevano ed ancora si riproducono nella 'mobile' disciplina della capacità di intendere e di volere nel codice Rocco. In un tale contesto sistematico, infatti, non ostante le spinte dottrinali e giurisprudenziali votate al superamento degli automatismi e delle presunzioni del passato fonte di incertezza del diritto⁸⁵, risultano ancora presenti soluzioni obsolete ed inadeguate che, generando disparità di trattamento ed incertezze applicative criminogene, portano l'istituto dell'imputabilità a non abbandonare un modello che, anche dopo legge n.81 del 2014, finisce per essere tuttora ispirato da una struttura normativa in cui lo stigma e i pregiudizi ad essa connessi ripropongono seri ostacoli alla inclusione sociale ed al riconoscimento di diritti di cittadinanza⁸⁶.

Un razionale accertamento della responsabilità penale, in verità, esige che essa venga definita solo all'esito di un processo interattivo nel quale l'imputabilità, senza rappresentare una qualità che si ha o non si ha⁸⁷, si riveli in grado non solo di rivendicare, per il minore di età come per il malato, la valenza educativo-terapeutica della stessa responsabilità di fronte a se stessi, ancora prima che di fronte alla legge, ma anche e soprattutto che essa si concretizzi nella valorizzazione di un fattore individuale atto a riconoscere in via prioritaria se la relazione tra una tale componente dell'io ed il comportamento lesivo non sia puramente causale, ma verificabile ai fini della stessa esclusione giustificata della punibilità. Solo così quest'ultima, non correrebbe il rischio di generare discipline che, legittimate da bisogni di protezione di soggetti deboli, di fatto determinano trattamenti discriminatori severi e meno garantiti per i non imputabili rispetto a quelli dei soggetti imputabili maturi e sani di mente.

Pertanto, è proprio in ragione di tutto quanto appena sopra affermato che è possibile rinvenire il fondamento per statuti che, in via di sintesi, siano l'esito di un percorso di riconoscimento del minore e del malato come soggetti di diritto laddove, in particolare per l'infraquattordicenne, il proscioglimento di merito ovvero l'applicazione razionalmente commisurata di sanzioni penali risulteranno molto più congrui anche di un irragionevole proscioglimento su basi presuntive assolute⁸⁸. E ciò almeno finché opererà ancora un sistema penale 'diseguale' in cui lo stare in giudizio dell'immaturo e del folle rappresenterà la resistenza al riconoscimento sociale delle loro ragioni nel determinare l'affermazione di un comune diritto⁸⁹.

⁸⁵ Cfr. A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Torino, 1997, 61 ss.

⁸⁶ Tale sensibilità è manifestata da P. DELL'ACQUA, *Persone, malattia mentale e guarigione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ – P. ZATTI, *I diritti in medicina*, a cura di L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI, Milano, 2011, 787 s.

⁸⁷ Cfr. T. PITCH, *Responsabilità limitate*, cit., 142.

⁸⁸ V. più ampiamente *infra* p. ss.

⁸⁹ Facendo proprie le osservazioni di F. ROTELLI (a cura di), *L'istituzione inventata*, Bolzano, 2015, 210.

Infatti, per quanto attiene più specificamente alla condizione di immaturità, appare consequenzialmente innegabile che essa, pur continuando ad assumere un ruolo centrale nel codice vigente, debba abbandonare, anche alla luce delle riflessioni sinora svolte, l'alveo riservato ad una mera riduzione quantitativa della risposta sanzionatoria al reato commesso dal minore rispetto a quanto previsto dagli adulti (art. 98 c.p.), favorendo, solo così, il superamento di un irrazionale sistema dualistico in cui pene e misure di sicurezza, seppur non più indeterminate nel massimo a seguito della legge n.81 del 2014, sembrano ancora non poter prescindere, rispettivamente, non solo dalle difficoltà di verifica empirica riferibili alla imputabilità e alla pericolosità sociale, ma anche dalla considerazione della presenza ovvero assenza di presupposti soggettivi diversificati. Del resto, e ad ulteriore conferma di un tale ultimo assunto, anche il recente varo di un ordinamento penitenziario minorile "speciale", nel tentativo di colmare apprezzabilmente un vuoto epocale in materia rispetto al passato⁹⁰, sembra non fornire il contributo sperato sul punto dal momento che è destinato a rimanere lettera morta, almeno fino a quando ad esso non farà seguito, accanto a norme processuali pure già esistenti, la distinta ed autonoma codificazione di un diritto penale sostanziale minorile. Esso, non più quantitativamente limitato alla disciplina dell'art. 98 c.p., deve caratterizzarsi *qualitativamente* per la sua capacità non solo di abbandonare la pura affermazione di esigenze eticizzanti e fortemente avvertite di difesa sociale, ma anche di proporre, sulla base della valorizzazione di una differenziazione valoriale, la adozione di specifiche previsioni tipiche volte a tenere conto, ben oltre le obsolete sanzioni sostitutive⁹¹, di quelle peculiari istanze che costituzionalmente devono caratterizzare l'integrazione sociale di soggetti minori come soggetti a tutela rafforzata ex art. 31 co.2 Cost.

Questi ultimi, in verità, proprio perché vivono una età evolutiva costituzionalmente da 'proteggere', vantano il diritto di essere investiti da una materia "speciale" che, nell'ambito di una 'politica criminale per i minori'⁹², e per quanto adeguata ad accogliere previsioni penali concernenti le peculiari condizioni personali del soggetto agente, riconosca, da un lato, la maggiore possibilità di interventi sanzionatori ragionevolmente ispirati ad una prognosi individualizzante orientata alla integrazione sociale minorile da parte del giudice (artt. 2,3,13,25,27, 31 co.2. Cost.) e, dall'altro, l'obbligo di qualificare in tale ambito una sanzione penale in nome di una razionale funzione di prevenzione educativa.

Non vi è chi non veda, allora, come anche una tale decisa opzione di politica criminale, contenga in sé le basi per abbandonare definitivamente quelle ipotesi di responsabilità penale ancora 'diseguale' che, in particolare per i minori infraquattordicenni, affondano le loro radici in quegli istituti criminogeni in cui il codice Rocco rinviene i presupposti per l'applicazione di discutibili misure le quali, pure per quanto riferibili a soggetti pericolosi socialmente, sono ancora ispirate da

⁹⁰ Cfr. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, in www.processopenaleegiustizia.it 3/2019, 1.

⁹¹ Cfr. A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 579.

⁹² Da cogliere anche qui in prospettiva integrata, nel solco tracciato autorevolmente da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 109 ss.; per una maggiore esplicitazione dall'assunto, secondo una idea di protezione che la costituzione ex art. 31 comma 2 riserva a soggetti a tutela rafforzata ci sia consentito rinviare al nostro *Sicurezza dei minori e violenza massmediale: le ragioni della politica criminale*, in AA.VV., *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, a cura di E.R. ZAFFARONI- M. CATERINI, Padova, 2014, 199 ss.

irrazionali schemi automaticamente presuntivi e riconducibili a cause che, in via assoluta, condizionano l'imputabilità del minore di età.

Tali soggetti, infatti, solo uscendo da una irragionevole condizione di immaturità assoluta normativamente indotta potrebbero, al pari del soggetto adulto, essere messi nella situazione di esercitare, da un lato, il diritto ad ottenere un accertamento di merito finalizzato ad un proscioglimento maggiormente garantito rispetto ad una dichiarazione 'automatica' di immaturità (art. 97 c.p.) e, dall'altro, di vedersi irrogata una sanzione penale 'eguale' che, anche in presenza di 'quote di responsabilità' relative ad un riconosciuto bisogno di trattamento (ri)educativo, solo così, contribuirà a ridurre quell'effetto criminogeno legato ad una prevedibile riduzione del rischio penale e che, in mancanza della maturità psichica, si riconduce all'operare di misure meno afflittive pur in presenza di fatti connotati da significativo disvalore penale⁹³.

Breve: evitando la strumentalizzazione criminogena di un facile clemenzialismo sanzionatorio, una rigorosa applicazione di principi normativo-superiori di riferimento nei confronti del minore reo impone una inversione di rotta capace di rispondere anche al recupero di esigenze generalpreventive tese a responsabilizzare maggiormente gli stessi particolari autori qui oggetto di studio⁹⁴. Infatti, con il definitivo superamento dell'ideologia dominante che, al tempo della emanazione del codice Rocco, era finalizzata alla esaltazione di una visione della funzione della pena prevalentemente retributiva, e facendo tesoro della rivisitazione processuale della globale fisionomia sanzionatoria minorile intervenuta ad opera del dpr 448/88, sembra essere giunto il momento di promuovere una razionale riorganizzazione del sistema penale minorile non senza coinvolgere anche i profili sostanziali di una disciplina che, nel risentire della stessa influenza di principi affermatasi in sede internazionale⁹⁵, consentirebbe di superare anche quell'evidente ossimoro ancora esistente tra una norma processuale che, in funzione prognostico individualizzante, guarda al futuro e una norma sostanziale che, con evidenti aspetti eticizzanti, tuttora guarda al passato⁹⁶.

4.2. In virtù delle acquisizioni finora elaborate, dunque, non risulta difficile comprendere come, nell'ambito di un tale contesto sistematico, neppure abbia tardato a manifestarsi la inevitabile reazione alla crisi di tutti quei criteri che, in un sistema penale di stampo autoritario ispirato all'idea della difesa sociale e della prevenzione generale, hanno alimentato quelle discutibili aporie legate proprio alla riduzione al minimo delle cause di esclusione e diminuzione dell'imputabilità. Quest'ultima categoria, in verità, si è resa protagonista nel tempo di un ampio dibattito che, avendo

⁹³ Si pensi alla libertà vigilata - ancora illimitata nel massimo perché misura non detentiva - ovvero al ricovero in comunità rispetto all'originario riformatorio giudiziario - attualmente recuperato ad una proporzione, ma sottratto alle garanzie della piena commisurazione ex art. 133 c.p.

⁹⁴ Così R. ENNA, *L'imputabilità*, cit., 115 s.; nella dottrina tedesca C. JÄGER, *Problemi fondamentali del diritto penale minorile*, cit., *passim*.

⁹⁵ La nuova normativa, infatti, si è adeguata ai principi saldamente affermatasi in sede internazionale che, accanto all'impulso proveniente dalla norma fondamentale, sono volti ad affermare la necessità di specializzazione qualitativa della disciplina penale minorile, tanto da costituirne le linee guida per una razionale normazione di settore in cui si concretizzano: la previsione di una soglia minima di età sotto la quale è sancita l'impunità; la differenziazione di trattamento processuale sanzionatorio tra adulto e minore, con specializzazione dell'organo giudicante riferendosi soprattutto alla raccomandazione ONU delle regole di Pechino per l'amministrazione della giustizia minorile del 1985 e alla Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989, cfr. A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 11 ss.

⁹⁶ È quanto suggestivamente rileva W. HASSEMER, *Perché punire è necessario* (2009), Bologna, 2012, 243 ss.

ad oggetto un terreno di confronto problematicamente influenzato dalla obsolescenza della attuale disciplina codicistica, ha interessato anche i più recenti progetti di riforma della parte generale che, tuttavia, nel confermare soluzioni di compromesso, hanno finito per riproporre quei problemi che pure intendevano risolvere.

I progetti di riforma, infatti, non solo si sono mantenuti distanti da proposte radicali di completa abolizione normativa della distinzione tra soggetti imputabili e non imputabili⁹⁷, ma, pur avendo il merito indiscusso di aver animato una suggestiva dialettica, non hanno mancato, di contro, di riproporre provocatoriamente le note perplessità che caratterizzano la contraddizione di un istituto, quello qui oggetto di studio, ancora fondato sul fideistico presupposto della libertà del volere.

Appare chiaro, allora, come, proprio per porre rimedio a tale indiscutibile acquisizione, ci si sia dialetticamente interrogati sulle motivazioni da porre alla base di quella proposta che, *de lege ferenda*, avrebbe portato ad un auspicabile superamento della stessa categoria dell'imputabilità. E tutto ciò, chiaramente, nel tentativo di porre rimedio, con spirito critico, ma anche da un punto di vista normativo, alla introduzione di possibili ulteriori finzioni giuridiche le quali, proprio perché lontane da una valida alternativa definitoria ovvero da razionali modalità di intervento, avrebbero continuato, qualora confermate, a sollecitare evidenti resistenze verso un istituto che, proprio quando viene pensato come irrinunciabile, mostra una inquietante aporia intrasistemica capace allo stesso tempo di aprire lo sguardo verso quella ormai diffusa esigenza votata alla rivisitazione delle categorie tradizionali⁹⁸.

Ed ecco perché, quindi, seguendo una tale impostazione metodologica, i compilatori dei più recenti progetti riforma del codice penale, non hanno potuto fare a meno di prendere atto della profonda crisi della categoria della imputabilità. Essa, infatti, nel continuare a porsi a fondamento dell'applicazione della sanzione penale su di una condizione di capacità naturalistica, ha ispirato soluzioni assolutamente non in grado di ridurre le perplessità pure sopra avanzate le quali, anche per i rapporti tra giustizia penale e scienze mediche e naturali, ancora denunciano la impossibilità di distinguere il profilo normativo da quello empirico nella categoria qui criticata. Pertanto, vanificando lo sforzo con cui la stessa dottrina ha cercato di recuperare in funzione critica il sostrato naturalistico di un concetto che si pone sempre più in termini convenzionali, le stesse proposte di riforma della capacità di intendere e di volere hanno finito per mantenere meno di quello che promettevano.

Nelle soluzioni, ad esempio, adottate dalla Commissione Grosso e Nordio, e diversamente da quanto accade in quelle Pagliaro e Riz, la tecnica legislativa, con l'abbandono di una disciplina fondata sulla dicotomia capacità-incapacità, propende in esse per una tendenziale tipizzazione delle condizioni produttive della inimputabilità che, seppur apprezzabili nello sforzo di ridisegnare tale ultima nozione in linea con il principio di legalità, in modo tale da renderla conforme a esigenze di tassatività e determinatezza, finiscono, tuttavia, per non essere ancora idonee a delimitare i contorni di una categoria che, per come si è visto, è stata oggetto di critica serrata. E tutto ciò proprio in virtù, ancora un volta, della evidente insufficienza a ridurre in essa la distanza tra scienza normativa e

⁹⁷ I cui possibili esiti che, secondo un duplice orientamento, repressivo e progressista, si accomunavano nel giuridico contrasto al paradigma terapeutico considerato dai primi fallimentare per il controllo della criminalità e dai secondi come luogo di arbitrio e stigmatizzazione, cfr. per maggiori approfondimenti S. D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, 111 s.

⁹⁸ Come pure auspicato da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 24 e 109 ss.

scienza naturale, dal momento che il sistema non riesce adeguatamente a fornire quegli obiettivi parametri di riferimento alla stregua dei quali poter affermare che, al presentarsi di una data situazione, possa venir meno la possibilità per l'ordinamento giuridico di motivare secondo norme l'autore⁹⁹.

Per questa via, allora, l'incapacità di colpevolezza, quale costante degli ordinamenti moderni, appare ancora resistere anche in quelle proposte di riforma che, nella loro evidente avversione verso cedimenti alle istanze abolizioniste, sembrano, tuttavia, allontanarsi da una disciplina che, non ideologica della imputabilità, sia in grado di cogliere una differenziazione di situazioni soggettive in modelli differenziati di risposta sanzionatoria. Queste ultime, in nome di un recupero valoriale, portano a sindacare soluzioni, come quelle avvenute nel progetto Grosso, con cui, nel rinunciare a definire in positivo l'imputabilità come capacità di intendere e di volere, ci si limita a determinare le condizioni per cui la non imputabilità escluderebbe l'assoggettamento a pena. Ed ecco che, a ben vedere, la perpetuazione di una imputabilità in negativo, a seguito della espressa indicazione di cause di esclusione della capacità di intendere e di volere, continua, allora, ad impegnare il legislatore nella tipizzazione di quei criteri che, vincolando l'interprete rispetto a clausole generali, sembrano invitare anche per il futuro, nell'ambito di una materia particolare come quella qui in esame, a non trascurare concetti aperti, e ciò in ossequio ad una legalità flessibilmente influenzata dalle acquisizioni relative al progresso delle scienze.

Infatti, ed a conferma di quanto appena osservato, è proprio l'esigenza di superare le incertezze delle scienze psichiatriche e sociali attorno alla malattia mentale ed all'imaturità del minore di età che, per categorie prive di contenuto semantico, anche in ragione della inconsistenza di un parametro esterno di riferimento, hanno portato anche il legislatore della riforma a cedere all'allargamento degli elementi rilevanti ai fini della esclusione della imputabilità, proponendo per quest'ultima una formula ampia che, come quella ad esempio contenuta nel progetto Pagliaro (altra causa), potesse rispondere all'idea guida di un suo 'mobile' adeguamento al sapere scientifico, e ciò secondo un approccio legislativo che, seppur cauto, non finisse per bloccare rigidamente le situazioni di possibile rilevanza dell'incapacità¹⁰⁰. Esclusa su tali basi, allora, l'adozione di clausole generali a favore di concetti in grado di rendere controllabili i loro adeguamenti applicativi al progresso dei saperi scientifici, appare chiaro, anche alla luce della evoluzione giurisprudenziale, come il rinvio in termini di revisione del dato normativo a substrati fattuali dell'imputabilità in forma di concetti aperti rappresenta il risultato di una opzione chiaramente in linea con una scelta di principio che, in nome di una corrispondente tecnica legislativa, e nel tentativo di contemperare le esigenze della legalità con gli esiti delle conoscenze scientifiche, non manca di mettere, però, in evidenza la necessità di ponderare l'eventuale ampliamento della nozione normativamente accolta con il rischio di effetti distorsivi della stessa¹⁰¹.

⁹⁹ Si tratta di una conclusione condivisa da R. ENNA, *op.ult.cit.*, 134 ss.; S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, 118 ss.

¹⁰⁰ Per quanto acutamente osservato da S. D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, cit., 123-124.

¹⁰¹ Così come accaduto nel sistema tedesco, dove la giurisprudenza nella concretizzazione di presupposti empirici della non imputabilità si è fatta carico di preoccupazioni generalpreventive, da ovviare con una interpretazione restrittiva del concetto di anomalia psichica e con l'elaborazione della pre-colpevolezza fondata sulla prevedibilità della commissione del reato nel momento in cui insorge uno stato emotivo patologico. Su tali basi, anche nel nostro ordinamento, in prospettiva de lege ferenda, si è tentato di restituire determinatezza alla formula generica di infermità mentale con il ricorso al riferimento a gravi anomalie psichiche ovvero ad un grave disturbo della personalità, per come incidenti sulla

Esemplare a tal proposito appare, infatti, la disciplina della infermità di mente proprio per come avanzata in prospettiva *de lege ferenda*, laddove è il riferimento alla condizione soggettiva del vizio mentale che, attraverso la crisi della imputabilità come messa in discussione dei presupposti biologici e normativi di esso, ha avuto come punto di approdo un percorso logico-argomentativo che ha visto nella sentenza delle SS.UU. n. 9163 del 2005 la fonte idonea a riconoscere la rilevanza dei disturbi della personalità ai fini dell'ampliamento delle condizioni di non imputabilità. E tutto ciò, evidentemente, sulla base di quel nesso eziologico che, tra il disturbo mentale ed il reato commesso, potesse giungere a far ritenere il secondo come causalmente determinato dal primo, per un aspetto salutato con favore dalla dottrina e recepito nei vari progetti in nome di un accertamento in cui, a ben vedere, non mancano di rivivere le riserve verso il ritorno a discutibili automatismi fideistici del passato¹⁰².

Inutile dire che, a sostegno di un tale assunto, anche nel progetto Pisapia, sembra, con la constatazione della progressiva crisi del concetto di imputabilità, ed a seguito della presa d'atto del conflitto tra giustizia penale e scienze psichiatriche, di poter rinvenire una possibile conferma di un rinnovato ricorso a finzioni giuridiche di imputabilità sicuramente non armonizzabili con il principio della personalità della responsabilità penale. Infatti, contrariamente ad una razionale riforma dell'istituto dell'imputabilità, che dovrebbe essere animata dall'equilibrio tra personalità ed esigenze di prevenzione, lo stesso progetto Pisapia finisce per non recepire sul piano normativo quell'indirizzo ermeneutico con cui, ad esempio, il concetto di infermità dovrebbe tenere conto, sul piano empirico, dei cambiamenti della struttura psicopatologica individuale. Solo quest'ultima, infatti, in ragione dell'aumento di situazioni caratterizzate da estrema difficoltà classificatoria nella frequenza di forme spurie, potrebbe contribuire ad evitare di allargare eccessivamente il campo della non imputabilità attraverso la introduzione di un correttivo costituito dal legame tra infermità e reato commesso laddove, se il secondo è espressione del primo, si continuerebbe ad assistere, ai fini della rimproverabilità del fatto, alla automatica traduzione del giudizio empirico in quello giuridico di colpevolezza.

Pertanto, e proprio alla luce di quanto appena osservato, anche il progetto Pisapia non solo non si discosta dal codice Rocco nell'analogo richiamo alle condizioni di esclusione dell'imputabilità con riferimento a soggetti non capaci di intendere e volere, ma ripropone sostanzialmente anche i contenuti del progetto Grosso, verso cui è possibile muovere le stesse rilevanze critiche. Infatti,

capacità di comprendere il significato illecito del fatto, agendo in ragione di tale valutazione. E tutto questo senza cambiare, si pensi al lavoro della commissione Pagliaro, la collocazione sistematica della stessa imputabilità come presupposto della colpevolezza, in una doppiezza di presupposti e conseguenze giuridiche sanzionatorie. Il vero problema, in un tale contesto sistematico, dunque, affonda le sue radici in un pluralismo interpretativo conseguente alla affermazione di un indirizzo medico da contrapporre ad un indirizzo giuridico che, anche a seguito delle SS.UU. n.9163 del 2005, ha ampliato la nozione di infermità rispetto a quella di malattia psichiatrica, secondo una impostazione che, tuttavia, ha dato vita ad applicazioni oscillanti, con ovvie ripercussioni sul principio della certezza del diritto, ma anche di uguaglianza e di giustizia sostanziale, finendo per aprirsi in epoca più recente alle innovazioni legate all'evoluzione della moderna psichiatria, per cui attualmente per ovviare al fatto che qualsiasi situazione qualificabile come morbosa viene ritenuta idonea a configurare il vizio di mente, si è reso necessario affinare un accertamento per cui verificare come i disturbi della personalità abbiano inciso effettivamente sulla capacità di intendere e di volere, per una rilevanza degli stessi solo ove siano di consistente intensità e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere, anche se non inquadrabili nella figure tipiche della nosografia, cfr. S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, 127 ss.

¹⁰² Sono queste le conclusioni del percorso riformista così come sintetizzato in R. ENNA, *L'imputabilità*, cit., 117 ss.; S. D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, cit., 118 ss.

ancora una volta la capacità di intendere e di volere verrebbe esclusa solo quando l'agente non è in grado di comprendere il significato del fatto o comunque di agire secondo tale capacità di valutazione, tanto da giungere a considerare cause di esclusione dell'imputabilità l'infermità, i gravi disturbi di personalità, la cronica intossicazione da alcool e stupefacenti, qualora siano rilevanti rispetto al fatto commesso¹⁰³.

Ma a questo punto, in verità, non deve stupire come in una visione di insieme i progetti di riforma, accanto all'infermo di mente, mantengano, anche per il minore di età, l'attuale disciplina, nel momento in cui incentrano qui informalmente la valutazione dell'imputabilità ancora sul concetto di maturità. Pertanto, nel confermare la difficoltà scientifica di rinvenire una definizione sufficientemente rigorosa di quest'ultima, anche in ragione dei seri problemi che incontra ogni tentativo di definirne i suoi contenuti, la scelta effettuata dai compilatori dei progetti di riforma non scongiora il rischio attualmente esistente di perpetuazione dell'arbitrio giudiziale nell'accertamento della responsabilità penale del soggetto (im)maturato. Va segnalato, infatti, che, da questo punto di vista, nessuno dei progetti di riforma inserisce una disposizione esplicita relativa alla valutazione degli stati emotivi e passionali, e ciò anche dopo il dpr 448/88, e solo il progetto Riz, almeno, giustifica tale scelta sottolineando l'inutilità di una espressa disciplina degli stessi stati emotivi e passionali, che possono escludere, anche se limitatamente agli adulti, la capacità di intendere e di volere solo se connessi a infermità o altre anomalie.

Ed allora, volendo sul punto operare un giudizio di sintesi, se è vero che è stata proprio la ricerca di un razionale bilanciamento tra determinatezza e rilevanza anche dei disturbi della personalità nel giudizio sulla imputabilità ad indurre gli autori dei progetti di riforma ad abbandonare un rigido modello definitorio in favore di clausole aperte, è pur vero, tuttavia, che per evitare un allargamento eccessivo del campo dell'imputabilità, si è ritenuto utile introdurre, con una scelta chiaramente compromissoria, un correttivo costituito, ad esempio, dal parametro quantitativo dell'intensità della malattia o del disturbo, senza per questo ovviare, specialmente per la maturità nel minore di età rispetto all'infermo di mente, alla ontologica indeterminatezza del concetto di imputabilità. E se non risulta altrettanto difficile pensare che la psichiatria sia in grado di convenire scientificamente sulla gravità o abnormità di uno stato patologico, appare pure di tutta evidenza come, per la verifica della capacità di intendere e di volere del minore, resterà il giudice a decidere da solo, con inevitabili conseguenze pregiudizievoli che, per la certezza del diritto, potrebbero essere unicamente evitate attraverso una migliore definizione strutturale dell'istituto qui oggetto di critica, in modo da scongiurare così decisamente il rischio di interpretazioni atte a stravolgerne il contenuto. Ecco perché, in un tale contesto, allora, non vi è chi non veda come un procedimento ermeneutico può essere reso univoco solo da norme redatte con chiarezza e precisione, al punto da riuscire meglio a soddisfare fondamentali esigenze di uguaglianza quando il principio di determinatezza e tassatività, informando tutte le parti del sistema penale, non riguarda solo le norme incriminatrici, ma anche le norme in materia di colpevolezza, tanto da assumere forme differenziate a seconda che si tratti delle descrizioni di fatti, di figure di parte generale o di sanzioni¹⁰⁴.

¹⁰³ Cfr. S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, 134.

¹⁰⁴ Per una assunzione di metodo limpidamente ricostruita da S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., 18 ss.

4.3. Il raffronto tra la disciplina vigente dell'imputabilità e le proposte di riforma di essa ha dimostrato, in tutta la sua criticità, che la scelta di mantenere ferma la distinzione tra imputabili e non imputabili, anche in una prospettiva *de lege ferenda*, comporta inevitabilmente l'accettazione di talune aporie già presenti nell'attuale impostazione codicistica¹⁰⁵. E se è vero che, da un lato, come frutto di valutazioni ed opzioni politico-criminali di tipo autoritario, esse risultano difficilmente eliminabili per quella ragion d'essere che le ha portate a calarsi nel contesto politico socio-culturale dell'epoca del Codice Rocco, è anche vero che, da altro lato, esse pure si presentano assolutamente distoniche con la realtà sottostante e con l'assetto ordinamentale successivamente disegnato dalla Carta costituzionale.

Sulla base di un tale assunto, infatti, l'analisi dei progetti di riforma ha evidenziato uno sforzo compiuto dalle Commissioni nella elaborazione di percorsi differenti per accogliere una nozione ristretta di imputabilità. Essa, con l'attribuire ad esempio rilevanza anche ai disturbi mentali atipici gravi, e valorizzando pienamente il rapporto tra stato psicopatologico e condotta posta in essere dal soggetto agente, ha finito per esporsi ad un eccessivo ampliamento delle ipotesi di sua esclusione per vizio di mente, seppur in ragione dell'avvertita necessità di superare qualsiasi accertamento presuntivo attraverso la valorizzazione del rapporto tra il soggetto ed il fatto reato. Tuttavia, le proposte così maturate, a ben vedere, e per quanto apprezzabili nel loro intento, non sono riuscite a superare i problemi posti dalla prassi, laddove il riferimento al criterio della gravità, della patologicità e del valore della malattia del disturbo sembra non offrire parametri univoci in funzione delimitativa, essendo inidoneo a consentire nella prassi la distinzione tra disturbi e anomalie gravi e gravissime. Del resto, anche l'affermazione dell'accertamento del nesso causale attraverso la valutazione dell'incidenza del disturbo sulla condotta del soggetto, allora, rischia di introdurre un nuovo elemento che, di non facile accertamento empirico fattuale e giuridico-valutativo, non manca di impedire di conseguire l'obiettivo di certezza del diritto ed uniformità di trattamento¹⁰⁶. Pertanto, i problemi derivanti dalla categoria della imputabilità ne impongono una revisione critica fin dalle sue fondamenta dal momento che, in quanto istituto fondato su un presupposto non dimostrabile o finzionistico, e per quanto indissolubilmente legato ad una concezione retributiva della pena, l'imputabilità rivela tensioni radicali ed insanabili con il principio di legalità, con le moderne concezioni della pena e le esigenze di garanzia da porre alla base di un sistema penale ispirato a principi dello stato sociale di diritto.

Ecco perché, dunque, lo sforzo delle commissioni di riforma teso a sciogliere i problemi attuali della disciplina della imputabilità, pur meritando sicuro apprezzamento, sembra aver tuttavia lasciato aperto, anche in prospettiva *de lege ferenda*, l'interrogativo sulla necessità di mantenere in vita tale

¹⁰⁵ Una volta, infatti, esclusa per gli imputabili la possibilità di applicare, in prospettiva *de lege ferenda*, una pena congiuntamente ad una misura di sicurezza, le proposte in tema di semi-imputabilità si sostanziano in un modello di risposta incentrato formalmente sulla previsione di una pena diminuita spiccatamente orientata in senso rieducativo. Qui, ed in particolare, il progetto Nordio prevede una considerevole riduzione della capacità intendere e volere come circostanza attenuante, laddove le altre risposte di riforma del codice mantengono ipotesi di ridotta capacità, distinguendole dalle situazioni che danno luogo ad incapacità piena in ragione della diversa incidenza del vizio di mente sulla capacità di intendere e volere. E se, da un lato, si guarda con favore alla eliminazione congiunta di pena e misura, non può che destare meraviglia, dall'altro, la previsione di una specifica condizione di capacità ridotta, dal momento che l'istituto in questione nella disciplina vigente ha sollevato fin dall'origine numerose dispute non solo sotto il profilo sanzionatorio, ma anche in ordine alla sua stessa configurabilità, l'osservazione è di R. ENNA, *L'imputabilità*, cit., 139.

¹⁰⁶ Cfr. S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, 138.

istituto, inquadrandolo tradizionalmente come presupposto della responsabilità penale ovvero assegnandogli un diverso ruolo maggiormente funzionale alle esigenze maturate in un sistema penale democratico. La questione, a dire il vero, si intreccia con quella che investe il rapporto tra responsabilità e colpevolezza che, messo in crisi dalla difficoltà di fondare su basi empiriche sia l'imputabilità che la colpevolezza, prende le mosse dalla dichiarata incapacità della scienza di formulare valutazioni razionalmente fondate di responsabilità penale. Esse presuppongono una decisa presa di posizione circa il problema della capacità dell'uomo di autodeterminarsi, vale a dire di operare scelte consapevoli e libere nel controllare e dirigere la propria volontà, per un aspetto sul quale, specialmente oggi, la dottrina prevalente è orientata a riconoscere che lo stesso irrinunciabile principio di colpevolezza si fonda sul riconoscimento nell'agente della possibilità di agire diversamente¹⁰⁷.

Ma, allora, è proprio partendo da un tale postulato che, di fronte alle note difficoltà di verifica processuale e di conseguenze sistematicamente aporetiche, come sopra si è avuto modo di evidenziare, un diverso orientamento ha portato a rivedere proprio la struttura di una tale colpevolezza che, concepita come autonoma categoria dommatica, si vedrebbe sostituita da una nuova categoria la quale, riconducibile a quella della responsabilità, verrebbe ad essere ancorata a quattro requisiti: imputazione soggettiva e motivabilità mediante norme del soggetto autore, proporzione ed esigenze preventive in funzione di integrazione sociale¹⁰⁸.

Un tale approdo sistematico, dunque, trova la sua origine in quel ruolo centrale che qui sarebbe assegnato alla questione relativa alle cause di esclusione dell'imputabilità ed allo spazio di operatività da riconoscere ad esse in ragione di quelle esigenze di natura preventiva in nome delle quali si verrebbe ad affermare una concezione non più naturalistica, ma normativa della libertà del volere, al punto da assumerla non come dato ontologico, ma come principio regolativo giuridico. Ed ai fini del diritto penale, infatti, se gli uomini debbono essere trattati come liberi e responsabili, non resta che assegnare al principio di colpevolezza la sola funzione di mero limite all'intervento punitivo dello stato il quale, in un ordinamento da stato sociale di diritto, può essere assolto in via deonticizzata anche e più opportunamente attraverso il rispetto di esigenze di proporzione e ragionevolezza (art. 3 Cost.)¹⁰⁹.

Il diritto penale, allora, proprio perché fondato sull'assunto secondo cui la condotta umana può essere influenzata attraverso norme, mirerebbe, in un tale contesto sistematico, a motivare i consociati all'osservanza di quelle stesse disposizioni che, per assicurare una pacifica convivenza, formulano anche direttive di comportamento rafforzate dalla minaccia, dall'infrazione e dall'esecuzione della pena¹¹⁰. Ed ecco perché risulta facile comprendere come il ricorso ad un tale strumento ordinamentale, così inteso, non può avvenire correttamente se non in presenza di

¹⁰⁷ Per una compiuta sintesi del dibattito sul punto cfr. R. BARTOLI, *Colpevolezza tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 39 ss.; nella manualistica, per tutti cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 329 ss.

¹⁰⁸ Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (II ed. 1973), trad. it. a cura di S. MOCCIA, Napoli 1986, *passim*; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 88 ss.; F. ROTONDO, *Riflessioni su responsabilità personale e imputabilità nel sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 485 ss.

¹⁰⁹ Cfr. S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, *ivi*.

¹¹⁰ Più ampiamente cfr. S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 109 ss.

condizioni psichiche e mentali che non escludono la possibilità per il soggetto di essere motivato attraverso le norme.

In una tale prospettiva, dunque, quello che conta maggiormente non è stabilire la sussistenza della libertà del volere o della possibilità di agire diversamente, quanto piuttosto di verificare se il soggetto aveva da un punto di vista psicologico la possibilità di determinarsi ad una condotta orientata alla norma e, quindi, se egli possa essere considerato destinatario di una pretesa normativa¹¹¹.

Rispetto ad una tale pretesa, volta a recuperare l'accertamento della capacità di volere ad una valutazione ontologica della situazione di un soggetto, anche non imputabile, da collocare in posizione non statica al di fuori di un razionale processo di responsabilizzazione, la stessa affermazione della necessità di una valutazione in concreto della capacità dell'individuo di comprendere il significato del fatto illecito non deve possedere, allora, al netto di ogni finzione e presunzione, alcuna forza stigmatizzante. E questo lo si può ottenere solo recuperando un tale accertamento nella coerenza di un percorso di riconoscimento giuridico del malato di mente e del minore di età.

Sulla base di tali premesse, quindi, il sistema come sopra ricostruito, proprio perché fondato sul principio del diritto penale del fatto¹¹², potrebbe legittimamente giungere finalmente a riscoprire il tema della responsabilità del reo infermo di mente e minore di età per la condotta posta in essere ripartendo anche da una prospettiva diversa che, orientata a valorizzare la necessità dello stretto legame tra l'autore e il suo fatto di reato, sposta il fulcro dell'attenzione sul significato personale e sociale della condotta le cui conseguenze penali sono poste a carico del soggetto in termini di pena o misura di sicurezza. Ed ecco perché, in questi termini, la stessa riflessione sul fatto del non imputabile, potrebbe ripartire già da una sua anticipata riflessione sul terreno del *Tatbestand* che, rispetto a quanto si sviluppa sul tradizionale terreno della colpevolezza, prende in considerazione il tema della qualificazione giuridica della condotta posta in essere dal soggetto infermo di mente ovvero immaturo, e ciò alla luce di quelle risalenti acquisizioni della dottrina penalistica in ordine alla concezione dell'azione nella struttura del reato. Infatti, è proprio dalla analisi critica delle diverse teorie dell'azione (sociale, causale e finalistica)¹¹³ che, a seguito della loro verificata inidoneità a realizzare le esigenze di un sistema penale da stato sociale di diritto, è emersa, infatti, la proposta con cui, valorizzando una concezione personale di azione come manifestazione di personalità, si giunge ad escludere la rilevanza penale di una condotta, a prescindere dalla stessa imputabilità, in tutti quei casi di atti derivanti dalla sola sfera corporea dell'essere umano senza sottostare ai controlli dell'io e al suo governo psicologico spirituale¹¹⁴. Pertanto, rifacendosi ad un concetto di azione come espressione di personalità, nonché alla sua fondamentale funzione limitativa che esclude la tipicità di

¹¹¹ Così C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza* (1973), trad. it. S. MOCCIA, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 376.

¹¹² Per una tale opzione nella teoria generale del reato cfr. per tutti F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 26 ss.

¹¹³ Una puntuale panoramica sul punto è da ultimo rinvenibile in S. D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, cit., 140 ss. anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

¹¹⁴ Per converso azioni sono in senso penalistico tutte quelle condotte in cui per l'assenza di un razionale orientamento sia presente e dimostrata la loro interna direzione verso uno scopo che si rappresenta come capacità di adattamento della psiche a dati, situazioni o avvenimenti del mondo esterno, cfr. C. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca*, trad. it. a cura di S. MOCCIA, in AA. VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, 2104 -2109 ss.

accadimenti non dominabili, sembra possibile ricondurre ad una non azione ai sensi del diritto penale tutte quelle ipotesi rare ed eccezionali di infermità talmente grave da determinare una completa assenza o destrutturazione dell'io in cui il soggetto, travalicato dalla patologia nel suo intendere e nel suo volere, è considerato agito più che agente¹¹⁵.

E se è vero che sono rinvenibili già qui, allora, le basi per un superamento del concetto di imputabilità da realizzare con la possibilità, fin dal momento della valutazione in termini di *Tatbestand*, di escludere la rilevanza penale della condotta del soggetto del tutto incapace di intendere e volere¹¹⁶, è anche vero che, accanto alle garanzie fornite da una condotta penalmente rilevante nella teoria del *Tatbestand*, si possono aprire, ed in via di completamento, ulteriori spazi per la valorizzazione sistematica di un'altra categoria, che pure appare naturalmente funzionale al superamento della contrastata categoria dell'imputabilità. La motivabilità mediante norme, infatti, una volta superata la verifica di una condotta come manifestazione di personalità, consente di ricorrere ad un ulteriore filtro di razionalità per cui la responsabilità penale viene subordinata ad un accertamento che non significa che l'uomo sia libero in senso scientifico, ma che egli debba essere trattato come libero indipendentemente dal problema gnoseologico della libertà del volere. Pertanto, non appare difficile comprendere come in un tale contesto sistematico, la colpevolezza perda evidentemente del tutto la sua autonomia concettuale, risultando nella sua fondazione esclusivamente funzionale alle esigenze preventive di integrazione sociale del sistema penale¹¹⁷. E se è innegabile che contro tale costruzione si è obiettato che la normale motivabilità mediante norme si presenta anch'essa di ardua dimostrabilità, come la stessa colpevolezza quale possibilità di agire diversamente¹¹⁸, neppure è indubbio che, all'esito di tali considerazioni, ed in materia di imputabilità, al futuro legislatore debba chiedersi, in ogni caso, non solo di abbandonare coraggiosamente schemi di pensiero diffusi, ma obsoleti, quanto piuttosto di favorire categorie capaci, nel fondamento dell'intervento punitivo statuale, di rifiutare ogni premessa logica strettamente connessa al dogma della retribuzione, e questo proprio perché decisamente disfunzionali rispetto alle diverse connotazioni della responsabilità penale che si sono venute delineando con l'avvento della Costituzione.

E', allora, il necessario ripensamento dei presupposti soggettivi della responsabilità penale che, in un rinnovato contesto sistematico, ha imposto di fare i conti, a ben vedere, soprattutto con una rinnovata disciplina dell'imputabilità che ponesse rimedio a quel suo insanabile divario strutturale tra dato naturalistico e dato normativo al quale neppure la dommatica sostanzialistica riesce a porre rimedio¹¹⁹. Infatti, il vero problema, da questo punto di vista, è stato proprio quello di come recuperare all'imputabilità un dato normativo che, affrancandosi da un dato empirico indeterminato, sia capace

¹¹⁵ Cfr. G. PONTI-I. MERZAGORA BETSOS, *Psichiatria e giustizia*, cit., 33,43 e 46.

¹¹⁶ Cfr. per tutti F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., 194.

¹¹⁷ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 88 ss.; S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, 144 s.; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 14.

¹¹⁸ Dal momento che entrambe le formule rappresenterebbero non altro che denominazioni diverse della libertà del volere, cfr. T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 819 ss.; nella dottrina tedesca per tutti ART. KAUFMANN, *Schuldprinzip und verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in *Festschrift für R. Lange*, Berlin New York, 1976, 29 ss.

¹¹⁹ Secondo le condivisibili notazioni di F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., 4.

di superare la attuale fragilità di categorie dommatiche espressione della insufficienza strutturale di variabili empirico-sociali, tanto da lasciare spazio ad una necessaria ponderazione al consolidamento positivo di soluzioni credibili ed efficaci rispetto ai problemi sopra agitati ed ancora esistenti¹²⁰.

Sulla base di una tale premessa, dunque, si sono manifestate in tutta la loro forza, questa volta nella teoria della responsabilità, le spinte verso la stessa revisione concettuale della stessa categoria qui oggetto di studio, e ciò soprattutto in nome di una riflessione che è tesa alla ricerca di un modello teorico con cui, sulle acquisizioni delle scienze empiriche e sociali, la stessa dottrina e la giurisprudenza penale si sono mostrate sensibili nel far valere, in via di razionale temperamento, tanto le ragioni del destinatario della reazione punitiva quanto le esigenze di prevenzione generale funzionali ad una evidente riconsiderazione del concetto di imputabilità¹²¹. Da una tale sintesi, infatti, è emerso chiaramente come quest'ultima, da un concetto classificatorio di proprietà rigide, avrebbe dovuto, allora, riqualeificarsi nella previsione di un concetto ordinatorio graduabile ed idoneo a riflettere meglio la realtà, anche soggettiva e personale, tanto da rispondere meglio ad esigenze di garanzia in termini di certezza giuridica di istanze generalpreventive e specialpreventive di inclusione e risocializzazione¹²².

Tali considerazioni, in verità, non hanno tardato a trovare il loro naturale riscontro in quelle posizioni di quasi abolizionismo¹²³ che – alimentando la proposta di chi prevede “comunque” una risposta penale anche se attenuata per il reo infermo di mente¹²⁴, ma che potrebbe mutarsi anche per il minore (im)maturato¹²⁵ – si innestano sulla consequenziale necessità di una revisione del sistema sanzionatorio rispetto al quale riformulare risposte articolate e rivolte al superamento del classico doppio binario, in modo tale da consentire di evitare, anche alla luce di quanto sopra evidenziato, una eticizzante duplicazione di repressione che potrebbe discendere dalla mera riduzione di pena ex art. 89 c.p.¹²⁶. Infatti, proprio in ragione di una tale presa d'atto, si è giunti a prevedere una pluralità di alternative che, comprensive anche di forme avanzate di giustizia riparativa, avrebbero trovato il modo di far prevalere un bisogno terapeutico e di (ri)educazione che, come conseguenza del superamento della stessa pericolosità sociale¹²⁷, avrebbero fondato anche la risposta sanzionatoria su

¹²⁰ Riprendendo metodologicamente G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 103.

¹²¹ Cfr. S. D'AMATO, *op.ult.cit.*, 145.

¹²² Più ampiamente sul tema G. RADBRUCH, *Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico*, in AA. VV., *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, a cura di G. CARLIZZI-V. OMAGGIO, Pisa, 2016, 159 ss.

¹²³ Secondo la definizione di M. BERTOLINO, *Il nuovo volto della imputabilità penale*, cit., 414.

¹²⁴ Cfr. G. PONTI- I. MERZAGORA BETSOS, *Psichiatria e giustizia*, cit., 44 e 115.

¹²⁵ V. *ultra p. ss.*

¹²⁶ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 88 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 315 ss.

¹²⁷ Il dibattito sul superamento del sistema del doppio binario sanzionatorio trova un ulteriore conferma nelle resistenze alla sostituzione del criterio della pericolosità sociale con quello del bisogno di trattamento adeguato allo stato di salute mentale ovvero alla maturità del minore di età, stante la difficoltà per casi di pericolosità residuale in cui si arrivi a misure diverse dalle misure di sicurezza in cui in ogni caso rivive il concetto di pericolosità sociale che, anche in prospettiva di riforma, risulta criticato perché fortemente influenzato e delegittimato dal positivismo criminologico e dall'idea di difesa sociale. Il vigente sistema delle misure di sicurezza, infatti, è ormai ritenuto anacronistico e spirato ad una logica autoritaria e finalizzata esclusivamente alla tutela della collettività, essendo caratterizzato da connotati repressivi custodiali e privi di finalità terapeutiche tese al pieno recupero ed alla risocializzazione del non imputabile; un sistema, quindi, connotato da inutile afflittività e privo di reali scopi di prevenzione speciale positiva. Tuttavia, a tali premesse, continua a sopravvivere il pur criticato presupposto della pericolosità sociale, per un coerente tentativo di revisione dello stesso da registrare solo da parte della commissione Grosso, che ha sostituito il criterio della pericolosità con quello del bisogno di cura, abbracciando l'ottica dell'intervento minimo possibile unicamente finalizzato allo scopo che il presidio

misure di trattamento la cui durata, accomunandosi alla attuale pena, fosse determinata nel rispetto di esigenze di proporzione (3 e 13 cost.) e, ben oltre la coincidenza con il limite massimo della durata

sanzionatorio deve prefiggersi, vale a dire quello del recupero della rieducazione del non imputabile autore di reato (con responsabilità unitaria) nel rispetto dell'art. 27 comma 3 Cost. Ma se il trattamento di soggetti non imputabili si fonda sul bisogno di una cura adeguata alla malattia, alla dipendenza ovvero alla minore età (dove il bisogno educativo sarebbe adeguato al recupero della maturità), allora sarebbe coerente affidare un tale trattamento ad istituti di assistenza e terapia della riabilitazione, anche educativa, e disintossicazione diversi da quelli di giustizia penale. In verità, l'abbandono del concetto di pericolosità sociale nel progetto Grosso, però, sembra più apparente che reale dal momento che esso prevede i casi di pericolosità residuale che riguardano proprio i soggetti non imputabili che si sono resi autori di un fatto grave e socialmente allarmante, laddove le misure fondate sul bisogno di trattamento lasciano il passo alle vecchie misure fondate sulla pericolosità sociale. E, seppur apprezzando l'introduzione di limiti massimi di durata delle misure, per quanto volti a garantire la proporzione con il fatto (gravità), ad una attenta analisi dei lavori della commissione Grosso si può rilevare che il pericolo di un ritorno al sistema della applicazione di misure di sicurezza di durata massima indeterminata non è affatto scongiurato, ed il sistema elaborato è tale che se per un verso viene fissato un limite di durata delle misure che non è consentito superare, per altro verso la determinazione della durata delle misure stesse viene sostanzialmente sganciata dalla gravità del fatto commesso, per un insanabile contrasto con le esigenze di proporzione. Infatti, non vanno trascurati i casi ritenuti eccezionali nei quali in presenza del pericolo concreto e non altrimenti fronteggiabile di atti gravemente aggressivi contro la vita e la incolumità individuale delle persone sia consentito superare il loro limite massimo previsto (?), laddove in tal modo il sistema dell'applicazione a tempo indeterminato delle misure per i non imputabili, cacciato dalla porta del sistema penale, finisce per rientrare dalla finestra, così come pure avviene oggi per le misure di sicurezza non detentive a seguito della legge 81 del 2014. In questo clima si inseriscono i lavori della Commissione Pelissero, istituita nel 2017 proprio per la elaborazione di una proposta di modifica delle misure di sicurezza personali. Essa, si è interessata di tre diversi ambiti del sistema sanzionatorio eterogenei tra loro, anche se con elementi di stretta connessione con la riforma dell'ordinamento penitenziario. Pertanto, la proposta di riforma della Commissione Pelissero si articola in tre parti: revisione del modello definitorio dell'infermità e riforma delle misure di sicurezza personali; assistenza sanitaria in ambito penitenziario, infermità psichica sopravvenuta e soggetti a capacità diminuita; revisione del sistema delle pene accessorie. In ordine alla prima direttrice, la Commissione riforma gli artt. 88 e 89 attenendosi ai criteri direttivi indicati nella legge delega, promuovendo la revisione dell'infermità mediante la previsione di clausole in grado di attribuire una flessibile rilevanza ad esse in conformità con consolidate posizioni scientifiche sui disturbi della personalità. Qui, la tecnica di valutazione dell'imputabilità è contrassegnata da due fasi: la prima, diretta ad accertare l'esistenza di un disturbo mentale e l'infermità al momento del fatto; la seconda, tesa a verificare che tale disturbo abbia effettivamente determinato la mancanza della capacità di intendere o di volere. Il dibattito, sul punto, ha portato la Commissione Pelissero a scegliere una formula di compromesso, che intende recepire le più avanzate conoscenze psichiatriche con riferimento ai gravi disturbi psichici e della personalità, confermando la presenza del termine infermità a chiusura, anche se si continua così a contare su di un ulteriore elemento di elasticità per casi rari di disturbi fisici o organici. La nuova formulazione dell'art. 88 c.p. esprime in senso dinamico una valutazione sul contributo peritale, essendo non sufficiente l'accertamento del disturbo mentale, ma necessaria, effettiva e concreta l'incidenza dello stesso su di un atto delittuoso, considerandone la specifica funzionalità al momento della commissione del fatto, la presenza del disturbo in tale momento e la sua causalità nell'influenzare la capacità dell'agente di intendere e volere, da tener rispettivamente in conto introducendo espressioni come in ragione (nesso funzionale) e al momento del fatto (nesso cronologico). I disturbi devono, pertanto, rivelare una intensità tale da escludere la capacità di volere, per un secondo livello di giudizio nell'accertamento dell'imputabilità necessario alla recezione di un indirizzo consolidato a livello scientifico secondo cui la presenza del disturbo mentale o di alterazione dello stato psichico possono anche non incidere sul grado di incapacità (quota di responsabilità con vizio di mente). Il doppio grado di accertamento del vizio di mente, allora, si afferma ed è fondamentale sia perché non lega la categoria giuridica della imputabilità a classificazioni psichiatriche, e sia perché evita il rischio di riconoscere i non imputabili autori di reato come cripto-imputabili (importante questo anche per evitare una imputabilità da mero nesso). Rimane confermata, qui, la categoria del vizio parziale di mente ex art. 89 c.p., per una capacità diminuita riscritta sulle scelte dell'art. 88 c.p.; inoltre, nella formulazione dell'art. 89 c.p. resta il requisito dell'incidenza grave sulla capacità di volere, con l'uso del verbo ridurre in luogo di scemare. La Commissione Pelissero non ha modificato l'art. 90 c.p., in un contesto di disciplina in cui è recepita normativamente la rilevanza dei gravi disturbi della personalità, con il mantenimento di un argine utile a che gli stati emotivi transitori possano essere considerati penalmente rilevanti sul piano del vizio di mente. Di tale articolo, però, si potrebbe fare a meno visto che la stessa giurisprudenza sembra aver affermato che lo stato emotivo non va considerato agli effetti della imputabilità, salvo che sia elemento sintomatico di uno stato patologico ovvero in quanto infermità, e la stessa proposta della Commissione Pelissero non introduce elementi di novità se non nei termini in cui pospone l'elemento normativo extragiuridico dell'infermità al grave disturbo psichico o della personalità, rendendo residuale il termine su cui è invece incentrata l'attuale disciplina del vizio di mente, per l'accoglimento di una nozione ampia e l'introduzione di parametri restrittivi della gravità del disturbo e del rapporto causale tra disturbo e condotta, cfr. S. D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, cit., 125 ss., 135 ss. e 146 ss.; R. ENNA, *L'imputabilità*, cit., 142 s.

corrispondente alla pena prevista per il reato commesso (l. 81 del 2014), fosse ulteriormente garantita da una commisurazione pienamente riferita al caso concreto (art. 133 c.p.)¹²⁸.

Ed ecco perché, in luogo di una opzione, pure avanzata, e tendente ad una revisione in chiave abrogativa dell'imputabilità¹²⁹, una tale impostazione viene a collocarsi sullo sfondo di una prospettiva volta al ripensamento complessivo dell'istituto della non imputabilità, per una chiara opzione di politica criminale pronta a valorizzare attente nozioni empirico-sociali indicate dal legislatore come approdo necessario di un percorso istituzionale che intende porre in evidenza la necessità di superare una situazione di fatto e di diritto per molti aspetti incompatibile con i dettami della Costituzione. Vi è la necessità, così, di una radicale revisione, per questa via, della categoria qui oggetto di studio che, per quanto fuori da posizioni radicali, può essere anche inquadrata, ed in via consequenziale, nell'alveo del più ampio tema del superamento della categoria della colpevolezza e, quindi, di essa come suo presupposto, in modo da poter giungere, così, ad una categoria unitaria che si muova all'interno di un più ampio programma di costruzione sistematica di una responsabilità personale teleologicamente orientata del diritto penale¹³⁰.

Infatti, ponendo alla base del nostro discorso le linee essenziali di una sistematica del reato così come appena sopra intesa, è proprio un concetto unitario e deeticizzato di responsabilità penale personale che, per quanto riferibile sia ad imputabili che a non imputabili¹³¹, finirebbe per favorire al suo interno la necessaria risistemazione della stessa categoria dell'imputabilità da inquadrare non più come suo presupposto, ma più razionalmente come oggetto dello stesso giudizio di responsabilità. L'imputabilità *rectius* la motivabilità mediante norme, allora, superando le irrazionalità del passato, diverrebbe così, ed in un tale contesto sistematico, indice per la predisposizione di un programma valorialmente differenziato di trattamento e recupero di integrazione sociale anche per autori non imputabili che, seppur in ragione di differenti caratteristiche soggettive, vedono qualificato come reato pure il loro fatto¹³², in modo da essere così definitivamente sottratti alle ingiustificate disparità di trattamento del passato, non senza dare coerente sistemazione anche alla tematica ancora incerta dell'errore del non imputabile¹³³.

E tutto ciò, a ben vedere, affonderebbe, inoltre, le sue radici in un razionale accertamento del disturbo mentale che, così come per l'im maturità, verrebbe affidato ad un contributo peritale il quale, perdendo la sua originaria funzione ascrittiva, recupererebbe una valenza eminentemente descrittiva

¹²⁸ Portando a compimento la lezione di E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, cit., 127 ss.

¹²⁹ Per maggiori approfondimenti di una tale proposta proveniente dalla Commissione parlamentare di inchiesta dell'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale cfr. S. D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, cit., 146 ss.

¹³⁰ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 92-93 e 146 ss.

¹³¹ Cfr. S. MOCCIA, *op.ult.cit.*, *ivi*.

¹³² Con il definitivo superamento dell'imputabilità da presupposto della colpevolezza intesa in senso normativo, in termini di rimproverabilità per la condotta antidoverosa del soggetto agente, ad oggetto del giudizio di responsabilità, si aderisce ad una impostazione in cui anche dolo e colpa, nel fatto del non imputabile, continuerebbero ad assolvere ad una funzione di garanzia per l'applicazione delle misure di sicurezza/trattamento, e ciò in base ad una costruzione che trova il suo aggancio già oggi negli artt. 202 e 222 ss. c.p., ma che recupererebbe la commisurazione ex art. 133 c.p. non più, come prima, limitata solo al minimo della sua durata ovvero, come a seguito della legge n.81 del 2014, sostituita da quella ex art. 278 c.p.p., per una prospettiva così di sintesi delle ricostruzioni operate da D. PULITANÒ, *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, in AA. VV., *Le discrasie tra diritto e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. STILE, Napoli 1991, 87 ss.; S. MOCCIA, *op.ult.cit.*, *ivi*; nella manualistica, già C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 437 ss.

¹³³ Cfr. F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., 11 ss.

in funzione di strumento principe per la determinazione di quel bisogno di cura ovvero di educazione cui orientare il trattamento sanzionatorio. Quest'ultimo, infine, in via evolutiva rispetto alla attuale legge n.81 del 2014, si presenterà anche "compiutamente commisurato" alle caratteristiche del caso concreto¹³⁴, ma solo se, in una prospettiva di reintegrazione sociale e di non ulteriore desocializzazione, si vedrà accomunato alla pena nell'ambito di un binario unico sanzionatorio pronto a vivere anche il limite invalicabile del principio di proporzione e di ragionevolezza¹³⁵.

5. E' di tutta evidenza, a questo punto, come tutto quanto appena sopra affermato si inserisca in un discorso molto più ampio, ma che è funzionalmente necessario per il nostro lavoro a fare luce sullo stretto legame che sussiste, da un lato, tra i concetti di colpevolezza, imputabilità e la comune fideistica libertà del volere nonché, dall'altro, tra gli istituti in questione e un'idea normativo-superiore di pena in grado di segnare la necessità dinamica che investe le categorie appena evidenziate all'interno di un percorso di razionalizzazione delle stesse.

Infatti, se i concetti di imputabilità, colpevolezza e pericolosità sociale riflettono, nel codice Rocco, la distinzione esistente sul piano delle conseguenze giuridiche tra pene e misure di sicurezza, ogni ragionamento che le riguardi deve prendere le mosse dalla funzione che la sanzione penale è chiamata ad assolvere in un ordinamento da stato sociale di diritto. Ed ecco perché la situazione attuale del sistema sanzionatorio è stata oggetto di quello stimolante dibattito dottrinale in cui si è affermata, in seno alla maggiore dottrina, una concezione unificatrice dei fini costituzionali della pena che, in ragione della particolare articolazione tra esigenze preventive (art.27 cost.) e le istanze di proporzione (ex art. 3 cost.), fa venir meno la necessità di diversificare risposte sanzionatorie in considerazione proprio dello stesso venir meno dalla diversa funzione che le stesse pene e le misure di sicurezza dovrebbero avere¹³⁶. Distinguendo le fasi dinamiche che caratterizzano la sanzione penale, infatti, e con riferimento tanto al momento della posizione, della inflizione e della sua esecuzione, il recupero di base ed 'integrato' in esse delle funzioni preventive, per quanto normativamente fondate, assume un valore in relazione sia alle pene che alle misure di sicurezza, in quanto entrambe servono alla tutela dei beni giuridici ed al recupero sociale del loro destinatario, e ciò indipendentemente dalla imputabilità di questi.

Pertanto, se è vero che la Consulta, nel pronunciarsi in merito alla questione dell'assenza di un limite massimo di durata delle misure di sicurezza, ha rigettato le censure proposte dai giudici di merito, affermando il principio della non assimilabilità delle misure di sicurezza detentive alla carcerazione proprio per la diversa natura e finalità delle due forme restrittive della libertà personale - rieducativa e anche retributiva la pena, curativa e precauzionale la misura di sicurezza -, è anche vero che così argomentando si finisce per trascurare il dato per cui il mantenimento di un sistema

¹³⁴ Secondo quanto pure evidenziato da A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 191 ss.; M. BERTOLINO, *L'applicazione e l'esecuzione della pena di fronte alla malattia mentale*, in *Jus*, 2003, 3, 441 ss.

¹³⁵ Solo così, ed in questo modo, si affermerebbe definitivamente anche l'ulteriore contenuto positivo del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Cost.) non solo quale divieto di responsabilità per fatto altrui o oggettiva, ma anche come riconoscimento della proprietà della responsabilità penale in funzione di responsabilizzazione come presupposto per la inclusione e la reintegrazione sociale del reo, riprendendo la rigorosa ricostruzione critico-sistematica di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 92, 109 ss. e 146 s.

¹³⁶ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 61 ss.; nella manualistica C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., *passim*.

dualistico di sanzioni fondato su diverse finalità assegnate alla pena e alla misura di sicurezza si traduce per i non imputabili in una ‘insopportabile’ violazione del principio costituzionale di eguaglianza. E tutto ciò in quanto gli scopi sanzionatori curativi e precauzionali finirebbero per legittimare misure di durata indeterminata che, non commisurate ad esigenze di proporzione *retrospettiva* orientata al fatto¹³⁷, si rivelerebbero disfunzionali rispetto alle istanze di orientamento dei consociati e di rieducazione che sussistono anche per gli stessi soggetti non imputabili¹³⁸.

Del resto, in un sistema sanzionatorio recuperato a razionalità, neppure si può accettare di parlare di ‘binario unico’ dal punto di vista della sanzione e di doppio binario dal punto di vista dei limiti di essa, in quanto qui la differenza tra pene e misure resterebbe affidata al criterio della delimitazione, che per la pena è affidata alla colpevolezza legata alla illiceità del singolo fatto ed al margine di libertà esistente per l’agente al momento della sua esecuzione, mentre per la misura di sicurezza coinciderebbe con il prevalente interesse pubblico, dovendosi in tal caso calcolare la proporzionalità delle misure in rapporto al pericolo oggettivo che proviene per il futuro dall’agente.

Ed ecco perchè, di fronte a tali evidenti aporie, è proprio la forte impronta personal-solidaristica impressa dalla Carta all’ordinamento penale che, con riferimento a finalità e limiti con cui il nostro sistema mira a conformare l’intervento sanzionatorio con il valore assegnato ai diritti esistenziali, finisce per spingere, allora, a sostenere che la particolare soluzione data al problema del fondamento del diritto di punire deve rigorosamente prescindere da questioni di ontologica libertà, dovendo lo stato preoccuparsi di stabilire la misura della presenza nel soggetto della capacità di recepire il dettato normativo e di orientare in tal senso la sua risposta sanzionatoria¹³⁹.

Dunque, è la stessa considerazione delle finalità normativo-superiori di prevenzione che, nel rispetto dei principi fondamentali di un sistema penale da stato sociale di diritto, impone, sul piano delle conseguenze, il superamento di un eticizzante dualismo sanzionatorio e, sul piano dei presupposti, la adozione di un concetto unitario di responsabilità che, valido per gli imputabili e per i non imputabili¹⁴⁰, implica con ciò anche il definitivo abbandono del concetto di colpevolezza. La responsabilità, infatti, accanto al complesso dei presupposti che rendono possibile un giudizio penale su di un soggetto a causa della commissione di un fatto tipico e antigiuridico, sarebbe capace di racchiudere in sé una reazione statale proporzionata da cogliere non solo in funzione di limite all’intervento punitivo dello stato, ma anche quale fondamento di una commisurazione della pena tesa al soddisfacimento di esigenze di integrazione sociale – ovvero preventive generali e speciali positive – rivolte al superamento definitivo di quei problemi categoriali di evidente connessione con la metafisica della retribuzione¹⁴¹.

¹³⁷ Per una proporzione così non orientata al futuro e, nel rispetto dei soli fini della pena, all’autore, per quanto sganciata dal fatto cfr. da ultimo F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, *passim* e spec. 120 ss.

¹³⁸ Cfr. R. ENNA, *L’imputabilità*, cit., 145 s.

¹³⁹ Cfr. S. MOCCIA, *op.ult.cit.*, 93.

¹⁴⁰ Cfr. S. MOCCIA, *op.ult.cit.*, p. 146.

¹⁴¹ Cfr. per tutti E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1971, 131 ss.; L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 4 ss.; M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione della pena*, Torino, 1996, 139 ss.

Ed è allora rispetto alla massima valorizzazione di un tale ultimo assunto che è possibile comprendere più facilmente la posizione di chi¹⁴², pur sostenendo il superamento della categoria della colpevolezza, guarda, in funzione di garanzia, a quelle esigenze di proporzione tra fatto e sanzione penale che, tradizionalmente soddisfatte dal richiamo all'idea retributiva, possono essere conservate, allo stesso modo e al di fuori di implicazioni eticizzanti, proprio con il ricorso al criterio fondamentale della ragionevolezza. Esso, infatti, ricavabile dall'art. 3 Cost., consentirebbe in sede di inflizione della sanzione penale una 'uguale' valutazione secondo criteri di proporzione del fatto sia dell'imputabile che del non imputabile e ciò, legittimando per entrambi il perseguimento di finalità di prevenzione integratrice, in considerazione del titolo di imputazione soggettiva, nonché della gravità del fatto sotto il profilo della dannosità sociale e delle circostanze concomitanti.

Pertanto, è in ossequio rigoroso ad una tale impostazione che non può non derivarne, come sua ulteriore sistematica conseguenza, anche quella di far assurgere la stessa imputabilità non a presupposto, bensì più razionalmente ad oggetto del giudizio deonticizzato di responsabilità penale, nel cui contesto essa risulterà funzionale ed utile alla predisposizione di un programma di recupero adeguato e solo così valorialmente differenziato in ragione delle caratteristiche del soggetto capace ovvero incapace di essere motivato mediante norme.

Non vi è chi non veda, allora, come la strada così individuata è forse l'unica che, tenendo razionalmente insieme presupposti e conseguenze sanzionatorie, permetterebbe di estendere ai soggetti non imputabili le garanzie tradizionalmente connesse alla colpevolezza: necessità del dolo e colpa, proporzione rispetto al reato commesso, rilevanza dell'ignoranza inevitabile della legge penale. E tutto questo nell'ambito di un sistema penale in cui solo un 'binario unico sanzionatorio' può consentire di non trascurare la rivendicazione per il non imputabile – quando infermo di mente ovvero minore di età – di quegli spazi che, di maggiore autonomia e di diritto ad una responsabilità penale 'eguale', sono rappresentati dal recupero di *quote residue di autodeterminazione* quando, pur in presenza di gravi patologie psichiche ovvero della presunta immaturità, la stessa diagnosi ovvero la valutazione della personalità può non escludere del tutto, se non in casi eccezionali, la capacità di volere di un individuo, chiamando il giurista, su base normativo-empirica, a valorizzare un patrimonio di conoscenze nella costruzione di un modello integrato di scienza penalistica¹⁴³.

In virtù di una tale impostazione, a ben vedere, è lo stesso riconoscimento giuridico di quote di responsabilità penale che le scienze empirico-sociali attribuiscono al malato di mente e al minore di età a costituire il punto di partenza per la ricerca di una soluzione che, rispettosa del necessario equilibrio tra garanzie individuali ed esigenze preventive, sia in grado di assicurare un coerente inquadramento sistematico¹⁴⁴ e, con il ripensamento della sua funzione politico-criminale, anche un rinnovato concetto 'ordinatorio' alla imputabilità, da porre alla base di una risposta sanzionatoria che sia normativamente in grado di valorizzare modelli teorici idonei a non obliterare le ragioni del singolo individuo destinatario della reazione punitiva¹⁴⁵.

¹⁴² Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 91 ss.

¹⁴³ Che nasce dalla relazione tra scienze sociali e tecnica giuridica, illuminante sul punto A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, 156 s.

¹⁴⁴ Cfr. S. D'AMATO, *La responsabilità penale diseguale*, cit., 118.

¹⁴⁵ Cfr. G. FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale*, cit., 264 s.

Ed allora, in un teleologismo assiologicamente orientato a principi normativo-superiori, è proprio una tale ricostruzione che spinge decisamente verso il definitivo superamento del tradizionale doppio binario in favore della conseguente razionalizzazione di pena e misura di sicurezza all'interno di un 'binario unico' sanzionatorio in cui tali conseguenze, finendo per rappresentare qualcosa di altro, ma non di diverso, si pongono, nella ragionevole valorizzazione di una funzione comune di integrazione sociale, anche a fondamento di evidenti spinte evolutive per altri istituti.

Nel sistema di giustizia penale minorile, infatti, quella relazione che, tra opposti inconciliabili quali educazione e pena¹⁴⁶, ha occupato da sempre il problema fondamentale del diritto penale minorile, sembra poter trovare le ragioni per la riduzione di una sua evidente contraddizione interna solo ispirandosi ad una politica criminale per i minori costituzionalmente differenziata rispetto a quella degli adulti (artt. 2-3-13-25-27-31-54 Cost.). Ecco perché, con il superamento dell'idea retributiva, ed una volta che il sistema punitivo minorile assume come riferimento di scopo la integrazione sociale di soggetti a tutela rafforzata, non vi è chi non veda come la finalità della sanzione possa anche qui conseguentemente rispondere, soprattutto in una prospettiva di valore¹⁴⁷, ad una rinnovata concezione della stessa all'interno proprio di quel 'binario unico' in cui la motivabilità mediante norme, sostituendosi al tradizionale binomio imputabilità-inimputabilità quale fonte delle irrazionalità sistematiche pure sopra avanzate, viene legittimamente porsi a fondamento della individualizzazione di trattamenti (ri)educativi per quote 'ordinatorie' di personale responsabilità penale.

In un tale contesto sistematico, allora, non risulta altrettanto difficile comprendere come, pure con il conforto comparatistico, l'auspicio per soluzioni dommatiche ispirate alla distinzione tra misure educative e correttive¹⁴⁸, accanto alla pena minorile¹⁴⁹ quale vera e propria pena criminale, solo se funzionalizzato, per quanto sopra ricostruito, ad una responsabilità deeticizzata e 'non diseguale' in ragione di quote residue di autodeterminazione per soggetti minorenni (presunti) immaturi, può, in luogo del nostro irrazionale dualismo tra pena e misura di sicurezza, rispondere ad un bisogno di trattamento come momento evolutivo, non solo dell'imputabilità, ma anche della attuale indeterminata pericolosità sociale¹⁵⁰. Ed infatti, a ben vedere, se nel sistema penale minorile tedesco

¹⁴⁶ Cfr. C. JÄGER, *Problemi fondamentali del diritto penale minorile*, cit., 1 ss.

¹⁴⁷ Cfr. C. JÄGER, *Problemi fondamentali del diritto penale minorile*, cit., 3 ss.

¹⁴⁸ Dove le prime si concretizzano in prescrizioni ed obblighi di usufruire di sostegni educativi (ad es. corso di training sociale ovvero di assistenza sociale in abitazione), mentre le seconde si concretizzano in ammonimenti, obblighi di risarcimento o di scusa, come pure di prestare attività lavorativa, ma anche nella previsione di misure più severe come l'arresto minorile da eseguire in istituti speciali a tempo libero breve o prolungato, cfr. C. JÄGER, *op.ult.cit.*, 10 del dattiloscritto.

¹⁴⁹ I presupposti della inflizione della pena minorile – tendenze nocive emerse in occasione del fatto e gravità della colpevolezza – per il minore oltre i quattordici anni, si verificano quando le misure educative o di correzione non si rivelano sufficienti per realizzare scopi educativi sulla base di una valutazione prognostica non relativa al fatto, ma alla ricettività educativa dell'autore, ovvero quando a causa della gravità della colpevolezza per il fatto commesso in presenza di una motivabilità mediante norme è necessaria una pena. Se il reato è sintomo di tendenze nocive, questo va negato quando ci si trovi in presenza di reati occasionali, che criminologicamente non hanno nulla in comune con i delitti precedentemente commessi, mentre la gravità della colpevolezza determina il ricorso necessario ad una pena minorile anche quando la finalità educativa è conseguibile con strumenti più miti, in quanto in relazione a gravi delitti (omicidio) non è possibile negare la priorità della gravità della colpevolezza trascurando istanze di prevenzione generale, cfr. C. JÄGER, *op.ult.cit.*, 11 s. e 13 s.

¹⁵⁰ Esigenze di integrazione sociale con finalità educativa in minori come soggetti a tutela rafforzata (art. 31 co. 2 cost.) impongono di razionalizzare il sistema con soluzioni dommatiche sensate e rifuggendo da riduzioni di età cui collegare criminogene presunzioni assolute di immaturità etico intellettuale. Pertanto, risulta difficile comprendere come un bambino

il limite della motivabilità mediante norme fa sentire ancora tutti i suoi effetti rispetto a conseguenze giuridiche ricollegabili alla assenza di una colpevolezza in senso stretto¹⁵¹, un recupero di razionalità sanzionatoria, invece, in ragione della attuazione di funzioni preventive di integrazione sociale, lo stesso sistema penale minorile tedesco lo prevede espressamente nella possibilità di estensione della sanzione penale minorile al c.d. giovane adulto¹⁵².

Tale possibilità, introdotta con la legge del Tribunale per i minorenni del 1953, trova la sua originale innovazione nel fatto che, in rapporto al giovane tra i diciotto e i venti anni, ci sono fattori condizionati dalla pubertà che possono provocare la commissione di reati anche in ragione di uno sviluppo della personalità di regola qui non compiuto. Pertanto, siccome il giovane adulto appare più ricettivo verso misure educative rispetto a quelle rieducative dell'adulto, si può arrivare così alla applicazione ad esso del diritto penale minorile, ma solo sulla base di due condizioni: a) la valutazione complessiva della personalità dell'autore da cui risulta che egli al momento del fatto è uguale ad un minorenne dal punto di vista dello sviluppo etico e spirituale¹⁵³; b) la realizzazione di una infrazione da minorenne¹⁵⁴.

L'applicazione del diritto penale minorile agli adulti si spiega qui, allora, solo partendo da una impostazione di integrazione sociale che, per come già illustrata, si muove all'interno di un '*binario unico sanzionatorio integrato*' in cui esigenze preventive educative e rieducative vivono razionalmente in una logica di scambio che orienta il trattamento. Infatti, se i giovani adulti tra i diciotto e ventuno anni, come per il sistema penale tedesco, sono equiparati agli adulti in quanto alla motivabilità mediante norme, una disciplina differenziata di diritto penale minorile si può giustificare solo sulla base di un concetto di responsabilità che risente della combinazione delle funzioni preventive della stessa sanzione penale minorile. E pur partendo dal presupposto della piena motivabilità del giovane adulto, allora, è innegabile che se le conseguenze sopra individuate vanno adattate al diritto penale minorile, tutto ciò lo si può comprendere solo come espressione di una necessità di realizzazione della funzione preventiva di una punizione animata da un bisogno di trattamento educativo e non rieducativo. Il giovane adulto si troverebbe, pertanto, in una fase di passaggio che spesso rende difficile una condotta conforme alle norme e, nonostante la sua capacità

prossimo ai 14 anni, non motivato mediante norme, venga da questa raggiunto fulmineamente nel giorno del suo compleanno; l'esenzione della pena per minori di quattordici anni, piuttosto, si fonda sulla mancanza di necessità generalpreventiva di una tale sanzione, anche in presenza di colpevolezza, in quanto una pena controindicata per l'autore, non lo può essere neppure nell'interesse della comunità giuridica in via di principio. Per i minori infradiciottenni, la presunzione vincibile di inimputabilità va accertata caso per caso, e la verifica della maturità comprende il contenuto illecito del fatto, altrimenti si ricorre solo a misure disposte dal giudice tutelare, come l'educazione in istituto. Ai minori può essere applicabile uno strumento sanzionatorio più mite, ma ciò solo alla luce del ridotto bisogno di una sanzione dal punto di vista della prevenzione speciale e generale, cfr. C. JÄGER, *op.ult. cit.*, 4 ss. del dattiloscritto.

¹⁵¹ Cfr. C. JÄGER, *op.ult. cit.*, *ivi*.

¹⁵² Cfr. C. JÄGER, *op.ult. cit.*, 7 ss. del dattiloscritto; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 250 ss.

¹⁵³ Il ritardo nella maturità va affermato secondo le spinte provenienti dalla giurisprudenza quando l'autore possiede una personalità non stabilizzata e plasmabile, nella quale le dinamiche dello sviluppo esplicano ancora in misura rilevante i loro effetti. Gli indici di una tale condizione sono: influsso di droghe, disturbi dello sviluppo, criminalità di gruppo, tendenza ad un agire impulsivo, propensione per il piacere dell'avventura, mancanza di autonomia, equilibrio carente e mancanza di capacità di inibizione degli impulsi, cfr. C. JÄGER, *op.ult. cit.*, 7-8.

¹⁵⁴ Una infrazione da minorenni andrebbe ravvisata in particolare quando il fatto si caratterizza per incoscienza giovanile, mancanza di riflessione e immaturità sociale, laddove concorrono anche ragioni oggettive in cui il fatto stesso denota una particolare leggerezza oppure anche motivazioni soggettive come la voglia di farsi notare, esperienze forti o volersi porre allo stesso livello degli adulti (guida senza patente), cfr. C. JÄGER, *op.ult. cit.*, 8 del dattiloscritto.

di intendere il contenuto illecito del fatto, merita pertanto comprensione da parte della società quando al momento del fatto, ed alla stregua di una valutazione complessiva della sua personalità in relazione al suo sviluppo etico o spirituale, egli può essere equiparato ad un minore ultraquattordicenne, vale a dire quando per il tipo di fatto commesso oggettivamente e per i motivi soggettivi emergono modalità di condotta proprie di minorenni¹⁵⁵.

Ed è inutile dire che, proprio alla luce di quanto appena evidenziato, un tale limite alle modalità di intervento punitivo statale affonda le sue radici non certo nel riferimento al singolo autore, ma sulla base di un generale compromesso sociale che si sviluppa in ordine ad una diminuzione della necessità di una punizione in un sistema in cui il superamento dell'inapplicabilità in linea di principio del diritto penale minorile agli adulti rappresenta la conseguenziale metabolizzazione della tensione conflittuale tra bisogno di educazione e responsabilità, come pure di rieducazione e responsabilità¹⁵⁶, non senza, tuttavia, recuperare qui l'affermazione di una risposta proporzionata ad un disvalore come fonte di stabilizzazione della fedeltà collettiva al diritto.

Rispetto ad una tale opzione, che caratterizza la politica criminale minorile d'oltralpe, anche il nostro ordinamento, a ben vedere, con il D.lvo n.121 del 2018, ed in attuazione delle legge n. 103 del 2017 (c.d.riforma Orlando), sembra avervi aderito quando si è assistito alla introduzione di nuove norme di disciplina dell'ordinamento penitenziario minorile¹⁵⁷. Nel colmare apprezzabilmente un evidente vuoto di sistema¹⁵⁸, nel D.Lvo di cui sopra si fa riferimento, appunto, alla possibilità per il giovane adulto di essere assoggettato, fino al raggiungimento del venticinquesimo anno di età ed in presenza dei presupposti normativamente necessari ex art. 14 ss., ad una conseguenza giuridica per il proprio fatto-reato che è destinata ad assolvere una funzione preventiva di integrazione sociale con trattamento educativo in luogo di un trattamento rieducativo. Tuttavia, a seguito di una tale apertura, con la quale il diritto penale minorile anche nel nostro ordinamento resiste a quello degli adulti, il decreto legge n. 130 del 2018 (c.d. decreto Salvini), nell'ambito di un provvedimento classicamente emergenziale¹⁵⁹, ha fatto registrare un successivo ed irrazionale *revirement* rispetto alla disciplina varata con la c.d. riforma Orlando, che si è vista così improvvisamente svuotata nei suoi effetti. Infatti, mediante un abbassamento della soglia per il trattamento educativo del giovane adulto al

¹⁵⁵ Cfr. C. JÄGER, *op.ult.cit.*, 9.

¹⁵⁶ Infatti, solo oltre la retribuzione pena ed educazione rappresentano opposti conciliabili, ai quali ricollegare anche nel diritto penale minorile il principio da stato di diritto per cui la pena sia commisuratamente proporzionata al disvalore penale del fatto, e senza rischiare di fallire in presenza di un eccessivo clemenzialismo specialpreventivo con una sanzione sentita come troppo debole dalla collettività. Si pensi a quando il fatto del minore viene giudicato quando egli è adulto; qui risulta evidente che è impossibile parlare di bisogno di educazione, e la punizione si può comprendere solo per esigenze generalpreventive; pertanto, anche in presenza della motivabilità mediante norme esistenti al momento del fatto, questa non può da sola fondare la meritevolezza della pena di una sanzione alla quale solo se si accompagnano esigenze di prevenzione integratrice è possibile recuperare, in relazione ai minorenni, uno scopo educativo e, in relazione agli adulti, l'idea generale di risocializzazione, cfr. C. JÄGER, *op.ult.cit.*, 10 e 16.

¹⁵⁷ Per una commento critico cfr. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, cit., 1.

¹⁵⁸ Che tuttavia resta ancora lettera morta in ragione dell'inesistenza di un diritto penale sostanziale minorile che, qualitativamente e non meramente quantitativamente (art. 98 c.p.) differenziato da quello degli adulti, sia caratterizzato da fattispecie modellate sul minore, con un disvalore differenziato ed un sistema sanzionatorio a binario unico in ossequio ad una impostazione prognostico-individualizzante e non presuntiva di conseguenze giuridiche capace di omogeneizzare un sistema processuale che guarda al futuro con quello attuale sostanziale che guarda al passato.

¹⁵⁹ Per una opzione ordinamentale ormai fisiologica, le origini di un tale assunto sono da rinvenire, per tutti, in S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1995, *passim*.

raggiungimento del diciottesimo anno di età, si è voluto incidere negativamente, con il ricorso alla disciplina ordinaria, sulla esecuzione minorile penale¹⁶⁰, non solo togliendo al giudice ogni possibilità di valutazione di trattamento educativo oltre il raggiungimento dell'età della maturità, ma anche trascurando che un tale provvedimento opera nei confronti di soggetti, i giovani adulti, i quali, in ogni caso, rappresentano il 37 % dei trattati nei servizi di giustizia penale minorile¹⁶¹.

Tuttavia, a ben vedere, si tratta di un evidente populistico giro di vite dal prevedibile respiro corto dal momento che, muovendosi in direzione opposta alla stessa statuizione della Consulta con la sentenza n. 90 del 2017¹⁶², il c.d. decreto Salvini può aver solo incidentalmente minato nelle sue fondamenta quel flessibile processo prognostico-individualizzante che, tipico dell'integrazione sociale di soggetti a tutela rafforzata, vedrebbe legittimata, accanto alla razionalizzazione della penalità del giovane adulto, una speculare apertura sistematica per un analogo processo deformalizzante da riferire alla penalità dell'*adulto giovane*. Anche quest'ultimo, infatti, così come il giovane adulto, vivrebbe di un 'binario unico sanzionatorio integrato' in cui l'integrazione sociale minorile, fuori da automatismi presuntivi¹⁶³ contrastanti con principi normativo-superiori, verrebbe assicurata da un giudizio di merito che, accanto a formule di proscioglimento maggiormente garantite rispetto a quelle automatiche di inimputabilità, in particolare per i minori infraquattordicenni¹⁶⁴, sappia affermare anche la garanzia per quote di responsabilità 'eguale'¹⁶⁵ che, fondate sull'esigenza di un trattamento sanzionatorio anche preventivo-rieducativo del soggetto minore di età¹⁶⁶, possano determinare le condizioni per riconoscere all'imputato, non tanto la sua estraneità rispetto al fatto di

¹⁶⁰ Infatti, con il decreto n. 130 del 2018 si abbassa al raggiungimento del diciottesimo anno di età il limite in cui il giudice priva il giovane adulto della libertà applicando la legge ordinaria, al punto da escludere il ricorso a misure educative in nome di un intervento particolarmente selettivo e tale da incidere su due situazioni, il carcere come *extrema ratio* e la struttura penitenziaria, con evidenti risvolti negativi sul rendere la pena effettiva ed educativa. Infatti, in virtù di una norma non scritta nei confronti del giovane che sta scontando una pena per un reato commesso da minorenni, se raggiunto da ordinanza per altro reato commesso da maggiorenne, il magistrato gli sospende il percorso rieducativo minorile e gli fa scontare la pena nel carcere degli adulti in nome di una situazione non normata, ma che il decreto Salvini mette nero su bianco, preferendo il carcere all'educazione, con il conseguente rinvio alla giustizia ordinaria, per argomenti a sostegno dell'assunto cfr. D. ALIPRANDI, *Il decreto sicurezza abbassa la soglia dei "giovani adulti"*, in www.ildubbio.it del 26 settembre 2018, 1.

¹⁶¹ Cfr. ISTAT, *Delitti, imputati e vittime dei reati*, Roma, 2020, 187.

¹⁶² La dichiarazione di illegittimità del divieto automatico di sospensione dell'ordine di esecuzione per i minori in favore della tutela del principio di educazione valorizza la protezione di un soggetto a tutela rafforzata rispetto ad un automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzanti in un ordinamento in cui, quello minorile, il diritto ad un trattamento educativo elimina ogni ostacolo alla riduzione di benefici per chi ha commesso reati rientranti nell'art. 4 bis ord. penitenziario, cfr. F. MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile: la consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in www.penalecontemporaneo.it, del 4 luglio 2017, 1.

¹⁶³ Per quanto pure rilevato da G.L. GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in www.penalecontemporaneo.it del 20 giugno 2017, 1.

¹⁶⁴ Per un'interpretazione sistematica e non letterale dell'art. 26 d.P.R. 448/88, che è stata raccordata alle indicazioni costituzionali e sovranazionali in tema di giustizia penale minorile, in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. II, 10 aprile 2015, n. 16769; Cass. pen., sez. V, 23/10/2018, (ud. 23/10/2018, dep. 10/12/2018), n. 55260; in dottrina, da ultimo P. BONORA, *Imputabilità del minore: educazione o rapida fuoriuscita dal processo penale. Una breve analisi della recente giurisprudenza in tema di accertamento dell'imaturità del minore autore di reato*, in www.dirittopenaleuomo.it del 8.7.2020, 1.

¹⁶⁵ Cfr. Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2012, n. 18052, Cass. pen., sez. V, 23 luglio 2014, n. 24696, Cass. pen., sez. III, 20 settembre 2016, n. 49603.

¹⁶⁶ Infatti, se all'interno di un binario sanzionatorio unico integrato, la penalità del giovane adulto vive l'estensione del diritto penale minorile al soggetto maggiorenne per finalità educative di integrazione sociale, allo stesso modo si può comprendere una tale flessibilità anche rispetto all'adulto giovane laddove, in presenza di determinate e verificate condizioni, rifuggendo da eccessivi clemenzialismi, il trattamento educativo lascia spazio ad un trattamento rieducativo.

reato contestato, quanto piuttosto lo stesso suo inserimento all'interno di un percorso (ri)educativo di recupero senza che gli sia trasmesso un criminogeno senso di impunità.

Solo così, allora, ed in un tale rinnovato contesto sistematico, il soggetto minore di età può trovare gli strumenti per la piena affermazione dei suoi diritti¹⁶⁷ che, proprio perché sono diritti, e nel momento in cui vengono azionati, si impongono ad ogni irragionevole presunzione. Fuori da ogni criminogeno automatismo, pertanto, un 'binario unico sanzionatorio integrato', cogliendo in via di sintesi le funzioni (ri)educative di una deformalizzata penalità minorile, sembra così poter fornire il suo decisivo contributo ad una razionalizzazione di conseguenze giuridiche in funzione di integrazione sociale che si caratterizzerebbero, come già avviene per il giovane adulto, per una alternanza di misure con cui, anche per l'*adulto giovane*, ed in via complementare, si succedono sulla base di pre-definite condizioni, non solo l'applicazione del diritto penale educativo ai maggiorenni, ma anche l'applicazione del diritto penale (ri)educativo ai minori di età.

E tutto questo, ad esempio, può avvenire quando, a seguito della verifica di una determinata valutazione della personalità, e con la realizzazione di infrazioni non da minorenni (si pensi all'art. 600 bis c.p.)¹⁶⁸, soggetti infraquattordicenni, in ragione di quote di responsabilità con bisogno di trattamento (ri)educativo, ed in presenza di tendenze nocive e gravità della colpevolezza/responsabilità¹⁶⁹, potrebbero essere così assoggettati:

- a) ad una sospensione del processo con messa alla prova che, per quanto disciplinata dalla legge n. 67 del 2014, ed in luogo di quella prevista dall'art. 28 del D.P.R. 448/88, verrebbe funzionalizzata non a riequilibrare il rapporto tra educazione e pena, ma più propriamente quello tra rieducazione e pena¹⁷⁰;
- b) alla irrogazione di sanzioni penali minorili che, limitative della libertà personale, e sul modello dell'arresto minorile tedesco, verrebbero ad essere eseguite in sezioni carcerarie speciali presso gli istituti penali minorili¹⁷¹.

Breve: di fronte ad una tale chiara opzione di metodo e, quindi, fuori da criminogeni eccessi di clemenzialismo, il ricorso ad un 'binario unico sanzionatorio integrato', così come sopra ricostruito, consentirà di rispondere a quelle razionali attese sistematiche di prevenzione (ri)educativa

¹⁶⁷ Si pensi al diritto all'educazione, come anche diritto alla "fuga dalla pena", così da ultimo, cfr. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, *passim*.

¹⁶⁸ Tale norma ha subito una modifica significativa con la novella n. 172 del 2012. Diversamente dal testo introdotto con la legge n. 269 del 1998, infatti, nella nuova formulazione l'art. 600-bis c.p. ha visto eliminati il terzo ed il quarto comma che, in precedenza, contenevano due circostanze – una aggravante e l'altra attenuante – da riferire al delitto di atti sessuali a pagamento con minorenne. Se, allora, l'aggravante relativa all'età inferiore ai sedici anni della vittima ha subito una abrogazione apparente in quanto è stata in realtà "spostata" nell'art. 602-ter c.p., l'attenuante, che abbattava sensibilmente la pena (da un terzo fino a due terzi, fino a rendere alternative reclusione e multa) per il "cliente" minore degli anni diciotto è stata, invece, definitivamente soppressa, avendo ritenuto il legislatore – per come emerge dai lavori preparatori – identico il disvalore del fatto, anche qualora commesso da un minore infradiciottenne su un minore, rendendo per tali autori ingiustificato il trattamento di favore previsto in passato. Con la soppressione della diminuzione speciale prevista dalla novella del 2012, il minore responsabile infraquattordicenne, però, a differenza di quello infradiciottenne, che almeno godrà della diminuzione comune ex art. 98 c.p., oltre a vedersi sottratto da tale riduzione realizzerà, in ogni caso, una infrazione che, per volontà del legislatore, ed in considerazione di una proporzione limitatamente commisurata, sembra subire un aggravamento tipico di un disvalore non da minorenne.

¹⁶⁹ Cfr. C. JÄGER, *op.ult.cit.*, 10 ss.

¹⁷⁰ Per i meccanismi sanzionatori che si pongono a fondamento dell'assunto cfr. P. TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Roma 2016, *passim*.

¹⁷¹ Cfr. sul punto C. JÄGER, *op.ult.cit.*, 10.

che, valorialmente differenziate, caratterizzeranno quegli strumenti sanzionatori i quali, nell'esprimere qualcosa di altro, ma non di diverso, non solo sapranno essere funzionali a scopi comuni di integrazione sociale da stato sociale di diritto, ma caratterizzeranno anche quella flessibilizzazione deformalizzata su base prognostico-individualizzante per cui il diritto penale minorile e quello degli adulti concorreranno all'ordine civile di un sistema penale democratico in cui, lontano da spade smussate, anche il minore "delinquente intensivo" vivrà un'efficiente (ri)educazione, ma senza per questo sacrificare troppe garanzie dello stato di diritto¹⁷².

¹⁷² Portando a compimento la illuminante ricostruzione di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 252 ss.