

DIRITTO

E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



1/2 2022 • ANNO X

EDITORI

Mario Covelli
Mariangela Covelli

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE**DIRETTORE RESPONSABILE**

Clelia Iasevoli

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.

DIRETTORE SCIENTIFICO:

Sergio Moccia

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI DIREZIONE

Piero Avallone, Teresa Bene, Antonio Cavaliere,
Maria de Luzenberger, Fabiana Falato,
Francesco Forzati, Clelia Iasevoli, Fausto Izzo,
Carlo Longobardo, Vania Maffeo, Valentina Masarone,
Mariano Menna, Barbara Nacar, 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,
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,
Gennaro Demetrio Paipais, Ilaria Piccolo,
Alessandra Scalas, Michela Siracusa

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'EDITORIALE

Ha un futuro la dommatica?

SERGIO MOCCIA6

L'OPINIONE

Infermi di mente tra carcere e R.E.M.S.

VALENTINA MASARONE 14

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

Sugli apporti di democrazia, liberalismo e solidarismo in materia di diritto penale

ANTONIO CAVALIERE20

Il “vuoto dei fini” nella detenzione carceraria dell'imputato

GIUSEPPE MARIA PALMIERI.....27

Riflessioni sull'uso del canone di proporzionalità nelle scelte di criminalizzazione

PASQUALE TRONCONE.....37

DIRITTO
PROCESSUALE
PENALE

Garanzie partecipative dell'imputato, precedenti sovranazionali e riforme strutturali del sistema

FABIANA FALATO 65

Spazi processuali garantiti per l'acquisizione delle dichiarazioni provenienti dall'imputato: spunti di ragionamento

BARBARA NACAR83

La rinuncia alla pena nel sistema minorile: il perdono giudiziale e il vincolo dello scopo

ANDREA ALBERICO 95

I soggetti tutelati dalla legislazione brasiliana sull'infanzia e l'adolescenza

CLAUDIO DO PRADO AMARAL 106

Giustizia penale minorile e lavoro: osservazioni su un percorso risocializzante

AUGUSTO ROMANO 120



L'EDITORIALE

Ha un futuro la dommatica?

SERGIO MOCCIA

La dommatica è una disciplina, che si caratterizza per l'effettuazione di operazioni speculative, tendenti a costruire e rappresentare in concetti l'ampio settore della fenomenologia giuridica.

Essa ha, dunque, il compito di interpretazione delle norme e di sviluppo del loro contenuto logico, pervenendo in tal modo all'elaborazione di concetti nella sfera giuridica; e ciò si verifica attraverso operazioni di astrazione e generalizzazione del testo legale, posto da un'autorità che ha potere e legittimazione a porlo.

Le norme sono considerate assiomi, dogmi su cui effettuare operazioni logiche come definizioni, distinzioni, inclusioni, esclusioni e così via, per giungere come primi esiti agli istituti, di qui la via per i principi ed il sistema.

Già da questa prima acquisizione possiamo affermare che la derivazione da dogmi pone questa disciplina come limite intrinseco al diritto libero. Possiamo parlare di una duplice composizione della dommatica nella quale gli elementi sistematici (i concetti a cui si perviene) e gli elementi metodologici (i mezzi tecnici e gli strumenti speculativi per ottenerli) sono strettamente connessi.

La dommatica rappresenta, quindi, un complesso di concetti giuridici organizzati in maniera unitaria ed un complesso di mezzi, cioè di strumenti metodologici impegnati per la costruzione sistematica. L'*iter* di questa costruzione si snoda attraverso l'interpretazione e l'analisi delle norme, per giungere alla formulazione di concettualizzazioni giuridiche. Quindi, dalla loro comparazione si passa all'identificazione di concetti più generali che, adeguatamente costruiti e collegati, si concretizzano negli istituti. L'elaborazione di questi ultimi attraverso l'identificazione dei loro aspetti comuni, così come delle distinzioni, perviene ad ulteriori raggruppamenti in tipi e figure costanti. Le graduali amplificazioni del metodo dommatico, al di là della sistemazione concettuale dei singoli istituti e/o gruppi omogenei o disomogenei di istituti e delle loro interazioni – in una parola della elaborazione dommatica – hanno come naturale sbocco la teoria generale del diritto.

Al di là della configurazione concreta che la dommatica ha assunto nel corso del tempo, è innegabile in essa la tendenza a storicizzarsi e relativizzarsi nell'esperienza giuridica; la sua stessa dipendenza dal dato legislativo la rende condizionata anche dal contesto temporale in cui agisce.

Dunque, la dommatica non può essere mai fine a se stessa, ma ha anche una sua essenziale funzione strumentale nel senso che nei suoi procedimenti di concettualizzazione non si limita, o non dovrebbe, alla mera applicazione della logica formale – e, qualora lo faccia, è per il conseguimento di finalità esterne alla sua funzione –; essa considera, o dovrebbe, la logica dell'esperienza giuridica nel significato della funzionalità del dato su cui opera come si manifesta nella concreta applicazione, con evidenti implicazioni valutative. E ciò comporta, naturalmente, la necessità della connessione con le istanze storicizzate della realtà socio-politica che ha i suoi evidenti riflessi nella interpretazione così come nella legislazione.

La dommatica oltre ad esprimere una logica coerente, deve tenere sempre in considerazione le tensioni problematiche che sono immanenti alla stessa vita del diritto e la collegano alle suggestioni della storia.

Proprio in relazione al rapporto della dommatica giuspenalistica con le istanze dell'indagine storica, socio-criminologica e politico-criminale emergono negli anni '70 del Novecento polemiche, anche molto serrate, sul significato e gli scopi, nonché sullo stesso destino della dommatica. Si fa avanti l'idea tesa a costruire una impostazione dommatica assiologica, talvolta anche fondata su orientamenti derivati dalle norme costituzionali, e con ciò a dare spazio a considerazioni e prospettive pure di politica criminale. Era giunto il momento di superare un'autolimitante dommatica, mera costruttrice di schemi astratti, per recuperare stabilmente prospettive di valore.

E qui è Roxin con *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* del 1970 ad irrompere nel dibattito proponendo quell'indirizzo metodologico che, partendo dall'approfondimento dei rapporti tra politica criminale e sistema del diritto penale, ha finito per segnare una vera e propria svolta epocale nella dommatica giuridico-penale. Essa si apre consapevolmente ad elementi di valore, senza mai rinunciare alla certezza del diritto: alla logica si aggiunge la teleologica.

Questa corrente dottrinale è orientata a restringere il tradizionale diaframma tra politica criminale e dommatica. Essa è l'espressione giuspenalistica di quell'ampio processo sintetico di tipo politico-generale, orientato a realizzare una concreta unità tra stato di diritto e stato sociale, vale a dire, in termini più ampi, tra ideologie liberali e solidaristiche. La prospettiva dell'integrazione tra dommatica e politica criminale deve, dunque, realizzarsi nella struttura del reato. Pertanto, le tre categorie fondamentali: tipicità, antigiuridicità e colpevolezza vanno sin dal principio considerate, sviluppate e sistematizzate dalla prospettiva della loro funzione politico-criminale.

In particolare, nell'elaborazione roxiniana il fatto serve a soddisfare le esigenze di determinatezza e tassatività, garantite dal principio di legalità; l'antigiuridicità è il luogo di risoluzione dei conflitti sociali, che sorgono dalla collisione di interessi individuali e/o superindividuali; la colpevolezza configura il presupposto – necessario, ma non ancora sufficiente – ed il limite garantistico per l'esercizio della pretesa punitiva, intesa in termini di prevenzione.

Il sistema penale, assiologicamente orientato a principi di politica criminale, necessita di una strumentazione dommatica attenta alla realtà e sempre caratterizzata da ordine concettuale e chiarezza.

Seguendo questo ordine di idee, si può affermare correttamente che la dommatica penalistica si sia affrancata da quel carattere quasi esoterico, che ormai la contrassegnava. In una prospettiva storica, questo radicale cambiamento va visto come una decisa inversione di tendenza nei confronti di una dommatica che, del tutto incurante di significato e scopo dei principi costituzionali, e senza alcuna considerazione dei reali rapporti esistenziali, concepiva i suoi compiti unicamente nel dominio formale-tecnocratico e nell'elaborazione di tipo puramente concettualistico della materia del diritto.

Pare opportuno precisare che il riferimento a prospettive di politica criminale deve essere inteso verso scelte di origine normativa che, in concreto, siano espressione dei principi di stato sociale di diritto che ispirano la nostra Carta costituzionale, quale felice sintesi di componenti di stato di diritto e stato sociale. Ed infatti all'interno della normativa costituzionale è agevole rinvenire riferimenti su cui fondare le funzioni politico-criminali di tutela della libertà – fatto –, di soluzione di conflitti

individuali e/o sociali – anti giuridicità –, di esplicitazione di istanze di prevenzione – colpevolezza/responsabilità. Infatti, il τέλος tutela della libertà non pone alcun problema in tal senso: questa finalità, desumibile da tutto l'assetto costituzionale, trova esplicito riferimento in materia penale negli artt. 13, 25 co. 2 e 3, e 111 Cost. che, come è noto, nel loro contenuto minimo garantiscono, con riserva assoluta e rinforzata di legge e di giurisdizione, l'individuo relativamente alla restrizione della libertà personale.

Per quel che concerne la finalità di soluzione di conflitti, si deve precisare che questa deve realizzarsi secondo prospettive personalistico-solidaristiche, anch'esse indicate dal tutto l'impianto normativo fondamentale e, in particolare, dagli artt. 2 e 3 Cost. Anche l'ultimo τέλος, la realizzazione di esigenze di prevenzione, intese in 'senso positivo', trova una evidente derivazione in Costituzione: vengono, infatti, qui in rilievo, oltre al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità ed alla rieducazione, di cui all'art. 27 co. 3, essenzialmente anche la personalità della responsabilità penale, art. 27 co. 1, e la proporzione, art. 3 Cost.

In ogni caso, tutti i principi che reggono un sistema penale da stato sociale di diritto trovano un riferimento diretto o mediato nella Carta costituzionale. Ed infatti, l'impostazione roxiniana può valere come spinta a lasciare entrare all'interno dell'elaborazione dommatica tradizionalmente ancorata a premesse istituzionali tendenzialmente autoritarie, principi costituzionali connotati democraticamente e progressivamente, ed in questo senso si può parlare di costituzionalizzazione della dommatica. Da ciò consegue che, da un lato, la loro penetrazione nella dommatica consente la rilettura degli istituti in funzione di un loro necessario adeguamento ai canoni di politica criminale normativizzati; ma, dall'altro, essi esprimono una forza propulsiva anche sotto il profilo dell'intervento legislativo.

Un'ulteriore implicazione consiste nel fatto che sia nell'attività interpretativa, sia nell'attività di elaborazione dommatica possano fare ingresso nuovi valori all'interno di un sistema teleologicamente orientato: operazioni che risultano impossibili ad una dommatica limitata alla normativa ordinaria, indagata solo attraverso categorie della logica.

A risultati fortemente insoddisfacenti porta, dunque, una dommatica meramente logico-tecnicistica, che finisce per assecondare, più o meno consapevolmente, scelte illiberali, nella misura in cui non comporta la possibilità per l'interprete di indagare utilizzando strumenti di tipo assiologico, che possano porre in discussione legittimità e/o validità di singole norme, se non di interi aspetti del sistema. Infatti, la riflessione giuridica, svincolata dalla determinazione degli scopi, inevitabilmente si confina in un ambito logico, rarefatto, ed è assoggettabile a qualunque tipo di utilizzazione, in quanto sia decisamente orientata ad escludere la stessa possibilità di giudizi di valore. Qualora ci si fermi a considerare i profondi cambiamenti metodico-sistematici degli ultimi decenni, è agevole constatare che questi sono inestricabilmente legati al rinnovarsi di esigenze socio-politico-culturali che il diritto ha dovuto e deve gestire.

Altro problema è offerto dalle modalità praticate di tale gestione. Il ritrarsi dalla apertura assiologica ha contribuito decisamente al consolidarsi di quel carattere di 'filigrana' concettualistica, che ha, come si è detto, contrassegnato a lungo parte non trascurabile della dommatica giuspenalistica; essa, infatti, del tutto incurante di prospettive storicizzate di valore e senza alcuna considerazione dei reali rapporti socio-individuali, concepiva il suo compito unicamente nel dominio tecnicistico e

nell'elaborazione di tipo concettualistico della materia del diritto. E ciò-poteva trovare una qualche giustificazione nel periodo autoritario, nel senso che il rinchiudersi dei giuspenalisti in uno stretto formalismo tecnicista era da alcuni percepito come un'ancora di salvezza dalla compromissione con il regime autoritario: ma, con la vigenza della Costituzione repubblicana, non aveva più alcuna ragion d'essere.

Tutt'altra questione è quella relativa ad una dommatica, pur sempre tesa all'elaborazione di regole generali ed astratte, che 'organizzi' il materiale legislativo, tenendo conto anche di parametri 'metatecnistici' e di valore, come ragionevolezza, conformità allo scopo e così via. Sempre che le norme, ovviamente, siano redatte, dal punto di vista strutturale e dei contenuti, in maniera tale da consentire affidabilmente lo stesso procedimento di generalizzazione ed astrazione.

Le leggi penali, infatti, sono ormai, troppo spesso, divenute semplicemente delle 'regole scritte', dal contenuto casuale, poco funzionali al rispetto dei canoni logici di astrazione e di generalizzazione richiesto dalla elaborazione dommatica. Esse sono, però, collegate, sovente, anche ad un severo trattamento sanzionatorio, senza che dal contenuto del divieto emerga una fondata giustificazione per quella entità della previsione punitiva. E ciò, oltre a caratterizzarsi per un'evidente irragionevolezza, rende del tutto improbabile, ripetiamo, una coerente ricostruzione in termini dommatici dei 'nuovi prodotti' normativi.

Lo stesso vale anche per quelle fattispecie premiali emergenziali, *extra ordinem*. Infatti, le distinzioni concettuali per definire, ad esempio, i confini tra desistenza (non punibile) e recesso attivo (punibile) dal tentativo – ponte d'oro, ritorno alla legalità, mancata tipicità o meno e così via – perdono totalmente di significato, se si diffonde la 'regola' in base alla quale qualsiasi postfatto da valutare positivamente, magari prevalentemente – se non esclusivamente – in termini di utilità processuale, può giovare fino alla non punibilità.

E questa è la spia, evidente, di come possa andare perduta la stessa dommatica, non intesa, ripeto, nel senso deterioro di mero esercizio tecnicistico, ma come stratificazione dei portati di una tradizione di civiltà; e con essa finisce per dissolversi una parte non secondaria delle garanzie. Laddove, è bene sottolinearlo, l'elaborazione dommatica delle norme è stata sempre la principale e più significativa attività speculativa del giurista.

Ed infatti, per restare nell'ambito del tentativo, è corretto affermare che la dommatica serve anche a realizzare, dal punto di vista giuspenalistico, il principio di uguaglianza, *sub specie* proporzione: infatti, le sottili distinzioni che effettuiamo tra atti preparatori, tentativo, desistenza, recesso attivo, ravvedimento *post delictum* servono ad escludere o ad attivare l'intervento penale, e, all'interno di un'opzione di attivazione dell'intervento, a graduare l'entità della sanzione.

La dommatica, dunque, va retamente intesa come quella disciplina che si occupa del diritto positivo e considera le norme, ripeto, veri e propri dogmi, in quanto oggetto privilegiato e dato di origine irrinunciabile dell'elaborazione concettuale. Essa adempie ad una fondamentale esigenza di sintesi e di intellegibilità: si pone in uno stadio intermedio tra norma e fattispecie concreta, al fine del riconoscimento delle caratteristiche più rilevanti di ogni elemento e, delimitando l'ambito delle alternative possibili, assicura un affidabile modello decisionale, rispettoso di istanze di uniformità e, dunque, di uguaglianza e ragionevolezza. In tal modo imbriglia, per così dire, garantisticamente,

spinte a libere creazioni interpretative, contribuendo anche a conferire razionalità all'inflizione della sanzione.

In ogni caso, da quando si è riconosciuta la forte interazione tra dommatica e politica criminale si è pervenuti al superamento di una sistematica di tipo meramente logico-formale, per una di tipo teleologico, orientata a principi, normativamente dedotti, di politica criminale. E questo ha consentito un ampliamento armonico della riflessione giuspenalistica, fino a ricomprendere profili di scienza e tecnica della legislazione oltre che aspetti generali di politica del diritto penale.

È evidente che alle scelte di politica criminale derivate con coerenza dalle opzioni fondamentali di tipo normativo – come nel caso della Costituzione italiana – vada attribuito un ruolo centrale anche nella costruzione del sistema, coerente sbocco della elaborazione dommatica, e nell'interpretazione della norma. Intendiamo il sistema come unità di un molteplice di conoscenze sotto un complesso unitario di principi – o più in generale, sotto una sola idea unitaria – che nel nostro caso è rappresentato dalla Carta fondamentale e dai suoi valori normativamente costruiti. Il sistema, dunque, postula i concetti di unità e di coerenza: da un lato vi è l'esigenza di una 'norma fondamentale' a cui le varie disposizioni siano riferibili, dall'altro, l'esigenza che tutte queste si ordinino in maniera coerente, sia con la norma fondamentale, sia tra esse medesime. Il sistema dà vita ad un insieme relazionale, ad un complesso organico di regole, criteri, principi con un forte nesso deduttivo.

Da ciò consegue l'idea di sistema giuridico come costruzione di una trama razionale, delineata per disporre i precetti in ordine logico e/o teleologico. Ma non deve trattarsi solo di un mero schema espositivo, bensì di un parametro alla cui stregua dedurre l'intera fenomenologia giuridica: legislazione ed interpretazione, su cui dovrà dispiegarsi l'opera costruttiva del giurista.

L'unità sistematica ripropone la questione della dommatica che guarda al diritto come problema della vita pratica e solo ponendosi come questione prasseologica giustifica la propria esistenza in funzione degli aspetti essenziali dell'esperienza giuridica.

Il sistema del diritto penale, assiologicamente orientato ai principi fondamentali di garanzia, tende, dunque, a pervenire ad un'architettura normativa vicina alla realtà, caratterizzata da ordine concettuale e chiarezza. Uno stretto collegamento tra disciplina giuridica e realtà sociale è, infatti, la premessa per la costruzione di un sistema che aspiri ad esprimere una logica afferrabile dal complesso dei destinatari e, coerentemente, persegua prospettive di effettiva praticabilità.

Da tutto ciò consegue che la comprensione sia del sistema nella sua complessità che dei singoli istituti passa, innanzitutto, attraverso l'attenta considerazione di principi di fondo. Questo significa, in altri termini, che, ai fini della coerenza sistematica – che poi altro non è che spia di legittimità e funzionalità del sistema – la correzione o la rimozione di soluzioni normative risultanti aporetiche passi, necessariamente, attraverso rigorose operazioni di verifica o di falsificazione, in rapporto alle opzioni normative fondamentali, delle singole scelte del legislatore; sarà compito dell'interprete – dottrina e giurisprudenza – segnalare l'errore e, quindi, la mancata coerenza sul piano della teleologica interna e/o la carenza di compiutezza della scelta normativa: mai, ovviamente, 'rimediare' alla singola questione, perseguendo 'creativamente', nei fatti, prospettive antitetiche ai principi di fondo. Da tale assunto deriva che nella formulazione di concetti e nella prassi ermeneutica si dovrà guardare all'unità dell'ordinamento, preoccupandosi non solo di dominare la materia dal punto di vista puramente tecnicistico e/o interno alla singola norma, ma di cogliere con consapevolezza le relazioni

normative di valore intrasistematiche, nonché la praticabilità di soluzioni offerte da altri sistemi di controllo sociale.

Specificamente, deve trattarsi di opzioni che siano espressione dello stato sociale di diritto e ciò, in via di estrema sintesi, sta, in concreto, a significare l'impegno ad assicurare, rendendole effettive, garanzie di tipo formale e sostanziale, singolarmente ed in combinazione tra di loro.

I principi di riferimento rappresentano, dunque, delle direttive generali e fondamentali. Esse sono correttamente desumibili, in via diretta o indiretta, dalla normativa costituzionale, dunque da 'dogmi' di particolare significatività; e la loro deduzione avviene attraverso concettualizzazioni che sono il risultato di operazioni di astrazione, generalizzazione, distinzione, connessione e così via, cioè operazioni tipiche della dommatica. E la veste normativa fondamentale assicura la loro vincolatività rafforzata.

I principi di derivazione diretta sono dati immediatamente, nella loro portata generale, per esprimere prescrizioni, cioè modelli di 'condotta' per i diversi destinatari (legislatore, giudice, ma anche consociato). I principi di derivazione indiretta risultano dalla combinazione di differenti disposizioni o parti di queste ultime: essi provengono, comunque, da norme e non possono confliggere con altre norme, dovendo risultare espressioni funzionalmente compatibili. Tali principi, che emergono dalla tradizione dello stato di diritto e dello stato sociale, sono posti sia a tutela dei diritti fondamentali della persona, che nell'interesse pubblico alla difesa sociale. Si tratta, come è noto, dei principi di legalità con i corollari riserva di legge, irretroattività, determinatezza/tassatività (artt. 25 co.2 e 3, 13 Cost.); di personalità della responsabilità penale (art. 27 co.1 Cost.); di proporzione e ragionevolezza (art. 3 co.2 Cost.); di materialità (artt. 19, 21, 25 co.2 Cost.); di offensività (artt. 2, 3, 13, 25 co.2 e 3, 27 co.3 Cost.); di sussidiarietà (artt. 2, 3, 13, 25 co.2 e 3 Cost.). Quanto al principio di rieducazione, esso va inteso in un significato 'laico', nel senso dell'integrazione sociale, secondo il combinato disposto delle norme di cui agli artt. 27 co.1 e 3, 3 co.2, 19, 21, 4, 32, 34 Cost.

Va qui segnalato che l'ordinamento giuridico vigente è da tempo caratterizzato da una maggiore complessità, se si tiene conto della normativa di fonte europea che pone, certamente, non semplici questioni di interferenza tra le norme interne e quelle di derivazione sovranazionale. E ciò esige un rinnovato impegno dommatico di co-ordinazione, di verifica di compatibilità con i principi e di sistematizzazione. Inoltre, altro aspetto di primaria importanza è quello connesso alla recezione della giurisprudenza europea all'interno della nostra realtà giuridico-istituzionale.

Ma veniamo ai principi. Fatta eccezione per il principio di legalità e per il divieto di trattamenti inumani e degradanti, né la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), né la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) contengono l'enunciazione di principi generali del diritto penale (sostanziale) in grado di orientare la formulazione delle scelte sovranazionali – sia pure ancora 'indirette' – di penalizzazione. Inoltre, il rinvio operato dall'art. 6, par. 3, TUE alle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», come fonte di principi generali del diritto dell'Unione, non sembra sufficiente ad assicurare, a livello europeo, la piena e completa attuazione dei principi penalistici di derivazione costituzionale. Non può escludersi, infatti, che esso vada riferito solo a ciò che rappresenta il 'minimo comun denominatore' delle tradizioni costituzionali nazionali, con il risultato di mettere da parte quei diritti o quei principi fondamentali che appartengono all'una e non all'altra tradizione. Peraltro, non essendovi parità nei

livelli nazionali di riconoscimento e di tutela delle garanzie sottese a quei principi, viene in rilievo l'eventuale preferenza accordata a *standards* di tutela più bassi di quelli operanti negli ordinamenti interni, attraverso il ricorso ai criteri dell'orientamento prevalente o della *better law*, anziché a quello del *maximum standard*.

Ciò considerato, l'incidenza prodotta delle fonti europee nel diritto penale nazionale, anche per il tramite della giurisprudenza delle Corti europee, non deve comportare un ridimensionamento del ruolo che i fondamentali principi di garanzia, di derivazione costituzionale, rivestono, quali vincolanti referenti assiologici dell'elaborazione dommatica e della costruzione del sistema penale.

Del resto, lo stesso diritto europeo ammette testualmente la prevalenza dei livelli nazionali di garanzia, quando essi risultino più elevati di quelli riconosciuti dalle carte sovranazionali.

In tal senso – al di là di non condivisibili manipolazioni ermeneutiche, rinvenibili nella giurisprudenza europea – vengono in considerazione, per il contesto eurounitario, l'art. 53 CDFUE e, nel sistema di Strasburgo, l'art. 53 CEDU. In particolare, quanto alle norme della Convenzione, non va dimenticato che, secondo il noto argomentare delle c.d. sentenze gemelle, pronunciate dalla Corte costituzionale nel 2007, esse restano ad un rango subcostituzionale, pur essendo sovraordinate rispetto alla legge, come fonte interposta tra quest'ultima e la Costituzione, per il tramite dell'art. 117, co. 1 Cost.

La complessità dell'indagine dommatica, di cui abbiamo fornito sinteticamente un esempio, a fronte di un ordinamento pluriarticolato, non smentisce la natura cognitiva e ordinatrice del fenomeno giuridico, propria della dommatica; essa è servita, e serve, in ultima analisi, all'attuazione del diritto, con tutte le problematicità connesse alle situazioni contingenti: in fondo, l'attuazione pratica del diritto può considerarsi la ragione prima della sua esistenza, che ne mantiene intatta attualità e futuro.



L'OPINIONE

Infermi di mente tra carcere e R.E.M.S.

VALENTINA MASARONE

ABSTRACT

The implementation of the reforms, that led to the ‘overcoming of the OPGs’, is going through a critical phase: there are currently individuals acquitted on the grounds of insanity, because they have a serious mental disorder, yet continuously detained in prison, awaiting the execution of orders of placement in R.E.M.S., issued, towards them, by the national courts. For one such case, Italy was recently condemned by the European Court of Human Rights. What consequences may result from the enforcement of this judgment in domestic law?

Con la sentenza sul caso *SY c. Italia*, del 24 gennaio 2022¹, la Corte EDU si è pronunciata su uno dei numerosi ricorsi presentati contro lo Stato italiano da soggetti assolti per infermità mentale – in quanto affetti da un grave disturbo psichico – e tuttavia detenuti continuativamente in carcere, in attesa dell’esecuzione dei provvedimenti di collocamento in R.E.M.S. emessi, nei loro confronti, dai tribunali nazionali.

Nella recente sentenza, la Corte EDU accoglie tutte le doglianze sollevate nel ricorso – dichiarato, dalla stessa Corte, parzialmente ricevibile, perché tardivo rispetto ad un primo periodo di detenzione sofferto dal ricorrente – e condanna l’Italia per violazione degli artt. 3, 5, par. 1 e par. 5, 6, par. 1 e 34 CEDU², riconoscendo a Giacomo Seydou Sy il diritto ad un’equa soddisfazione di carattere pecuniario.

In prima lettura, può essere utile evidenziare gli aspetti più significativi della sentenza, sul piano interpretativo, e segnalare quali rischi possano derivare dalla sua esecuzione, nell’ordinamento interno, in particolare in ordine alla possibilità che essa sia invocata a favore di un ampliamento del numero e/o della capienza delle R.E.M.S., quale soluzione alle criticità emerse nella prassi.

Innanzitutto, è bene sottolineare che la sentenza *Sy c. Italia*, pronunciata dalla prima Sezione della Corte EDU, non ha propriamente riguardato la compatibilità dell’attuale sistema delle R.E.M.S. con i diritti fondamentali riconosciuti in convenzione – come pure si sente dire –, ma ha avuto ad oggetto quella ‘distorsione’ del sistema, emersa nella prassi applicativa, consistente nella detenzione in regime carcerario ordinario di persone affette da infermità mentale, (*anche*) in attesa di esecuzione del provvedimento di collocamento in R.E.M.S., di cui siano risultate destinatarie, all’esito di un procedimento penale: appunto, il caso del ricorrente.

Anche se dalle sentenze della Corte EDU possono ricavarsi principi validi, per così dire, *erga omnes*, non va dimenticato, infatti, che la giurisprudenza di Strasburgo è di taglio casistico e, dunque, strettamente ‘agganciata’, nelle argomentazioni e negli esiti, alla vicenda del ricorrente di turno.

¹ C. eur. dir. uomo, Sez. I, 24 gennaio 2022, *Sy c. Italia* (ric. n. 11791/20). La sentenza è qui citata nella traduzione italiana, eseguita dal nostro Ministero della giustizia.

² La doglianza formulata sotto il profilo dell’art. 13 CEDU – che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo, davanti ad un’istanza nazionale, per le violazioni dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla convenzione – non viene esaminata dalla Corte, perché già risolta in alcuni passaggi della sentenza, relativi, in particolare, agli artt. 3 e 5, par. 1 CEDU.

In questo caso, si tratta di una vicenda piuttosto complicata – come si evince dal *Ritenuto in fatto* della sentenza – articolata nell’ambito di due procedimenti penali, in cui il ricorrente è stato imputato, prima, per molestie alla sua ex compagna, resistenza a pubblico ufficiale e lesioni personali e, poi, per furto aggravato e, di nuovo, per resistenza a pubblico ufficiale.

Nel primo procedimento, egli è stato riconosciuto totalmente incapace di intendere e di volere, a causa di un disturbo di personalità e di un disturbo bipolare, aggravati dall’uso di sostanze psicoattive; in quanto ritenuto socialmente pericoloso, sono state disposte nei suoi confronti le misure di sicurezza del collocamento in R.E.M.S. – prima provvisorio, poi definitivo, con provvedimento rimasto lungamente ineseguito per indisponibilità di posti – e della libertà vigilata presso una comunità. Nel secondo procedimento, riconosciuto come semi-imputabile, per le stesse ragioni, egli è stato condannato a pena detentiva (diminuita), senza misura di sicurezza.

Pertanto, le condizioni della privazione di libertà, subita dal ricorrente, infermo di mente, in regime carcerario ordinario, in assenza di cure adeguate al suo stato di salute, vengono in considerazione, nel ricorso e nella sentenza della Corte EDU, non solo con riguardo alla prassi applicativa della misura di sicurezza, ma anche sotto il profilo dell’esecuzione della pena detentiva.

Rispetto alla violazione dell’art. 3 CEDU, denunciata dal ricorrente, la Corte ricostruisce, sulla base della propria precedente giurisprudenza, i criteri in base ai quali la detenzione di una persona malata può essere ritenuta conforme all’art. 3 CEDU, sottolineando – tra le altre cose – che “l’assenza di una strategia terapeutica globale per la cura di un detenuto affetto da disturbi mentali può costituire un «abbandono terapeutico» contrario all’articolo 3” (*Ritenuto in diritto* - punto 80) e che “qualora non sia possibile curare il detenuto nel luogo di detenzione, è necessario che quest’ultimo possa essere ricoverato o trasferito in un reparto specializzato” (*Ritenuto in diritto* - punto 81).

La violazione viene, dunque, riconosciuta nel caso di specie, dal momento che lo stato di salute mentale del ricorrente, all’esito di diverse perizie, era stato dichiarato incompatibile con la detenzione in un reparto carcerario ordinario, dove invece egli è rimasto per quasi due anni, durante i quali non ha beneficiato di un programma terapeutico adeguato alla sua patologia.

Con riguardo all’art. 5 CEDU – che riconosce il diritto alla libertà e alla sicurezza e che è posto a tutela dell’individuo contro privazioni arbitrarie della libertà –, il ricorrente lamentava la violazione del par.1 e del par. 5 dell’art. 5 CEDU. Tralasciando il profilo che attiene al par. 5 – riguardante il diritto ad una riparazione in caso di detenzione ‘arbitraria’, che la sentenza riconosce, comunque, come violato –, va segnalato, invece, che, nella verifica della regolarità della detenzione, sofferta dal ricorrente «in seguito alla condanna da parte di un tribunale competente» (art. 5, par.1, lett. a) CEDU)³, la Corte si spinge a considerare l’adeguatezza dell’ambiente in termini di cure mediche per una persona affetta da disturbi mentali; si tratta di un aspetto solitamente considerato solo in relazione all’art. 3 CEDU ed al par.1, lett. e) dello stesso art. 5 CEDU, che concerne la detenzione regolare di un infermo di mente. In particolare, riconoscendo come scopo legittimo della pena detentiva, accanto alla punizione e alla protezione della società, il progressivo reinserimento sociale delle persone condannate, la Corte – citando le proprie precedenti sentenze sui casi *Vinter e altri c. Regno Unito*⁴,

³ Il riferimento è alla condanna ad un anno e due mesi di reclusione ed al ripristino della custodia cautelare in carcere, per effetto dei quali il ricorrente è stato detenuto nel primo periodo considerato dalla Corte.

⁴ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito* (ricorsi nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10).

*Maiorano e altri c. Italia*⁵, *Mastromatteo c. Italia*⁶ – afferma che “l’assenza di cure adeguate potrebbe porre un problema dal punto di vista della lettera a) dell’articolo 5 § 1 quando un ricorrente detenuto regolarmente a seguito di condanna soffre di una patologia psichica talmente grave da impedirgli di comprendere l’obiettivo di reinserimento sociale perseguito dalla detenzione e di beneficiarne” (*Ritenuto in diritto* - punto 122). Questo stato di cose non viene riconosciuto nel caso oggetto di giudizio, dal momento che il ricorrente è sempre stato dichiarato capace di partecipare consapevolmente al processo; pertanto, si esclude che vi sia stata violazione dell’art. 5, par. 1, lett. a) CEDU.

Quanto alla valutazione concernente la regolarità della detenzione (in carcere) del ricorrente, con riferimento al periodo in cui essa è dipesa dal provvedimento che disponeva, nei suoi confronti, la misura di sicurezza del collocamento in R.E.M.S., rimasta lungamente ineseguita⁷, vengono, innanzitutto, in rilievo le tre condizioni che la Corte riconduce alla giurisprudenza *Winterwerp*⁸: disturbo accertato tramite perizia medica obiettiva; disturbo tale da legittimare l’internamento; validità del mantenimento in detenzione per la persistenza del disturbo mentale. Condizioni, tutte, sussistenti nel caso di specie.

È dal punto di vista del nesso tra il motivo che giustifica la privazione di libertà e il luogo e le condizioni della detenzione, per tutta la durata della misura di internamento, che viene riconosciuta la violazione del par. 1, lett. e) dell’art. 5 CEDU, perché – come la Corte ha sempre affermato – “la «detenzione» di un infermo di mente può essere considerata «regolare» soltanto se attuata in un ospedale, in una clinica o in un altro istituto appropriato” (*Ritenuto in diritto* - punto 133).

Alla tesi del Governo secondo cui l’ordinanza di collocamento in REMS avrebbe potuto giustificare il mantenimento in carcere del ricorrente, in quanto prevedeva una misura privativa della libertà, la Corte ribatte che la detenzione in ambiente penitenziario e il ricovero in REMS sono misure diverse per quanto riguarda le loro condizioni di applicazione, le loro modalità di esecuzione e lo scopo che esse perseguono.

Inoltre – e questo è un passaggio fondamentale – “la Corte rammenta che lo Stato è tenuto, nonostante i problemi logistici e finanziari, ad organizzare il proprio sistema penitenziario in modo da assicurare ai detenuti il rispetto della loro dignità umana. Anche se, in un primo tempo, un divario tra i posti disponibili e i posti necessari può essere considerato accettabile, il ritardo nell’ottenimento di un posto non può durare all’infinito ed è accettabile soltanto se debitamente giustificato. Le autorità devono dimostrare di non essere rimaste passive ed anche a fronte dei rifiuti delle strutture, per mancanza di posti disponibili, le autorità nazionali non hanno creato nuovi posti all’interno delle REMS e non hanno trovato un’altra soluzione. Spettava loro garantire al ricorrente la disponibilità di un posto in REMS o trovare una soluzione adeguata. La Corte non può quindi considerare che l’indisponibilità di posti fosse una valida giustificazione per mantenere il ricorrente in ambiente penitenziario” (*Ritenuto in diritto* - punto 135).

⁵ C. eur. dir. uomo, Sez. II, 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia* (ric. n. 28634/06).

⁶ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia* (ric. n. 37703/97).

⁷ Dal 6 ottobre 2017 – data in cui il G.I.P. stabiliva la misura di sicurezza provvisoria –, passando per il provvedimento definitivo, il ricorrente viene trasferito in R.E.M.S. solo il 27 luglio 2020, a seguito della misura cautelare disposta dalla Corte EDU ex art. 39 del Regolamento della Corte.

⁸ C. eur. dir. uomo, 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi* (ric. n. 6301/73).

E gli stessi argomenti vengono utilizzati, dalla Corte EDU, in ordine alla lamentata violazione dell'art. 34 CEDU, relativamente al ritardo (di trentacinque giorni), da parte dello Stato italiano, nell'attuazione della misura cautelare, con cui la stessa Corte – ai sensi dell'art. 39 del proprio Regolamento – aveva richiesto al governo convenuto l'immediato trasferimento del ricorrente in una R.E.M.S. o in altra struttura idonea alle condizioni di salute di quest'ultimo. Ritardo non giustificabile in ragione dell'indisponibilità di posti nelle R.E.M.S., con conseguente riconoscimento della violazione. Ciò significa che l'Italia, per dare esecuzione alla sentenza, qui in commento, dovrà aumentare il numero o la capienza delle R.E.M.S.?

Le sentenze della Corte EDU – com'è noto – hanno natura dichiarativa: esse non incidono direttamente nell'ordinamento dello Stato eventualmente condannato, ma fanno sorgere, in capo ad esso, una volta diventate definitive, l'obbligo di darvi esecuzione, sotto il controllo del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (art. 46 CEDU).

Ciò non significa soltanto ripristinare i diritti del ricorrente o, comunque, riconoscergli una riparazione di carattere pecuniario, come nel caso di specie. Quando le violazioni accertate dalla Corte non siano episodiche, ma siano – per così dire – strutturali e, dunque, destinate a ripresentarsi in altri casi, occorre anche rimuovere i motivi di contrasto dell'ordinamento interno con la CEDU.

Talvolta, la Corte EDU, pur riconoscendo che spetti allo Stato convenuto la scelta dei mezzi per adeguarsi alle sue sentenze, indica la necessità di adottare 'misure di carattere generale', a ciò destinate, talvolta 'suggerendole'. Lo ha fatto, ad esempio, nella celebre sentenza *Torreggiani ed altri c. Italia*, del 2013⁹, richiamando lo Stato italiano alla necessità di valorizzare le misure alternative alla detenzione e di limitare il ricorso alla custodia cautelare in carcere, per porre rimedio al sovraffollamento carcerario, riconosciuto in contrasto con l'art. 3 CEDU.

Analogamente è avvenuto nella sentenza *Strazimiri c. Albania*, del 21 gennaio 2020¹⁰, in cui la Corte EDU ha condannato lo Stato convenuto per violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione al trattenimento, presso un istituto penitenziario, di un soggetto, affetto da schizofrenia paranoica e socialmente pericoloso, per il quale il tribunale aveva disposto un trattamento medico obbligatorio presso un'istituzione (civile) sanitaria specializzata. In tal caso, la Corte, indicando allo Stato condannato la necessità di adottare misure di carattere generale per garantire condizioni di vita e cure adeguate alle persone nelle condizioni del ricorrente, ha espressamente affermato che lo Stato "dovrebbe creare un istituto appropriato, rinnovando le strutture esistenti o costruendo nuove strutture specializzate per ospitare persone come il richiedente al fine di migliorare le loro condizioni di vita" (*Ritenuto in diritto* – punto 149; t.d.a.), indicando anche le caratteristiche, gli scopi e i trattamenti a cui destinare le nuove strutture.

Come si evince dalla sentenza in esame, proprio la pronuncia sul caso *Strazimiri c. Albania* è stata richiamata dal ricorrente, per chiedere alla Corte "di ordinare al Governo di adottare ogni misura generale necessaria per garantire che i detenuti affetti da disturbi mentali, e destinatari della misura di sicurezza del ricovero in R.E.M.S., siano rapidamente trasferiti in tali strutture, in particolare aumentando notevolmente il numero di posti disponibili nel sistema delle R.E.M.S." (*Ritenuto in*

⁹ C. eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani ed altri c. Italia* (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10).

¹⁰ C. eur. dir. uomo, Sez. II, 21 gennaio 2020, *Strazimiri c. Albania* (ric. n. 34602/16).

diritto - punto 184). Ma questa richiesta viene espressamente disattesa dalla Corte EDU, affermando che “nello stato attuale, e alla luce delle informazioni fornite dalle parti, la Corte non ritiene necessario indicare delle misure generali che lo Stato dovrebbe adottare per l’esecuzione della presente sentenza” (*Ritenuto in diritto* - punto 186); essa si limita a sottolineare che i mezzi, liberamente scelti dallo Stato italiano, per dare esecuzione alla sentenza, debbano essere “compatibili” (*Ritenuto in diritto* - punto 185) con le conclusioni nella stessa contenute.

Dunque, al netto di strumentalizzazioni, verosimilmente prevedibili quanto poco auspicabili, con la sentenza *SY c. Italia*, del 24 gennaio 2022, la Corte EDU non ha richiesto all’Italia – pur essendo espressamente sollecitata in tal senso – un ampliamento del numero o della capienza delle R.E.M.S. Una tale soluzione snaturerebbe l’istituto delle R.E.M.S., riproponendo una logica di istituzionalizzazione di carattere neo-manicomiale. La Corte EDU ha posto a carico dello Stato italiano esclusivamente l’obbligo di adeguare le condizioni della privazione di libertà degli infermi di mente – potrebbe dirsi ‘a qualunque titolo’ disposta – alle loro condizioni di salute.

Un’ultima notazione: la sentenza in questione non è ancora definitiva, perché è stata pronunciata da una Camera, dunque, ai sensi dell’art. 44 CEDU, diverrà definitiva quando saranno trascorsi tre mesi dalla data della pronuncia, senza che le parti richiedano il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera (o se rinunciano a richiederlo o la richiesta viene respinta).



GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Sugli apporti di democrazia, liberalismo e solidarismo in materia di diritto penale*

ANTONIO CAVALIERE

ABSTRACT

This paper offers a quick overview on some current issues concerning the relationship between democracy, liberalism, Welfare state and Criminal law.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Democrazia e diritto penale. - 3. Principi ‘liberali’ e diritto penale. - 4. Alcuni nessi tra ideologie, principi e diritto penale. – 4.1. Legalità. – 4.2. Liberalismo - 4.2.1. Primato dell’essere umano. - 4.3. Eguaglianza formale e sostanziale.

1. Il titolo del mio intervento, in parte, inverte volutamente i termini del titolo del Convegno: cercherò, infatti, di contribuire alla discussione a partire da un diverso angolo visuale.

Il concreto esercizio del potere punitivo da parte di una pubblica autorità risale ad epoche arcaiche; e così pure un embrionale diritto penale, ossia un nucleo minimo di regole relative a quell’esercizio di potere. Ad esempio, una regola basilare era la legge del taglione. Quella ed altre norme erano talora sancite in testi sacri, come la Bibbia: ad esempio, “Non lascerai vivere gli stregoni”¹.

In rapporto al nostro tema, rilevano in particolare le regole circa le fonti del potere di punire. La filosofia greca distinse più modelli: governo di uno solo, di pochi (oligarchia) o dei migliori (aristocrazia), governo del popolo, cioè democrazia. Ed ancora, governo degli uomini *versus* governo delle leggi.

Ebbene, la regola tendenzialmente dominante nell’Europa continentale in epoca premoderna, dal Medioevo al tempo dei sovrani assoluti dei nascenti Stati nazionali, era quella per cui il *princeps* era *legibus solutus* e si trovava all’apice di un apparato di potere via via più ingarbugliato. A ciò corrispondeva una stratificazione di fonti del diritto di punire promananti dalle più diverse autorità: nella sua premessa “A chi legge”, Beccaria stigmatizza la compresenza degli “avanzi” del codice giustiniano con altre fonti, tra cui cita l’*opinio doctorum*, quella di Carpov, Claro o Farinaccio².

I dottori contribuivano a stabilire le *regulae iuris* ed in tal modo partecipavano, in funzione di legittimazione, all’esercizio del potere punitivo: emblematiche, in tal senso, le dottrine dei *crimina extraordinaria*, delle *poenae extraordinarie* e dei *crimina excepta*, attraverso cui si intendeva

* Testo, integrato con note essenziali, della relazione tenuta al XXII Encuentro de Profesoras/es de Derecho penal: “Aportaciones del derecho penal para la consolidación democrática”, a cura della Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP), Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

¹ *Esodo*, XXII.

² *Dei delitti e delle pene* (2^a ed., 1766), Milano 1973, “L’Autore a chi legge”.

legittimare il potere del giudice di creare *ad hoc* nuovi reati e pene - unendo in sé il potere di legiferare e quello di applicare le proprie leggi - e di creare ed applicare regole processuali *extra ordinem*³.

In quelle strutture ordinamentali, il potere deriva dall'alto, dalla 'maestà' umana, subordinata solo a quella divina, oppure anche – per esempio in Hobbes – del tutto *absoluta*, secolarizzata. Il *crimen laesae majestatis* è 'il' reato capitale. Mediante la pena di morte, lo "splendore dei supplizi"⁴ e l'arnese inquisitorio della tortura, il sovrano stritola la persona, che non può rivendicare alcun diritto inviolabile, neppure alla vita.

2. Le premesse teoriche per un diritto penale democratico vengono poste da Grozio ed altri esponenti del giusrazionalismo laico del Seicento, riprendendo schemi contrattualistici ed utilitaristici elaborati *in nuce* dai filosofi della democrazia ateniese⁵. La società umana si costituisce 'dal basso', ossia con un contratto tra esseri umani che nascono liberi ed eguali – come recita, ora, l'art.1 della Dichiarazione universale ONU del 1948 -; essi contraggono reciproche limitazioni delle libertà in vista di un utile, la serena e pacifica convivenza terrena.

Peraltro, sia il contrattualismo che l'utilitarismo possono orientarsi in direzioni diverse, che corrispondono a diverse gerarchie di valori: schematizzando, essi possono privilegiare l'individuo o, al contrario, la collettività organizzata in Stato. Il contrattualismo di Hobbes subordina l'individuo al sovrano assoluto attraverso il *pactum subjectionis*, con cui i consociati cedono ogni diritto al Leviatano e si riducono a suoi sudditi⁶. Invece, il contrattualismo di Locke⁷ e, successivamente, quello di Beccaria salvaguardano l'individuo, riconoscendogli la possibilità di rendere taluni diritti inalienabili al sovrano. Un tale contrattualismo si può considerare quale modello teorico della democrazia e, in specie, di una democrazia liberale: nel senso che l'individuo, parafrasando Beccaria, cede solo una porzione minima delle proprie libertà, quella che basti a garantirgli la tutela della restante parte⁸.

È da tali premesse contrattualistiche, unitamente ad un utilitarismo orientato al primato della persona, che derivano principi penalistici fondamentali, quali la proporzionalità, la sussidiarietà - o principio di *extrema ratio* – e, non ultima, la legittimità dell'intervento penale solo nei limiti della sua effettiva utilità per la tutela dei beni giuridici dei consociati (principio di effettività o 'idoneità')⁹.

Un apporto fondamentale del contrattualismo 'liberale' è il principio di legalità. Beccaria lo chiama "conseguenza" delle premesse teoriche appena illustrate: «La prima conseguenza di questi principi è che le sole leggi possono decretare le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale» (§ III).

³ S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, r.a. 1988, 18 ss., 36.

⁴ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino 1976, 25.

⁵ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I. *Antichità e medioevo* (2001), 3ª ed., Roma-Bari 2005, p.34 ss.

⁶ Th. HOBBS, *Leviatano* (1651), a cura di R. Santi, Milano 2001, Parte II, Cap. XVII, § 13 ss.; Cap. XVIII; Cap. XXI, § 5 ss.

⁷ J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, in *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, 3ª ed., Torino 1982, spec. capp.VIII, IX, XI, 297 ss.

⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., II.

⁹ In argomento, v. per tutti C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1990, 430 ss.

Il potere del legislatore scaturisce dalla sovranità popolare, secondo lo schema della democrazia rappresentativa, che si realizzerà storicamente solo più tardi, con il suffragio universale. Quel potere, a partire da Montesquieu, non solo è separato dai poteri esecutivo e giudiziario; ma questi ultimi sono subordinati alla legge. Solo la soggezione dell'esecutivo e del giudice alla legge garantisce la democrazia; l'esercizio di potere da parte di tali autorità non trova altra fonte di legittimazione democratica se non nelle leggi e, dunque, entro i limiti posti dalle stesse.

Perché le leggi penali possano davvero vincolare il giudice e l'esecutivo, condizione necessaria – seppure non sufficiente – è che esse siano chiare e precise. E perché possano dirsi davvero espressione e strumento della sovranità popolare, occorre che siano poche, contenute in un “libro pubblico”, il codice, e conoscibili da tutti, garantendo ai consociati quella libertà che scaturisce dalla certezza del diritto¹⁰.

Tutti quelli finora menzionati sono apporti teorici che pongono le premesse per un diritto penale conforme ad una democrazia liberale; se quelle premesse cadono, viene meno la stessa democrazia liberale. E ciò avviene tuttora, in forma occulta, laddove le leggi penali sono troppe ed oscure, sono talora poste dall'esecutivo, ed impera il ‘diritto vivente’, quello ‘creato’ dalla giurisprudenza.

3. Si fraintenderebbe l'elaborazione del giusrazionalismo laico ‘liberale’ e dell'Illuminismo, non solo penale, qualora si sostenesse – come pure è avvenuto - che essa comporta l'idea dell'onnipotenza assoluta del legislatore. Al contrario, quell'elaborazione mira a vincolare anche il legislatore a principî di proporzione, umanità delle pene, *extrema ratio* e così via. Lo stesso principio di legalità pone limiti pure al legislatore: basti pensare al corollario dell'irretroattività o a quello della precisione delle norme penali. Anche la separazione dei poteri, se da un lato comporta la soggezione dell'esecutivo e del giudice alla legge, dall'altro impedisce al sovrano di ergersi insieme a legislatore, giudice ed esecutore.

Tutto ciò tende a vincolare il sovrano ed in specie il potere punitivo, in funzione di garanzia delle libertà e dei diritti dell'uomo. Certamente, è solo con la teorizzazione e la formazione degli stati costituzionali e con il vincolo delle leggi ad una Costituzione che quell'elaborazione acquista vincolatività giuridica. Nelle Costituzioni democratiche, liberali e - ulteriore componente fondamentale su cui mi soffermerò più avanti - personalistico-solidaristiche, ossia da stato sociale, vengono sanciti diritti fondamentali della persona, anzitutto quali argini nei confronti dei poteri statuali, nonché principi penalistici che si impongono allo stesso legislatore e ad ogni “agenzia” (istituzionale) del potere punitivo¹¹, ossia alla magistratura ed all'esecutivo. Mi riferisco, oltre alla stretta legalità, a principi relativi a quali condotte possano punirsi, come il principio di offensività e quello di colpevolezza, *rectius* personalità della responsabilità penale; e ai principi concernenti contenuto e funzioni delle sanzioni penali, come il divieto di trattamenti inumani e il finalismo rieducativo.

Quelle Costituzioni mirano a vincolare in senso democratico e liberale, ma anche personalistico e solidaristico la legislazione penale e la prassi dell'esercizio del potere punitivo statale. Che, però, i

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., IV-V.

¹¹ Su tale opzione terminologica, v. E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires 2002, 7.

principi costituzionali operino effettivamente in tale senso dipende, a sua volta, da fattori politico-istituzionali, tra cui spicca la configurazione del controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi: efficacia *erga omnes* o per le sole parti; controllo diffuso o rimesso ad una Corte costituzionale; composizione della Corte, e così via. Ma ciò dipende pure, in maniera decisiva, dalla solidità della cultura dei principi e dei diritti, perché le Costituzioni vanno sempre ‘coltivate’ e difese da tendenze regressive.

4. I diritti umani e i principi costituzionali sono conquiste culturali, maturate storicamente a partire da esigenze concrete; non insovente proprio dall’esperienza della loro negazione attraverso la violenza esercitata da uomo a uomo. E le Costituzioni, come tutto il diritto, sono politica; rappresentano la formalizzazione di scelte politiche, secondo l’insegnamento di Sergio Moccia¹². Nel prosieguo, mi soffermerò su alcuni dei nessi tra ideologie politiche, principi costituzionali e diritto penale, prima sul piano del dover essere e poi della critica dell’esistente. Pur nella consapevolezza del dato per cui nelle moderne Costituzioni si intrecciano influenze culturali democratiche, liberali, personalistiche e solidaristiche - che incidono tutte, in varia misura, sul diritto penale - vorrei provare a considerare separatamente tali apporti, sia pure per brevi cenni.

4.1. Il principio democratico dovrebbe comportare, per il diritto penale, sul piano formale la stretta legalità, con i suoi noti corollari; sul piano sostanziale, tra l’altro, la necessità che le norme penali siano poste dalla maggioranza quanto più ampia dei consociati, all’esito di un dibattito pluralistico. Nei regimi autoritari, anche quando si conserva nella forma il principio di legalità - come avvenne in Italia con il codice Rocco del 1930 - lo si svuota di contenuto sopprimendo il pluralismo politico e reprimendo il dissenso.

In democrazia, rischi di tenuta sostanziale della legalità penale derivano non solo dall’emanazione di decreti governativi aventi forza di legge, ma anche dalle leggi elettorali, che possono trasformare artificialmente una minoranza in maggioranza parlamentare; come pure da una disciplina dei mezzi di comunicazione di massa che pregiudichi il pluralismo. Anche obblighi sovranazionali di punire possono risultare problematici sul piano della piena legittimazione democratica. In ogni caso, siffatti *deficit* di democrazia si riflettono negativamente sulla sostanza della legalità penale.

4.2. Un regime democratico può essere, tuttavia, almeno in parte illiberale: lo dimostrano tutte quelle democrazie, anche europee, in cui le minoranze vengono oppresse, negando loro diritti fondamentali. Per non parlare di quelle ‘democrazie’ che uccidono migliaia di persone in guerre e conflitti armati. Una democrazia illiberale può valersi pure della violazione della separazione dei poteri: un Parlamento che mini l’autonomia e l’indipendenza della magistratura dal potere esecutivo, ad esempio, mina al contempo le garanzie individuali, sottraendone la violazione al controllo giudiziale. In diritto penale, il carattere più o meno liberale di un ordinamento dipende fondamentalmente dal rapporto che viene instaurato tra i ‘due tagli’ della spada, di cui parlava von Liszt¹³: la tutela di

¹² S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli 1997, 9.

¹³ F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1882), Milano 1962, 46.

interessi individuali e superindividuali *mediante* il diritto penale e la garanzia di libertà e dignità della persona *dall'*intervento penale.

Il principio democratico della stretta legalità dovrebbe servire pure a far sì che il diritto penale sia *extrema ratio*, assicurando così il maggior spazio possibile alle libertà individuali¹⁴. Certamente, possiamo immaginare cosa accadrebbe se, ad esempio, oltre al danno provocato da singoli giudici che di fatto ‘legiferano’, si aggiungesse quello di ministri e sindaci che introducessero norme penali. Tuttavia, il principio di legalità non è sufficiente, da solo, a garantire l’*extrema ratio*; al contrario, l’ipertrofia della legislazione penale, avallata dal populismo, fa sì che, in molti stati democratici, ad essere ‘frammentario’ non sia il diritto penale, ma la libertà¹⁵.

Il diritto penale non dev’essere soltanto democratico, ma anche liberale: deve garantire i diritti dell’individuo dalle stesse maggioranze parlamentari democraticamente elette. In tal senso, i principi – sanciti o ricavabili in via ermeneutica da alcune Costituzioni - di sussidiarietà, materialità, offensività, personalità della responsabilità, proporzionalità delle sanzioni penali, sono garanzie della libertà individuale, dei diritti umani nei confronti del potere punitivo. Nella misura in cui tali principi non sono attuati nella legislazione e nella prassi dell’esercizio del potere punitivo, non può parlarsi di democrazie liberali compiute, neppure in Paesi che si proclamano ‘civili’, democratici e liberali.

In particolare, non possono essere punite condotte che costituiscano l’esercizio di libertà e diritti individuali fondamentali, come, ad esempio, quello di manifestare il proprio pensiero senza offendere altre persone. I reati di opinione sono una classica espressione di illiberalismo, presente anche in non poche democrazie. Inoltre, non possono essere punite condotte inoffensive di beni altrui, come il mendicare o il migrare¹⁶: una democrazia che, per asserite esigenze di ‘sicurezza’, punisce simili condotte è contraria allo stesso liberalismo politico - che è diverso dal (neo)liberismo economico! -, prima che a principi fondamentali di solidarietà sociale.

4.2.1. Un diritto penale, pur ‘democratico’, può essere tuttavia illiberale, allorché non garantisce il primato della persona sull’autorità. In tal senso, il liberalismo e quel ‘personalismo’ motivato da convinzioni religiose convergono, in un ordinamento laico e pluralista, nel senso dell’invulnerabilità di beni fondamentali della persona quali la vita e dignità. Mi riferisco al divieto assoluto ed inderogabile di pena di morte, di tortura e di trattamenti crudeli, inumani e degradanti.

L’argomentazione di Beccaria, secondo cui la pena di morte – prima ancora di valutarne l’utilità e la necessità – non è pena “giusta”, si fonda sul primato della persona sugli interessi superindividuali, per quanto egli lo vesta di giusrazionalismo, affermando che nessuno entra in un contratto sociale a costo della vita¹⁷. Nessun interesse della collettività può mai prevalere sulla vita umana al punto di legittimare la pena di morte; e lo stesso vale per tortura e trattamenti inumani.

Anche quegli ordinamenti democratici in cui, tuttora, si prevede e si pratica la pena di morte e in cui si pratica o addirittura si legittima, anche solo a determinate condizioni, la tortura, sono regimi

¹⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino 1973, 14-15.

¹⁵ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna 1990, 11 ss.

¹⁶ Sia consentito rinviare a A. CAVALIERE, *Punire per ottenere ‘sicurezza’: corsi e ricorsi di un’illusione repressiva e prospettive alternative*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20.4.2021, 1 ss.

¹⁷ C. BECCARIA, *op.cit.*, XVI.

illiberali e contrari al primato della persona. Tutto ciò vale per ogni essere umano. Non può esistere, in un ordinamento democratico, liberale e personalistico, un diritto penale d'eccezione per i 'nemici'¹⁸. L'art.1 della Costituzione tedesca è emblematico: nel dichiarare che la dignità del *Mensch*, dell'essere umano, è inviolabile, esso si pone quale baluardo contro il ritorno a regimi come quello nazionalsocialista, in cui ad alcuni esseri umani erano negati i diritti fondamentali in quanto non-persone – ad esempio, perché infermi di mente e quindi sopprimibili mediante 'eutanasia' – oppure non-ariani. I principî fondamentali del sistema penale, come legalità, offensività, personalità della responsabilità, e così via, devono valere allo stesso modo per ogni essere umano.

Sostenere, ad esempio, che per un terrorista non valga il principio di legalità significherebbe poterlo punire per fatti non preveduti come reato; negargli l'applicazione del principio di offensività comporterebbe il poterlo punire per meri atteggiamenti interiori; escluderlo dal principio di personalità della responsabilità penale equivarrebbe a poterlo punire per fatti altrui. E si potrebbe continuare con le garanzie processuali, arrivando a sostenere che una persona accusata di terrorismo non abbia diritto di difesa! Quei Paesi, pur sedicenti democratici, che violano tali principi, negando diritti e garanzie fondamentali a determinati 'tipi d'autore', sono illiberali ed in più violano un ulteriore principio fondamentale: l'eguaglianza. Eguaglianza dei diritti che, sul piano formale, è insita già nell'idea di democrazia, perché l'idea di contratto sociale presuppone, come ho ricordato, che tutti nascano liberi ed uguali in libertà e diritti.

4.3. Anche ad un diritto penale democratico, liberale, personalistico, può mancare un contrassegno essenziale. Mi riferisco al principio di eguaglianza in senso non solo formale, ma anche sostanziale, ed alla connessa idea di solidarietà sociale. Non basta la *liberté* e neppure l'*égalité* soltanto formale; occorrono eguaglianza sostanziale e *fraternité*.

Un classico argomento del Socialismo giuridico suona pressappoco così: a che cosa giova la libertà di contrarre, se non si hanno i soldi per acquistare alcunché¹⁹? Libertà ed uguaglianza, ma anche la stessa democrazia, richiedono interventi dei pubblici poteri volti a superare gli ostacoli di ordine economico, sociale, culturale che minano l'effettività del godimento dei diritti e della partecipazione, art.3 co.2 Cost. it.

La diseguaglianza sostanziale comporta *deficit* di istruzione, di formazione professionale ed opportunità lavorative, di risorse economiche e, in generale, di accesso a mezzi legali di realizzazione della persona. Una società che produce, in massa, povertà assoluta o relativa e disoccupazione, risulta inevitabilmente criminogena. E il diritto penale di uno stato solo 'liberale', che non intervenga con politiche pubbliche di redistribuzione della ricchezza, di pubblica istruzione e formazione, politiche

¹⁸ Ho sviluppato una critica alla teoria di G. Jakobs in A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI - R. ORLANDI, Bologna 2007, 265 ss.

¹⁹ In modo molto più sinteticamente esaustivo e brillante illustra tale problema G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (1932), *Studienausgabe*, § 8, 68: «Accanto all'individualismo liberale e a quello democratico si pone, però, anche quello sociale. Esso scaturì dalla critica all'eguaglianza politica e borghese a fronte della diseguaglianza sociale ed economica, che è l'essenza dell'individualismo "liberaldemocratico". Una tale uguaglianza giuridica formale significa occultamento ed aggravamento di una diseguaglianza sociale reale. [...] La libertà di contrarre, eguale per tutti, diviene per il possidente libertà di disporre, e per chi non possiede alcunché sottoposizione inerme all'altrui disposizione».

del lavoro e dei redditi, è necessariamente un diritto penale del privilegio²⁰, che finisce per riprodurre le disuguaglianze, punendo i poveri e i migranti.

È quanto avviene in molti sistemi ‘democratici’ neoliberisti, con l’ipercriminalizzazione che colpisce soprattutto soggetti marginali, autori di reati predatori o di condotte di piccola manovalanza all’interno di organizzazioni criminali: esse, proprio grazie a povertà e disuguaglianza, dispongono di un esercito di riserva che funge da carne da macello e da carceri del XXI secolo²¹. Il superamento dell’ideologia neoliberistica e la realizzazione di condizioni di giustizia sociale sono condizioni indispensabili perché possa invertirsi l’espansione ipertrofica e classista del diritto penale, tendendo verso un diritto penale dell’*extrema ratio*.

La necessità di promuovere l’eguaglianza sostanziale e la solidarietà sociale si coglie, infine, anche sul piano della funzione della pena. Uno stato non solo democratico e liberale, ma anche sociale concepisce la sanzione come strumento orientato al reinserimento della persona che delinque²²: la pena non può dunque servire a finalità di retribuzione, neutralizzazione o deterrenza. Ciò comporta, sul piano teorico e nell’esperienza concreta di quegli stati sociali di diritto che si orientano al finalismo rieducativo, la tensione verso la realizzazione di un sistema sanzionatorio che rinunci quanto più possibile alla pena detentiva, perché, come afferma Roxin, non si può aiutare una persona ad imparare a vivere pacificamente in libertà mediante la privazione della libertà²³.

Si tratta di valorizzare alternative alla pena detentiva, sostenute dai servizi sociali. Qualora non si possa fare a meno della pena detentiva, essa va comunque orientata al reinserimento sociale, tendendo a conservare il più possibile i legami sociali con il mondo esterno, riducendo al massimo gli effetti desocializzanti del carcere, offrendo opportunità di sostegno psicologico, istruzione, formazione professionale, e assistendo i condannati nella difficile fase postpenitenziaria.

Non sembrano esservi alternative, se non quella che abbiamo sotto gli occhi: l’ipertrofia penalistica, il sovraffollamento carcerario, la violazione quotidiana della dignità dei detenuti, insomma una pena che, anziché tentare di reinserirli, ne riproduce ed aggrava l’esclusione sociale.

²⁰ A. CAVALIERE, *Punire per ottenere ‘sicurezza’: corsi e ricorsi di un’illusione repressiva e prospettive alternative*, cit., par. 4.2.

²¹ A. CAVALIERE, *Neoliberismo e politica criminale repressiva*, in www.costituzionalismo.it, 1/2018, 125 ss.

²² S. MOCCIA, *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica* (1992), Montevideo – Buenos Aires 2003, 81 ss.

²³ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, (2ª ed., 1973), ora in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1998, 47.

Il “vuoto dei fini” nella detenzione carceraria dell'imputato

GIUSEPPE MARIA PALMIERI

ABSTRACT

Often, the concrete execution of preventive detention corresponds to the way of execution of final sentence. But there is a fundamental difference: in relation to preventive detention, it is not required, even formally, that it must be aimed at positive prevention purposes.

SOMMARIO: 1. Funzione della pena e detenzione carceraria dell'imputato. – 2. Alcune ipotesi emergenziali di carcerazione preventiva. – 3. L'assenza di finalità rieducative nell'espletamento della carcerazione preventiva. – 4. Il diritto di difesa dell'imputato detenuto. – 5. Il rischio della carcerazione preventiva come forma di punizione anticipata.

1. L'inviolabilità della libertà personale è affermata, all'interno del nostro ordinamento, tra i valori fondamentali della Carta costituzionale, su tutti, dall'art. 13 Cost.¹.

Tale previsione si pone come limite alla estrinsecazione di poteri autoritari da parte dello Stato nei confronti del singolo², in specie, con riferimento alle forme di detenzione. Alla luce delle molteplici forme di libertà che attengono alla vita e allo sviluppo della persona, contemplate nella nostra Carta costituzionale, che dunque afferiscono a diversi aspetti della vita, e che dunque, essendo richiamate espressamente, non rientrano nell'ambito della libertà personale ne consegue che con riferimento a quest'ultima sia da accogliere una accezione ristretta secondo cui, per libertà personale, debba intendersi «la libertà [del soggetto] da coercizioni fisiche o materiali»³.

Al secondo comma dell'art. 13 Cost., nella parte in cui prevede che «non è ammessa forma alcuna di detenzione (...) né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge», vengono affermate, sia, da un lato, la possibilità derogatoria rispetto alla regola della inviolabilità - di cui al primo comma - sia, dall'altro, per tali ipotesi derogatorie, il principio di doppia riserva, di legge e di giurisdizione⁴. Le garanzie affermate al secondo comma dell'art.13 Cost. assumono particolare rilievo laddove riferite alle restrizioni della libertà personale di natura detentiva; sia con riferimento alla detenzione disposta a seguito di sentenza di condanna passata in giudicato, dunque di esecuzione della pena, sia con riferimento alla detenzione dell'imputato/indagato, ancora 'in attesa di giudizio'.

¹ Sul tema, per tutti in questa sede, V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano 1976, *passim*, 1 ss.; ID., *Libertà personale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma 1996, 5 ss.; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1967, 5 ss.

² V. GREVI, *Libertà personale*, cit., 3.

³ Per tutti, V. GREVI, *Libertà personale*, cit., 4.

⁴ V. GREVI, *Libertà personale*, cit., 5-6 ss.

Se non fosse presente nel nostro ordinamento l'ultimo comma dell'art. 13 Cost., in cui viene esplicitamente menzionata l'ipotesi della carcerazione preventiva, risulterebbero fondati i dubbi di legittimità di tale forma di restrizione della libertà personale⁵. Il riferimento è all'ormai consolidata acquisizione secondo cui l'aggressione alla libertà personale derivante dall'uso dello strumento penale – in osservanza della griglia di principi affermati a livello costituzionale, tra gli altri, dagli artt. 2, 3, 13, 19, 21, 25 co. 2, 27 co. 1, 3 –, può ritenersi legittima esclusivamente in presenza di una offesa ad un bene costituzionalmente protetto, di rilievo equiparabile alla libertà personale stessa⁶.

Per di più, a differenza della esecuzione della pena, in cui la restrizione di libertà risulta fondata sulle finalità di prevenzione positiva, generale e speciale, costituzionalmente previste⁷, un motivo di perplessità riguardo alla carcerazione preventiva ha ad oggetto il cosiddetto 'vuoto dei fini'⁸. Se con riferimento alle finalità perseguibili mediante l'esecuzione della pena, infatti, l'intero impianto costituzionale – su tutti, in maniera espressa l'art. 27 co. 3 –, fornisce utili e vincolanti strumenti di orientamento⁹, lo stesso non può dirsi con riferimento alla restrizione della libertà personale derivante da carcerazione preventiva¹⁰.

L'unico riferimento normativo a tal riguardo risulta ricavabile dall'art. 27 co. 2 Cost. mediante il quale, con l'affermazione del principio della presunzione di non colpevolezza fino a condanna definitiva, dovrebbe essere escluso che l'imputato possa essere sottoposto a misura di custodia cautelare in carcere per finalità di anticipazione della pena¹¹. Con riferimento alle modalità mediante cui può considerarsi legittimo che si espliciti la detenzione preventiva, il quarto comma dell'art. 13 Cost. afferma che «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». E tale esigenza di garanzia trova rispondenza, con riferimento ai detenuti condannati, nel divieto di trattamenti contrari al senso di umanità delle pene, disposto dall'art. 27 co. 3 Cost.

⁵ Sulla tutela della libertà personale in un'ottica di strumento di riferimento per la elaborazione di un sistema penale conforme a Costituzione, per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, XIX, Torino 1974, 7 ss., 15, secondo cui «è indubbio che la Costituzione attribuisca un valore preminente alla libertà personale. (...) Ne consegue che la massima restrizione della libertà personale, qual è quella che si opera tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come *extrema ratio*»; S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, *passim*, 32 ss.;

⁶ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 15-16; tra i lavori di S. MOCCIA, si veda, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 173 ss.; ID., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA-G. INSOLERA Milano 1998, 133 ss.

⁷ Per tutti, S. MOCCIA *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 83 ss.

⁸ Si veda, V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 24 ss.; G. RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, in AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di V. GREVI, Padova 1989, 17 ss., 27 ss.

⁹ Per tutti, sulla funzione della pena in termini di integrazione sociale, v., S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., *passim*, 83 ss., 109 ss.

¹⁰ Si vedano, sul tema, i contributi di V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 19 ss.; P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano 2015, 1 ss.; G. RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, cit. 27 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997, 152 ss.

¹¹ Per tutti, V. GREVI, *Libertà personale*, cit., 7; sul tema della sostanziale equiparazione di trattamento tra custodia cautelare in carcere e esecuzione della pena, v. *infra*, par. 4.

Per quanto riguarda più specifiche prescrizioni in merito ai tempi, alle modalità e ai contenuti della carcerazione preventiva, queste sono rimesse alla legislazione ordinaria.

2. Com'è noto, le condizioni di applicabilità della carcerazione preventiva sono disciplinate dagli artt. 272 ss. c.p.p., e sono rappresentate, sul piano oggettivo – del *fumus commissi delicti* –, dalla sussistenza, quantomeno, di indizi gravi, precisi e concordanti, e sul piano individuale – del *periculum libertatis* –, dai pericoli di inquinamento della prova, di fuga dell'imputato, e della commissione di delitti gravi o della stessa specie di quello per cui si procede.

All'art. 275 c.p.p. è affermato che il giudice, che decida di applicare una misura cautelare personale, prima di decidere per la custodia in carcere, debba osservare i criteri di adeguatezza (riguardo al rapporto tra misura da adottare ed esigenze cautelari da soddisfare), e proporzionalità (tra misura da adottare ed entità del fatto per cui si procede), entrambi da valutare nel rispetto del principio di gradualità, secondo cui è sempre da adottare la misura che, nel soddisfacimento delle specifiche esigenze cautelari, risulti meno gravosa per il destinatario¹². Ne deriva, in un'ottica equiparabile alla sussidiarietà penale ricavabile dall'intero impianto costituzionale¹³, che la restrizione della libertà personale derivante dalla detenzione carceraria, in conformità con quanto dispone il terzo comma dell'art. 275 c.p.p., potrà trovare applicazione soltanto come *extrema ratio*, nei casi in cui ogni altra misura risulti inadeguata¹⁴.

Tuttavia, sebbene tali indicazioni appaiano, *prima facie*, in linea con le indicazioni costituzionali ed, in specie, osservanti del valore della presunzione di non colpevolezza, a causa di politiche

¹² Per tutti, V. GREVI, *Libertà personale*, cit., 1 ss.

¹³ Sul principio di sussidiarietà in diritto penale, in un'ottica di restrizione della libertà personale come *extrema ratio* dell'ordinamento, senza pretese di esaustività, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 215 ss.; A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss.; ID., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, *passim*; ID., *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III, 2, 247 ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano 1984, 101 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di DE ACUTIS-PALUMBARINI, Atti del convegno, Abano Terme, 10-12 dicembre 1982, Padova 1984, 3 ss., ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano 1997, 1475 ss.; L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Crit. dir.*, 2001, 44 ss.; sulla necessità dell'osservanza di tale principio, già U. GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres*, 1625, Lausannae 1751-1752, lib. 2, cap. XX, tit. XX, num. 10; W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechts Gutslehre*, in AA. VV., *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kauffmann zum 65 Geburtstag*, a cura di PHILLIPS-SCHOLLER, Heidelberg, 1989, 85 ss.; ID., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz*, in *NZSt*, 1989, 553 ss.; ID., *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München 1981, *passim*; per S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pp. 174 ss., 185 ss., in un ordinamento finalizzato a garantire 'una pacifica e libera coesistenza tra i consociati, in libertà', la sussidiarietà si impone come principio cardine, costituzionalmente fondato; ID., *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in AA. VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di ID., Napoli 2002, 123 ss.; C. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985; M. PAVARINI, *Il grottesco della penologia contemporanea*, in AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI-G. PALUMBARINI, Roma, 2002, 255 ss.; ID., *La penalistica civile e la criminologia. Ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in AA.VV., *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASIA-M. PALMA, Milano 2001, 80 ss.; ID., *Per un diritto penale minimo: "in the books" o "in the facts"?* discutendo con Luigi Ferrajoli, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, 3, 124 ss.; C. ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966, III, 37, afferma che, «la giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male»; ID., *Politica criminale e sistema di diritto penale*, Napoli 1998, 37 ss.; ID., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 3 ss.; K. VOLK, *Sistema penale e diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di MOCCIA, Napoli 2002, 93 ss., 103 ss.

¹⁴ Sul tema, per tutti, V. GREVI, *Libertà personale*, cit., 12 ss.

“dell'emergenza”¹⁵, con riferimento a categorie di delitti connessi con un elevato grado di allarme sociale, e dunque con presunte esigenze di difesa della collettività¹⁶, sono state introdotte una molteplicità di deroghe al principio di gradualità¹⁷.

In relazione ad alcune forme di criminalità ritenute in particolar modo allarmanti, in specie, associazioni sovversive, di cui all'art. 270 c.p., associazioni con finalità di terrorismo, anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, di cui all'art. 270 *bis* c.p., e associazioni di tipo mafioso, anche straniere, di cui all'art. 416 *bis* c.p., l'art. 275 co. 3 c.p.p. prevede che venga applicata la custodia cautelare in carcere, «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari». Ancora, l'art. 275 co. 3 seconda parte prevede che, quando sussistano gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e *quater* c.p.p. (delitti per i quali è prevista la legittimazione investigativa della Procura Distrettuale Antimafia), nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575 (omicidio volontario), 600 *bis* co. 1 (prostituzione minorile), 600 *ter* (pornografia minorile, con esclusione della offerta o cessione ad altri, anche a titolo gratuito, del materiale pornografico, di cui al quarto comma), 600 *quinqüies* (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile) e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti ivi contemplate, 609 *bis* (violenza sessuale), 609 *quater* (atti sessuali con minorenne), e 609 *octies* (violenza sessuale di gruppo) c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure»¹⁸.

Con riferimento a tali prescrizioni, si assiste ad una presunzione di necessità ed adeguatezza della custodia cautelare in carcere¹⁹. Nel primo caso, è stato osservato²⁰, ogni qual volta sussista la condizione della gravità indiziaria, viene presunta, in via legislativa, la adeguatezza della detenzione carceraria, senza la possibilità di valutare la adeguatezza di altre, meno incisive, restrizioni cautelari. In altro modo, per il secondo gruppo di fattispecie, a seguito delle sentenze costituzionali n. 265 del 2010²¹ e n. 213 del 2013²², in maniera più conforme a gradualità, è prevista una presunzione meno stringente di adeguatezza della carcerazione preventiva, laddove quest'ultima potrà escludersi – oltre che nei casi in cui emerga la insussistenza di esigenze cautelari – qualora, in relazione al caso

¹⁵ Sul tema della legislazione penale “dell'emergenza”, per tutti, in questa sede, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., *passim*, 1 ss.; con specifico riferimento al tema che ci occupa, V. GREVI, *Libertà personale*, cit., 13 ss.

¹⁶ Sulla legislazione penale utilizzata come *slogan* propagandistico e ansiolitico per le paure dei consociati, v., per tutti, A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano 1990, 94 ss.; W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz*, in *NStZ*, 1989, 553 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale piegato al consenso*, in *Il Mattino*, 22 maggio 2015.

¹⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 143 ss.

¹⁸ Art. 275 co. 3 c.p.p.

¹⁹ Sul tema, per tutti, il recente ed esaustivo contributo di K. LA REGINA, *Misure cautelari. La presunzione di adeguatezza*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma 2012, 1 ss., 2.

²⁰ K. LA REGINA, *Misure cautelari. La presunzione di adeguatezza*, cit., 2 ss.

²¹ V., Corte cost. n. 265 del 2010 in *Gazz. Uff.*, 28 luglio 2010.

²² V., Corte cost. n. 231 del 2013, in *Gazz. Uff.*, 24 luglio 2013.

concreto, emerga che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte dalla applicazione di misure meno incisive della libertà personale²³.

A fronte di tale disciplina, ferma restando la irragionevolezza della originaria equiparazione di trattamento per i due differenti gruppi di reati, permangono le perplessità riferite alla presunzione legislativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.

Con riferimento al secondo gruppo di ipotesi, infatti, si assiste ad una disciplina speciale che, seppur oramai caratterizzata da una “presunzione di adeguatezza” che, osservante del principio del “minore sacrificio necessario”, può definirsi relativa, risulta in egual modo ingiustificata²⁴. Con riferimento alla disciplina prevista per il primo gruppo di ipotesi di reati, ancor più, risultano fondati ed attuali i dubbi di conformità a Costituzione, sorti già nel 1991, quando, con legge n. 203, con riferimento alla fattispecie di “Associazione di tipo mafioso” di cui all’art. 416 *bis* c.p., fu introdotta la presunzione relativa di esigenza detentiva. A tal riguardo, si assiste ad una inversione dell’ordine della prova che è stata considerata «sospetta sotto il profilo della conformità alla presunzione costituzionale di non colpevolezza»²⁵. Dal momento che la custodia cautelare in carcere presenta la medesima aggressività alla libertà personale che è propria della sanzione penale detentiva, essa dovrebbe essere considerata, in conformità al principio penalistico della *extrema ratio*, un male necessario²⁶.

Al riguardo, risulta sempre illuminante l’insegnamento di Roxin secondo cui, laddove il male inflitto superi il limite della necessità, resta soltanto il male²⁷. «La privazione della libertà, essendo una pena, non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcerazione preventiva è dunque la semplice custodia di un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia, essendo essenzialmente penosa, deve durare il minimo tempo possibile e deve essere il meno dura che si possa, (...) e non può essere che necessaria per impedire la fuga o per non occultare la prova dei delitti»²⁸. La vigente disciplina della carcerazione preventiva, in altro modo, assume indefiniti profili di prevenzione negativa ed, insieme con le disfunzioni che sovente caratterizzano le vicende processuali, finisce con il rispondere a mere esigenze di soddisfacimento delle ansie della collettività, allontanandosi da una legittima restrizione della libertà personale, coerente con i valori fondamentali sanciti in Costituzione²⁹.

3. Il passaggio in giudicato della sentenza di condanna segna la conclusione di una fase di detenzione cautelare ed il principio di una fase di detenzione esecutiva della pena; il passaggio da una fase che dovrebbe essere improntata all’osservanza del principio di non colpevolezza, ad un’altra fase in cui tale presunzione viene meno con l’affermazione della responsabilità penale dell’imputato.

²³ Sulla irragionevolezza della originaria equiparazione di trattamento cautelare tra i reati appartenenti ai due differenti gruppi disciplinati dal terzo comma dell’art. 275 c.p.p., v., per tutti, v., K. LA REGINA, *Misure cautelari. La presunzione di adeguatezza*, cit., 2 ss.

²⁴ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 143 ss.; K. LA REGINA, *Misure cautelari. La presunzione di adeguatezza*, cit., 1 ss.

²⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 152-153.

²⁶ Sul principio di sussidiarietà, v., *supra* nota n. 14; in questa sede, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 153.

²⁷ C. ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966, III, 37.

²⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, Milano 1991, ed. 2003, 68.

²⁹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 153.

Eppure, sovente le modalità mediante cui si espleta la detenzione dell'imputato non si discostano di molto dalle modalità previste per il trattamento detentivo del condannato. Ancor più, in maniera paradossale, l'assenza di finalità rieducativa nei confronti dell'imputato rende il relativo trattamento ancor più mortificante rispetto al trattamento, risocializzante, destinato alla fase esecutiva della pena³⁰.

L'assenza di finalità rieducativa nell'ambito della custodia cautelare in carcere si impone in osservanza della presunzione di non colpevolezza³¹ e, pertanto, il relativo regime di detenzione potrà risultare orientato, al più, alla non ulteriore desocializzazione – connessa con i sistemi detentivi – ed alla riduzione al minimo della afflittività di tale forma di restrizione della libertà³².

Al di là di tali considerazioni, e nonostante il dato secondo cui circa la metà della popolazione carceraria è costituita da persone non condannate in via definitiva, la disciplina generale contenuta nell'ordinamento penitenziario del 1975, fatte salve alcune specifiche precisazioni, non prevede sostanziali differenze di trattamento tra le due categorie, di condannati ed imputati, e si riferisce, in maniera indistinta, a tutti i “detenuti”³³. E tale dato introduce la sostanziale, problematica, equiparazione tra regime esecutivo della pena e custodia cautelare in carcere³⁴.

Tutti i detenuti, condannati o imputati, devono risultare destinatari di un trattamento penitenziario che sia conforme ad umanità e che assicuri il rispetto della dignità della persona.

«Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose. Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari»³⁵.

All'art. 14 co. 3 o.p. è prevista, nell'ambito dello stesso istituto, la separazione tra imputati e condannati, ma si tratta di una prescrizione che non trova riscontro nella realtà a fronte della concreta modalità di espletamento della detenzione, anche per via della ben nota problematica del sovraffollamento all'interno delle carceri³⁶. La mera programmaticità di tale prescrizione emerge anche dall'art. 6 co. 4 o.p. laddove, quest'ultimo, nel prevedere che all'imputato debba essere

³⁰ A tal riguardo, P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 376, evidenzia come, «paradossalmente, in questo contesto, la previsione di non dover rieducare gli imputati detenuti – in ossequio al principio costituzionale di non colpevolezza – funge quasi da freno (e certamente da alibi) rispetto alla possibile adozione di soluzioni rivolte a rendere più umana la carcerazione dell'imputato».

³¹ L'espresso, relativo, riferimento normativo è rinvenibile nell'art. 1 co. 5,6 o.p., in cui viene affermato che «il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli fino alla condanna definitiva [e che, di conseguenza], non deve essere attuato nei loro confronti alcun trattamento rieducativo che tenda al reinserimento sociale degli stessi»; ed in senso conforme dispone l'art. 1 del relativo regolamento esecutivo, D.P.R. n. 230 del 2000, in *Gazz. Uff.*, n. 195 del 2000, suppl. ord.

³² In tal senso l'art. 277 c.p.p., che, colmando il cosiddetto vuoto dei fini di livello costituzionale, prevede che «Le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto»; per tutti, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 152 ss.

³³ P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 372.

³⁴ P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 372 ss.

³⁵ Art. 1, o.p., l. 354 del 1975 agg., in *Gazz. Uff.*, 23.04.2015 n. 94.

³⁶ Sul tema, v., il recente contributo di G. Torrente, *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in *Dir. pen. cont.*, 27.10.2016, 1 ss.

garantito il pernottamento in camere ad un posto, sancisce anche la realistica eccezione secondo cui tale regola trova applicazione «a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta».

4. Nei confronti dell'imputato detenuto deve essere osservato il principio di presunzione di non colpevolezza, e di conseguenza garantita la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa – *ex art. 24 Cost.* –, sia pur dall'interno della struttura detentiva. Fin dal primo momento della inflizione della misura, infatti, è previsto che copia della relativa ordinanza sia consegnata all'imputato e notificata al difensore, d'ufficio o di fiducia, così che da questo momento decorra il termine di dieci giorni per la richiesta di riesame³⁷. Riguardo alla nomina del difensore, la legge prevede che, qualora non vi provveda l'imputato detenuto, tale facoltà possa essere esercitata dai prossimi congiunti (art. 96 co. 3 c.p.p.), finché non vi provveda direttamente il detenuto, al quale è messo a disposizione un albo degli avvocati da consultare liberamente, senza subire condizionamenti (art. 25 disp. att. c.p.p.). Ogni ulteriore notificazione è eseguita nel luogo di detenzione mediante consegna di copia alla persona destinataria.

L'imputato detenuto ha il diritto di presenziare alle udienze del processo che lo riguardano, ed a tal riguardo, i giudici di legittimità hanno di recente affermato che, qualora l'imputato sia detenuto o comunque sottoposto a limitazione della libertà personale che non gli consenta la presenza in udienza, il giudice, in qualunque modo e in qualunque tempo venga a conoscenza dello stato di restrizione della libertà, deve d'ufficio rinviare il processo ad una nuova udienza e disporre la traduzione dell'imputato, salvo il rifiuto dello stesso di assistere all'udienza (*ex art. 420-quinquies*)³⁸.

Anche la disciplina dei colloqui con il difensore risulta osservante del diritto di difesa; la legge prevede, infatti, che l'imputato detenuto «ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio della esecuzione della misura»³⁹, e che il difensore «ha il diritto di accedere ai luoghi in cui la persona si trova custodita»⁴⁰.

Al di là della disciplina interna alla struttura destinata a regolare il buon andamento della vita penitenziaria, non sussistono limiti di tipo quantitativo ai colloqui tra imputato detenuto e difensore; la struttura destina appositi locali a tale attività (art. 36 co. 6 reg. es.), e i colloqui si svolgono «sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia» (art. 18 co. o.p.). Ai sensi dell'art. 103 c.p.p., i colloqui non possono essere intercettati. Tali previsioni, relative agli incontri con il difensore risultano garantite, oramai, anche dalla disciplina in materia di regimi di particolare restrizione della libertà.

All'art. 14 *quater* o.p. è previsto che «le restrizioni [di cui al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14 bis* o.p.] non possono riguardare [tra l'altro] i colloqui con i difensori»; e la parte dell'art. 41 *bis* o.p. in cui venivano previste limitazioni in materia è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza costituzionale n. 143 del 2013, che afferma espressamente che «per il modo in cui sono

³⁷ Art. 309 c.p.p.

³⁸ Cass. pen., sez. III n. 38790 del 24 settembre 2015, in www.cortedicassazione.it.

³⁹ Art. 104 c.p.p.

⁴⁰ Art. 36 disp. att. c.p.p.

consegnate, [tali restrizioni] si traducono in un *vulnus* del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall'articolo 24 co. 2 della Costituzione»⁴¹.

Una differenza di trattamento tra imputati e condannati risulta prevista in materia di colloqui e possibilità di comunicazione con il coniuge e con gli altri familiari.

Infatti, al di là delle eventuali modalità e restrizioni previste dagli articoli 18 *bis* e 18 *ter* o.p., all'art. 18 o.p. è previsto che «per gli imputati, i permessi di colloquio con i congiunti e con le altre persone, fino alla sentenza di primo grado, sono di competenza dell'autorità giudiziaria. Dopo la pronuncia della sentenza di primo grado i permessi di colloquio sono di competenza del direttore dell'istituto», e da questo momento in poi viene meno la differenza della relativa disciplina tra imputati e condannati.

5. Come anticipato, dal punto di vista delle effettive modalità di espletamento, la privazione di libertà derivante dalla custodia preventiva non differisce di molto dalla esecuzione della pena, e tale considerazione emerge a livello legislativo, anche laddove è previsto, dall'art. 137 c.p., che la carcerazione sofferta per fini cautelari si detragga dalla esecuzione della pena detentiva conseguente alla condanna passata in giudicato; la Corte costituzionale, con sentenza n. 310 del 1996, ha anche riconosciuto la riparabilità della custodia cautelare in carcere alla stregua della ingiusta detenzione subita a causa dell'erroneo ordine di esecuzione⁴².

Con riferimento alle finalità, come detto, all'imputato detenuto, presuntivamente non colpevole, non può destinarsi alcun trattamento risocializzante. L'art. 1 co. 1 reg. es. prevede che il trattamento degli imputati sottoposti a misure privative della libertà debba consistere nell'offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali. Da parte dell'istituto sussiste l'obbligo di presentare tale offerta, ma da parte del detenuto sussiste la facoltà anche di non accettarla.

In tale ambito, rileva l'art. 15 o.p. secondo cui «gli imputati sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa o di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica». L'imputato detenuto, inoltre, ha la possibilità di essere seguito da operatori penitenziari e/o assistenti volontari al fine di ricevere «sostegno morale» (art. 78 o.p.), nonché di partecipare a programmi terapeutici o di trattamento educativo-sociale (art. 23 co. ult. o.p.). A tal proposito emergono le possibilità di incontro e confronto con esperti di psicologia di cui all'art. 80 co. 4 o.p., nonché l'opportunità di svolgere «attività artigianali, intellettuali, o artistiche» (artt. 20 co. 14 o.p. e 51 co. 2 reg. esec.).

In buona sostanza, le previsioni descritte, riferite all'imputato detenuto, possono considerarsi equivalenti alle istanze di prevenzione speciale positive connesse con la finalità della non ulteriore desocializzazione; tuttavia, la “buona condotta” tenuta dal condannato può portare benefici sul piano della durata della sanzione, ma lo stesso non vale nei confronti dell'imputato detenuto che, seppure

⁴¹ Sul tema, si veda, V. MANES-V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamenti dei diritti fondamentali. Note a Corte cost., n. 143 del 17 giugno 2013 (dep. 20 giugno 2013)*, in *Dir. pen. cont.*, 4/13, 336 ss.

⁴² Corte cost. n. 310 del 1996, in www.cortecostituzionale.it.

distintosi per una apprezzabile partecipazione alle su descritte attività⁴³, non potrà che beneficiare di una nota positiva o di un encomio a “futura memoria”⁴⁴.

Sul piano della mortificazione della libertà personale derivante dalla custodia cautelare in carcere, è stato osservato che questa, come la pena, è «un male necessario, se però limitata dalla stessa necessità. [Ma tuttavia,] in realtà (...), sembra che oggi la carcerazione cautelare finisca sovente per costituire un rozzo e superficiale rimedio alle disfunzioni e alle lungaggini processuali, assumendo su di sé finalità di intimidazione-retribuzione che la stravolgono»⁴⁵, e mediante le quali si persegue, di fatto, una mera anticipazione della esecuzione della pena.

A riguardo della sostanziale analogia di trattamento tra custodia cautelare in carcere e esecuzione della pena, è stato osservato che la carcerazione preventiva, insieme con la spettacolarizzazione e la diffusione mediatica dei processi, in un tempo precedente rispetto alla eventuale sentenza definitiva di condanna, «ha ormai preso il posto della pena quale sanzione primaria del delitto, o più precisamente, del sospetto di delitto», ed in carcere sono più numerosi i detenuti imputati rispetto ai condannati⁴⁶.

La stigmatizzazione derivante dalla custodia cautelare sovente svolge un ruolo di punizione anticipata; «è oramai indubitabile che la sanzione più temibile nella maggior parte dei processi penali non è la pena, ma la pubblica diffamazione dell'imputato, che ne offende irreparabilmente non solo l'onorabilità ma anche le condizioni e le prospettive di vita e di lavoro»⁴⁷. È stato osservato che un tale sistema di privazione preventiva della libertà personale trasforma il diritto e il processo penale da strumenti di prevenzione positiva per fatti già commessi, in strumento finalizzato a fronteggiare il «mero sospetto di reati commessi ma non provati o il mero pericolo di reati futuri»⁴⁸.

Di conseguenza è stata sostenuta la irrazionalità ed inaccogliabilità della privazione della libertà personale per motivi cautelari, in specie in relazione al pericolo di commissione di futuri reati da parte dell'imputato, laddove, è stato osservato, tale presupposto cautelare si pone in antitesi con il principio di presunzione di non colpevolezza⁴⁹.

La “rassegnata legittimazione” della carcerazione preventiva, sia pur per motivi di stretta necessità – che nel nostro ordinamento sono stati, come visto, ampiamente derogati dalla legislazione dell'emergenza –, ha portato alla introduzione della stessa, a livello costituzionale e di legge ordinaria, in tutti gli ordinamenti europei, «fino a raggiungere le ben note dimensioni patologiche odierne»⁵⁰. «La perversione più grave dell'istituto (...) è stata la sua mutazione da strumento esclusivamente processuale, finalizzato alle strette finalità istruttorie, in strumento di prevenzione e difesa sociale. (...) un simile argomento facendo pesare sull'imputato una presunzione di pericolosità basata unicamente sul sospetto del commesso reato equivale di fatto a una presunzione di colpevolezza, (...)

⁴³ V., art. 76 reg. es., D.P.R. n. 230 del 2000, in *Gazz. Uff.*, n. 195 del 2000.

⁴⁴ V., P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 404.

⁴⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 153.

⁴⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 1989, 336.

⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 761; in senso conforme, M. NOBILI, *Verso un nuovo garantismo*, cit., 240 ss., 248 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 159 ss.

⁴⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 79.

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 563.

⁵⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 563.

ed assegna alla carcerazione preventiva le medesime finalità, oltre che lo stesso contenuto afflittivo della pena»⁵¹.

A fronte di tali riflessioni, non manca chi sostiene la irrazionalità, e dunque la necessaria abolizione della carcerazione cautelare, «pena la riduzione della presunzione di innocenza di cui all'art. 27 co. 2 Cost., a inutile orpello»⁵². In tale ottica, è stato sostenuto, mediante l'abbandono di tale meccanismo – di presunzione di colpevolezza – il processo penale potrebbe legittimamente svolgere il proprio ruolo, non di tutela delle maggioranze, quanto piuttosto di garanzia per i singoli cittadini che, seppur imputati, debbono continuare ad essere considerati innocenti fino a prova contraria⁵³. «Rientra nella responsabilità intellettuale e politica dei giuristi e dei legislatori difendere e consolidare i valori di ragione, di tolleranza e di libertà che sono alla base di quella conquista di civiltà che è la presunzione di innocenza»⁵⁴.

L'aggressione ad un bene tanto rilevante qual è la libertà personale può giustificarsi soltanto all'esito di un bilanciamento tra i differenti interessi in conflitto – la tutela della libertà personale da un lato, e le codificate finalità cautelari dell'amministrazione della giustizia e della difesa sociale dall'altro – in cui il valore costituzionale della presunzione di non colpevolezza svolga il ruolo di «parametro assiologico privilegiato». (...) «Il criterio regolativo della misura dev'essere quello della stretta necessità»⁵⁵, da accertare in relazione ad ogni singolo caso concreto⁵⁶. «Se i diritti dell'individuo, che sono essenziali in un ordinamento ispirato ai principi dello Stato sociale di diritto, vengono, invece, visti come un possibile intralcio ad un'amministrazione efficiente della giustizia, è lo stesso ordinamento giuridico a venire in discussione. Le garanzie individuali, quali limiti e condizioni di controllabilità del potere coercitivo, sono esse stesse le garanzie fondamentali nel rapporto tra autorità e libertà e tali permangono, a prescindere dalle qualità personali o, meglio, criminali del singolo individuo in questione»⁵⁷.

Pertanto, il principio del “minore sacrificio necessario” è chiamato a svolgere un ruolo determinante tra i criteri regolativi della misura cautelare in carcere, nell'ambito del bilanciamento tra gli interessi in gioco, e nella osservanza e valorizzazione del fondamentale principio della presunzione di non colpevolezza⁵⁸.

⁵¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 563

⁵² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 566, 566 ss., 571-572; per l'A., peraltro, la differenziazione della carcerazione preventiva dalla pena, fondata sull'argomento secondo cui la prima sarebbe cautelare, processuale, e non penale, corrisponde ad una truffa delle etichette.

⁵³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 572.

⁵⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 572.

⁵⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 154.

⁵⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 563, nell'ambito di una diffusa ed esaustiva trattazione sul tema, evidenzia come «benchè in nome di necessità, la custodia preventiva ha finito per essere giustificata da tutto il pensiero liberale classico»; Per, T. HOBBS, *Leviatano*, Bari, 1911, XXVIII, 259-260 «qualunque danno sia fatto soffrire ad un uomo con ceppi o con costrizioni, prima che la sua causa sia ascoltata, oltre e al di sopra di quanto sia necessario ad assicurarne la custodia, è contrario alla legge di natura».

⁵⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 154.

⁵⁸ In tal senso, per tutti, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 154; K. LA REGINA, *Misure cautelari. La presunzione di adeguatezza*, cit., 3, 6.

Riflessioni sull'uso del canone di proporzionalità nelle scelte di criminalizzazione

PASQUALE TRONCONE

ABSTRACT

The study intends to propose a reflection on the canon of proportionality starting from the systematic appeal established in the jurisprudence of the Italian Constitutional Court to verify the appropriate provision of the penalty and its dosimetry. In reality the proportionality fee takes on a much broader function for the art. 49 and 52 of the Nice Charter, not only to verify the congruity and reasonableness of the choice of criminalization both in the planning phase of the incriminating law and as a canon of control of the legislation in force. In the "triadic" investigation model on proportionality, therefore, the entire regulatory spectrum of the punishable act ends up being included as prescriptively indicated by the art. 49 "Principles of legality and proportionality of crimes and penalties".

SOMMARIO: 1. Premessa: sui formanti della giurisprudenza normativa europea (rectius diritto giurisprudenziale). – 2. L'emersione del criterio di proporzionalità come presidio legislativo di governo e di controllo della materia penale. Oltre la proporzione della pena. – 2.1. La ricerca di nuovi approdi per il controllo di legittimità. – 3. La proporzionalità come canone di scrutinio dell'adeguatezza di un fatto incriminato rispetto al suo disvalore sociale. Prospettive di una nuova dimensione punitiva. – 4. Le coordinate ermeneutiche della nuova piattaforma normativa. – 4.1. La dignità umana come "valore tiranno"? – 5. Punto di partenza per analizzare la proporzionalità: simmetria sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto. – 5.1. La nuova dimensione para-penal-punitiva del diritto civile (cenni). – 6. Il canone di proporzionalità nello specchio del vaglio triadico di una procedura argomentativa nella fase del progetto normativo (non solo legislativo). – 6.1. Legittimità ovvero razionalità della motivazione. – 6.2. Necessarietà (o, meglio, necessità). – 6.3. Idoneità. – 6.4. Adeguatezza sanzionatoria. – 6.5. Simmetria punitiva in fase comminatoria versus il rischio di asimmetria nella fase esecutiva. – 7. Verso un moderno liberalismo penale di stampo continentale.

1. Il sistema giuridico convenzionale e pattizio, intervenuto con autentico rigore a rafforzare la legalità nazionale, è stato chiamato in causa negli ultimi tempi a esercitare forme di controllo sulle norme della legislazione penale italiana e sulle scelte di criminalizzazione¹.

¹ Il caso pilota in questo ambito e soprattutto per i nuovi orizzonti normativi che si propongono è quello annoverato nella Sentenza c.d. Taricco resa dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo, Grande Sezione, il giorno 8 settembre 2015 nella causa C-105/14, in materia di prescrizione dei reati tributari. Facendo ricorso all'applicazione dei principi dettati sia dalla Corte EDU che dalla Corte di Giustizia, si argomenta intorno alla richiesta di disapplicazione della legge ex-Cirielli sulla riduzione dei termini di prescrizione ordinari per i reati tributari. Per tutti i ricchi riferimenti bibliografici e gli effetti dei principi generali delle Carte Europee, si rinvia a AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, 24 febbraio 2017, a cura di A. BERNARDI E C. CUPELLI, Napoli 2017. L'epilogo si è registrato con la decisione a seguito del rinvio pregiudiziale, Corte cost., sent. n. 24

La razionalità normativa, dunque, non è più soltanto affidata al giudice interno e alla Corte costituzionale come vertice della piramide chiamata a scrutinare la conformità della legge ai principi nazionali, ma ormai anche la giurisdizione sovranazionale, attraverso la lente delle prescrizioni convenzionali e del diritto dei Trattati, esercita un immancabile e decisivo vaglio critico su tutta la legislazione continentale.

In questo modo, non è il gioco il rischio di ridimensionamento della sovranità parlamentare del singolo stato aderente, seppure essa risulta in qualche modo incisa nelle scelte, nelle stesse ragioni politico criminali che sono alla base delle decisioni legislative, ma accade in positivo che la griglia messa a punto per il controllo di conformità successivo può divenire anche lo strumento utile a prevenire decisioni legislative poco ponderate (o poco prevedibili) e leggi in contrasto con l'ordinamento giuridico continentale.

Secondo il modello tradizionale il controllo di conformità è quello effettuato a valle dell'esercizio del potere precettivo che investe la decisione legislativa, nella fase della concreta applicazione della legge, dove il cardine del controllo non è soltanto l'articolazione del fatto vietato, ma se le ragioni e la necessità del divieto sono congruamente motivate e adeguate, e non solo in punto di pena, al condizionamento dei diritti della persona che inevitabilmente consegue alla previsione di una limitazione del diritto di libertà².

La realtà della legalità europea apre nuovi fronti di indagine sulla legislazione continentale e, oltre che pesare preventivamente sulle intenzioni manifestate a monte dal legislatore nazionale, può spiegare la sua più significativa efficacia utilizzando una griglia di controllo di conformità che attinge direttamente alla Carta di Nizza e alla Convenzione EDU, due diversi ma determinanti livelli normativi di principio³ che si propongono come gli strumenti operativi dell'armonia legislativa nel sistema eurounitario e, allo stesso tempo, di controllo con effetti di abrogazione o di disapplicazione di norme nazionali non conformi⁴.

Il principio⁵ di proporzionalità nel diritto penale già da alcuni anni sta emergendo nella giurisprudenza italiana come un significativo parametro di controllo sul complesso delle scelte legislative, legate in primo luogo, e in realtà da sempre, alla verifica della simmetria quantitativa della risposta sanzionatoria, della pena, rispetto alla gravità del fatto illecito preveduto come reato. Ma vi è di più.

del 26 gennaio 2017, in www.cortecostituzionale.it, proposto dalla nostra Corte, in cui è stata riconosciuta la compatibilità della nostra legge sulla prescrizione al quadro dei principi fondamentali dell'Unione Europea, come analizzato da C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, proc.pen. a carico di M.A.S. e M.B.*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2017.

² A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997.

³ A questo proposito è quanto mai significativa l'espressione utilizzata da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2017, 156: "la Costituzione segna i confini dell'inclusione o dell'esclusione alla vita costituzionale, la legge l'espressione di questa vita;".

⁴ Molto interessante il caso risolto dalla Suprema Corte in ordine alla c.d. protezione sussidiaria, allorchè nel paese di provenienza, cui andrebbe applicata la misura di sicurezza dell'espulsione, vige la pena di morte. Costantemente ormai il giudice nazionale procede al procedimento di disapplicazione della norma interna che confligge con il diritto dell'Unione e in particolare invoca il ricorso all'efficacia congiunta della Convenzione EDU, della giurisprudenza della sua Corte e della Carta di Nizza per giustificarne come norme di principio, si veda Cass. pen., sez. I, 18 maggio 2017, n. 49242, in www.cassazione.it.

⁵ Indichiamo in questo caso la proporzionalità come principio, come referente ispiratore, ma successivamente si utilizzerà la categoria del criterio o della regola per designare un mezzo operativo nel suo concreto utilizzo.

Nuovi orizzonti si aprono a questo punto sul tema del controllo legislativo e sul contenimento dell'uso della discrezionalità nella fase dell'iniziativa prescrittiva che intraprende il legislatore⁶.

Su questo spinoso terreno la Corte costituzionale, nella sua costante opera di rimodellamento progressivo e costante della razionalità punitiva, ha esercitato negli ultimi anni un ruolo importante nella verifica di compatibilità, spingendosi anche oltre nei suoi ultimi arresti, alla ricerca di una necessaria razionalità che deve informare prima di ogni altra cosa la scelta dell'incriminazione⁷.

Il tema che intendiamo indagare è quello della coerenza sistematica rispetto ai principi di governo della materia penale delle decisioni dettate dalla sovranità legislativa che si risolvono in opzioni di incriminazione, sottoponendo alcuni esempi della più recente legislazione al vaglio di proporzionalità. Una proporzionalità che non può essere chiamata in causa solo per verificare la ragione della scelta selettiva delle sanzioni rispetto alla gravità del fatto ipotizzato nel precetto, ma anche per controllare il fondamento della stessa *ratio* punitiva.

Orbene, in presenza di un rigido principio di legalità interno della fonte, espressa soprattutto dalla riserva di legge che non consente incursioni di sindacato sulla individuazione della rilevanza del fatto punibile, occorre verificare se l'impianto tradizionale ha mantenuto una sua impermeabilità nella fase della decisione legislativa oppure l'ingresso di fonti sovranazionali pattizie, corroborate dalla giurisprudenza della Corte EDU sui diritti, abbia fatto cedere il terreno della legalità formale aprendo la strada a un vaglio fino a qualche tempo fa del tutto precluso e per questo imprevedibile.

L'irrompere delle fonti sovranazionali, come si vedrà più avanti, ha aperto la forbice che tiene insieme le fonti della legalità penale, ossia la legge (e la sua riserva) e il diritto (*in action*).

In buona sostanza, l'intento è quello di verificare la fondata affidabilità ordinamentale di un parametro di valore che possa garantire conformità della norma penale ai principi fondamentali⁸, che investono scelte sia di conio nazionale sia di conio europeo, ossia l'adozione di un parametro come quello di proporzionalità che miri a conformare l'intero percorso della vicenda normativa, partendo dalla scelta di incriminazione, passando alla verifica della relativa risposta sanzionatoria, ma non trascurando di considerare i risvolti processuali di accertamento del fatto e della sua responsabilità

⁶ Il controllo sulla legislazione è auspicato, e non si può non essere d'accordo, anche nella fase preventiva di progettazione della legge (noi riteniamo della norma penale), si veda M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna 2017, 47: «Il nuovo costituzionalismo fornisce dunque un arsenale di tecniche argomentative che giudici costituzionali e internazionali possono impiegare *ex post* per controllare le soluzioni dei conflitti fra principi da parte di governi e legislatori. Ma queste stesse tecniche potrebbero anche essere impiegate *ex ante*, da governanti rispettosi dei principi costituzionali».

⁷ Il controllo di conformità delle leggi penali da parte della Corte costituzionale è il tema che rimane al centro di un dibattito che registra sempre nuovi spunti per l'evoluzione del contesto su cui si misura la discrezionalità legislativa in materia penale, come ampiamente trattato da M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 17 novembre 2016. Corte cost., sent. n. 236 del 21 settembre 2016, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., sent. n. 179 del 7 giugno 2017, in www.cortecostituzionale.it. In questo senso va rilevato che la Corte ha stabilito un dialogo indiretto con il legislatore già con Corte cost., sent. n. 26 del 5 maggio 1979, in www.cortecostituzionale.it: «È giurisprudenza costante della Corte che la configurazione delle fattispecie criminose e le valutazioni sulla congruenza fra i reati e le pene appartengono alla politica legislativa; salvo però il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumano una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate. Ma questo è appunto il caso della norma impugnata, là dove essa commina, per l'omicidio tentato ai danni di un superiore, la massima fra le sanzioni penali previste in tempo di pace».

⁸ Occorre a questo punto precisare che, pur essendo indifferentemente utilizzati nel diritto penale i termini valore e principi, resta il fatto che concettualmente occorre tenere distinti: le *regole*, componenti costitutive della legislazione; i *principi*, elementi del quadro enunciativo della Costituzione; i *valori*, espressioni della cultura di un popolo.

nonchè la fase della esecuzione della pena per fini di coerenza con la precedente fase della minaccia sanzionatoria.

Fare uscire la proporzionalità dall'ombra della ragionevolezza⁹ vuol dire riconoscere spessore a un canone di razionale giudizio, un tempo considerato intrinseco alla ragionevolezza imperniato esclusivamente sul tema della simmetria sanzionatoria, oggi da valutare come *test* indipendente e criterio costitutivo di una futura griglia di controllo sulla previsione incriminatrice¹⁰.

Il nuovo fronte di indagine è fondato, a nostro avviso, sull'art. 52 della Carta di Nizza in grado di sottoporre al vaglio la norma penale a partire dalla scelta discrezionale di previsione di un fatto come reato, fino alla verifica della necessità di mantenere in equilibrio: sacrificio del diritto di libertà del singolo e tutela dei diritti della collettività.

La divaricazione del controllo, frammentata nei due distinti canoni di ragionevolezza e proporzionalità, può decisamente assumere un suo specifico e analitico fondamento anche a causa della diversa natura dei due strumenti di verifica. La ragionevolezza è un criterio strettamente giuridico che attiene all'indagine condotta soltanto sul materiale normativo dell'ordinamento, appunto la legge, al fine di verificare coerenza nella scelta dell'incriminazione e la razionale motivazione del sacrificio dei diritti. Si tratta di un sindacato sulla scelta "quantitativa" compiuta dalla potestà legislativa. La proporzionalità, invece, è un canone che mostra caratteri anche di natura politica che si aggancia alla scelta "qualitativa" della legislazione, al movente provvedimentale e, dunque, finisce per muovere un sindacato sulla discrezionalità in termini di *necessità e idoneità* dell'intervento normativo, inteso come diritto¹¹.

Il profilo delle scelte politiche in materia di lotta alla criminalità è l'aspetto più indipendente e imprevedibile della proporzionalità, poiché lega la motivazione dell'azione legislativa a ragioni di estensione o di autocontenimento della previsione incriminatrice.

Infatti, la pena resta il tema centrale in tutto il percorso di progettazione della norma penale e di verifica di compatibilità con il sistema, la necessità che la impone, la specie, la misura, ma alla pena si affianca il tema della tipicità offensiva del fatto incriminato di cui poco si discute.

2. Il canone parametrico della proporzionalità è ormai patrimonio consolidato della giurisprudenza costituzionale italiana degli ultimi tempi sulla scia del costituzionalismo globale che ha elevato il

⁹ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899. Nella letteratura penalistica il riferimento al tema sulla ragionevolezza è l'ampio saggio di G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano 2003.

¹⁰ Significativa è la ponderazione da parte della Corte costituzionale del criterio di proporzionalità proprio in materia di sanzioni penali, in Corte cost., sent. n. 220 del 29 maggio 1995, in www.cortecostituzionale.it: «Il primo -che rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.), coniugato alla tutela del lavoro e della dignità del lavoratore (artt. 4 e 35 Cost.)- implica che il potere deve estrinsecarsi in modo coerente al fatto addebitato, che quindi deve necessariamente essere valutato e ponderato, nel contesto delle circostanze che in concreto hanno connotato il suo accadimento, per commisurare ad esso, ove ritenuto sussistente, la sanzione da irrogare parametrandola alla sua maggiore o minore gravità».

¹¹ Non è un caso che la proporzionalità, detta in senso stretto, è oggetto da anni di attenzione da parte del diritto pubblico e in particolare del diritto amministrativo, il diritto autoritativo per eccellenza, alla ricerca dell'equilibrio tra sacrificio dei diritti o degli interessi e tutela di diritti e interessi concorrenti. Naturalmente il canone di proporzionalità attiene all'azione amministrativa *in action*, senza mai trovare alcuna ingerenza negli aspetti motivazionali dell'azione legislativa, della fonte del diritto, il cui ambito di discrezionalità non è mai stato sindacato.

principio di proporzionalità a concetto generale. Uno di quei necessari raccordi concettuali che concorrono a costituire la griglia di controllo di tutto il materiale legislativo messo in campo dal potere parlamentare e, molto più spesso negli ultimi anni, anche da parte del potere esecutivo attraverso la legislazione delegata¹².

La dottrina costituzionalistica è da tempo impegnata sul filone dell'indagine giuridica per riconoscere concretezza al criterio di proporzionalità, profilandone il valore autonomo e delineandone con puntualità i confini applicativi¹³. Uno sforzo che punta, in particolare, a individuare i contenuti distintivi con il principio di ragionevolezza, da cui trae origine, che nel tempo ha assunto un ruolo sovrano e indiscusso nello scrutinio di costituzionalità delle leggi penali in Italia¹⁴.

Diversamente dalla ragionevolezza il criterio di proporzionalità, soprattutto per come è stato trattato per la prima volta in maniera esplicita e qualificativa nella sentenza n. 236 del 2016 della Corte costituzionale italiana, sembra arricchito di nuovi segmenti argomentativi che decisamente lo divaricano dalla ragionevolezza¹⁵.

La ragionevolezza è un criterio giuridico "puro", il cui aggancio all'art. 3 Cost. lo rende decisamente declinato e vincolato, immune da contaminazioni concettuali che appaiano divergenti e, dunque, destinato a non cedere rispetto alla premessa di valore originaria¹⁶. Il tema centrale secondo questo angolo prospettico, infatti, è la solidità insormontabile del divieto di discriminazione.

In realtà, come sostiene la dottrina costituzionalista, da un punto di vista operativo la ragionevolezza è un criterio di completamento rispetto a qualsiasi altro principio fondamentale e ogni questione di legittimità costituzionale reca con sé, sia pure in forma implicita e inespressa, un controllo di ragionevolezza¹⁷. La convinta e sicura riferibilità al principio di uguaglianza non lascia spazio a

¹² Per tutti i difetti, non solo tecnici, che emergono nella recente legislazione, si rinvia a C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012.

¹³ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000. AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Palazzo della Consulta - Roma in data 24-26 ottobre 2013, www.cortecostituzionale.it.

¹⁴ Sul tema si segnalano i lavori più significativi: F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 350; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino 1997, 264; G. VASSALLI, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli 2006; *ivi* e C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*.

¹⁵ Appare interessante notare che il giudice relatore della sentenza n. 236/2017 della Corte costituzionale aveva già esposto la sua idea sui canoni di controllo del Giudice delle leggi, mostrando particolare attenzione alla enucleazione del criterio di proporzionalità come distinto e autonomo rispetto alla ragionevolezza, in M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione tenuta in Roma presso il Palazzo della Consulta in data 24-26 ottobre 2013 a margine della *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola cit.*: "A differenza di altre Corti, che associano al principio uno specifico standard o test di giudizio (sul punto tornerò tra breve), nella giurisprudenza costituzionale italiana si nota un uso promiscuo di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, ma anche adeguatezza, coerenza, congruenza, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri, quasi si trattasse di sinonimi. Ai fini delle presenti riflessioni è bene sottolineare che la Corte costituzionale italiana non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto fungibile l'uno rispetto all'altro". Sul concetto di ragionevolezza intrinseca e sull'intervento adeguatore della Corte sui quadri edittali, si rinvia al più ampio lavoro di P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 176.

¹⁶ L'emersione della ragionevolezza legata al principio di eguaglianza è dovuta all'opera di PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova 1965, 657. Per i rapporti concettuali tra eguaglianza e canoni di controllo si rinvia invece a M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2013, 191.

¹⁷ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova 1973,

elementi costitutivi o integrativi diversi, anche se nel corso del tempo la stessa giurisprudenza costituzionale ha utilizzato in maniera differente il criterio¹⁸.

Orbene, l'opera di conformazione ai principi costituzionali è puntualmente definita, considerando il quadro sistematico entro il quale viene valutata la fattispecie sospetta, operando una valutazione di congruità delle scelte, seppure rigidamente ancorate al *tertium comparationis* per parametrare la coerenza prescrittiva¹⁹. In questo modo, diversamente dalla ragionevolezza in senso stretto, la proporzionalità veniva a rappresentare una sorta di "ragionevolezza intrinseca" alla scelta legislativa repressiva, secondo una esclusiva prospettiva sanzionatoria, un'espressione di simmetria che permea il tratto genetico del principio che ne garantiva la tenuta di coerenza nel sistema.

In realtà, nel corso del tempo e con una sempre maggiore opera di armonizzazione delle fonti sovraordinate, la proporzionalità ha guadagnato l'affrancamento dal canone di ragionevolezza, dal quale si dipartiva e dal quale la Corte ha stabilito nuove e significative distanze argomentative, compiutesi -a nostro parere- definitivamente con la sentenza n. 179 del 2017²⁰.

Cosicché, mentre la violazione della ragionevolezza si riscontra quando emerge una contraddizione all'interno dello stesso testo legislativo o per analoghe classi di reati dove sussista un medesimo livello di disvalore del fatto punibile, presentandosi comunque come un criterio di contenimento all'arbitrio del legislatore, la proporzionalità, a nostro parere, compare come strumento di valutazione della congruità originaria del movente legislativo e della scelta di criminalizzazione, una valutazione che prescinde il sistema e mira a stabilire -e poi verificare- un momento di equilibrio tra esigenze esogene e scelte precettive.

Appunto dalle fonti occorre partire per localizzare e circoscrivere il fondamento normativo e quanta strada il canone di proporzionalità ha percorso nella giurisprudenza della Corte costituzionale di riflesso eurounitario, guadagnando via via la natura di formante legislativo prima e del diritto poi.

2.1. Il primo vero e decisivo momento di riflessione sulla proporzionalità viene offerto dalla nostra Corte delle leggi in una decisione la n. 487 del 1989, valorizzata per molti altri aspetti, ma non

1582, secondo il quale la ragionevolezza "si inserisce probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa".

¹⁸ Sul tema, ampiamente e per tutte le relazioni prospettiche, si rinvia a G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano 2007.

¹⁹ La stessa Corte cost., sent. n. 10 del 25 gennaio 1980, in www.cortecostituzionale.it chiarisce il meccanismo operativo del parametro di ragionevolezza attraverso l'uso del *tertium comparationis*: «In effetti le valutazioni di legittimità costituzionale sul rispetto del principio di eguaglianza, sebbene operabili e concretamente operate nelle forme più diverse e nei più vari settori dell'ordinamento giuridico, comportano per definizione che la normativa impugnata venga posta a raffronto con un'altra o con altre normative (sia pure estendendo l'indagine alle difettose previsioni ovvero alle lacune dell'ordinamento giuridico), per stabilire in tal modo se il legislatore abbia dettato disposizioni così poco ragionevoli da doversi ritenere costituzionalmente illegittime».

²⁰ Sul punto Vittorio Manes si esprime in maniera netta sulla rilettura autonoma della proporzionalità: «In altri termini, seguire una prospettiva attenta alle specificità del diritto penale impone di procedere secondo una approssimazione a più stadi, e di prediligere una interpretazione non solo "antianalogica" ma ulteriormente "tassativizzante" e "tipizzante", le cui fondamentali direttrici possono trarsi dagli ulteriori principi-limite che contraddistinguono il penale come *ius exceptum*: il *principio di offensività*, che un roccioso orientamento della Corte costituzionale riconosce come "canone ermeneutico universalmente accettato" ma anche il *principio di proporzione*, che la stessa Corte ha ormai affermato come principio autonomo (ed indipendente da geometrie comparative), e che come tutti i principi può operare -deve operare- anzitutto come criterio interpretativo, quale riflesso di un più generale canone di "saggezza pratica e buon senso [...] nell'esercizio dell'*ars interpretandi*», in V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018, 15.

convincentemente coltivata per questa nuova pista di indagine che oggi acquista un più ampio orizzonte ermeneutico: «Il principio di proporzionalità, inteso non soltanto quale proporzione tra gravità del fatto e sanzione penale bensì, anche e soprattutto, quale "criterio generale" di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire, conferma che soltanto lo Stato è in grado, avendo piena consapevolezza di tutti gli strumenti idonei a compiutamente realizzare la direttiva in esame, d'effettivamente garantire, sotto questo aspetto, la comunità»²¹.

Per quanto concerne il primo presidio della piattaforma normativa questo va riconosciuto nel dettato dell'art. 49 della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, che riveste lo stesso valore giuridico dei Trattati, in forza dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione Europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008 n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009. La norma stabilisce al terzo comma che: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

D'altra parte, la Convenzione EDU interviene a rafforzare il dettato dell'art. 3 della nostra Carta costituzionale, poiché all'art. 1 del protocollo addizionale n. 12 stabilisce il *Divieto generale di discriminazione*: «1. Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione».

Non vi è dubbio che in materia di controllo legislativo esiste nel diritto penale un fitto intreccio fondato sul principio di offensività, considerato fino ad oggi come parametro di riferimento dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità, e questo tipo di controllo finisce inevitabilmente per investire anche il merito delle opzioni, spingendosi oltre i margini politici della discrezionalità nell'esercizio dell'azione legislativa²². Infatti, il legislatore è sempre più spesso chiamato, rispetto al passato, a chiarire le ragioni per cui sacrifica spazi di libertà penalizzando comportamenti²³. Questo già vuol dire che i principi di orientamento di livello sovranazionale contribuiscono a tracciare i limiti di intervento del potere discrezionale del legislatore interno, i confini di esercizio di un potere che, altrimenti, potrebbe essere adoperato in maniera arbitraria.

²¹ Corte cost., sent. n. 487 del 23 ottobre 1989, in www.cortecostituzionale.it, sempre sulla premessa che: «Vanno, inoltre, particolarmente ricordati, a proposito di limiti sostanziali del legislatore nelle scelte criminalizzatrici, i principi di sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale, costituenti, quanto meno, direttive di politica criminale».

²² L'offensività come "canone interpretativo a vocazione restrittiva" quale ricaduta di una concezione costituzionalmente orientata del diritto penale, subisce in effetti anche distorsioni in fase applicativa da parte delle Corti interne, come acutamente sostiene G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, 245. In fondo, anche per quanto più avanti si dirà, il nostro sistema penale interno mostra vistosi limiti di solidità proprio in ordine al fulcro dell'azione legislativa, appunto l'offensività, per cui si è ancora alla ricerca di canoni più affidabili e fermi. Ciononostante, la Corte costituzionale ne sottolinea l'imprescindibilità nella fase della scelta legislativa, come ribadito in Corte cost., sent. n. 172 dell'11 giugno 2014, in www.cortecostituzionale.it [sul delitto di atti persecutori \(stalking\)](#).

²³ Si concorda sul punto con G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Ragion pratica*, 2014, 557: «In fondo, la diffusione del principio di proporzionalità può essere considerato come una delle epifanie di un importante e più generale cambiamento di paradigma nel rapporto tra l'individuo e il pubblico potere – incluso il potere legislativo. Questo cambiamento di paradigma può essere sintetizzato nel passaggio da una "cultura dell'autorità" ad una "cultura della giustificazione».

In definitiva, la ragionevolezza è il canone che stabilisce la motivazione sistematica della scelta legislativa, trovando il suo ancoraggio normativo nel principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost. Con questo parametro di valore si verifica se il legislatore ha trattato in modo diverso casi uguali oppure in modo uguale casi o situazioni soggettive diverse²⁴. La ragionevolezza o l'irragionevolezza della scelta legislativa viene in questo modo fondata dalla Corte costituzionale sulla presunzione di "non arbitrarietà" della scelta legislativa, una discrezionalità controllata e governata da principi superiori e connessa dalla compatibilità nell'ambiente normativo in cui trova sede²⁵.

La ragionevolezza, successivamente, è stata anche riformulata come un giudizio autonomo del tutto svincolato dal principio di uguaglianza, intesa invece come ricerca della necessità dell'incriminazione. La legislazione definita "compulsiva" o il più grave fenomeno dell'emergenza ordinamentale di tipo securitario ha determinato scelte legislative che spesso difettano del criterio di necessità, concetto diverso dall'interventismo della contingenza e, dunque, è risultato messo in crisi anche il canone di ragionevolezza nella scelta dell'incriminazione²⁶. Un problema diverso definito di proporzionalità, messo in luce e sedimentato recentemente nelle decisioni assunte nella fase del controllo di legittimità della Corte costituzionale, attiene invece a una linea più avanzata delle scelte legislative, quella che investe l'adeguatezza dell'intervento rispetto al sacrificio imposto ai diritti di libertà.

Il diritto penale si risolve nella limitazione degli spazi di libertà, quell'area di esercizio di diritti che precedentemente era libera con l'intervento della norma di divieto o di obbligo diventa uno spazio di intervento precluso al cittadino. Questa è la ragione per cui il diritto penale è la materia del "costo", del "sacrificio", seppure controllato -dai principi di garanzia- della libertà e che trova la sua ragione legittima soltanto se riesce a proteggere diritti concorrenti e assicurarne tutela, purchè connotata da specifica rilevanza sociale.

Orbene, il movente legislativo trova il suo cardine nella scelta della pena, nel senso che la necessità, come vedremo più avanti, di penalizzare determinati comportamenti discende dal fatto che quel comportamento merita una pena e il livello della pena va ricercato nella gravità della condotta: «Per quanto concerne, poi, il principio di proporzione, esso in primo luogo impone la ricerca di un equilibrio tra tipicità e cornice edittale tesa a registrare la soglia di ingresso della condotta penalmente

²⁴ Sul tema della ragionevolezza che specifica il tema dell'eguaglianza è interessante riportare quanto la Corte ebbe ad affermare in occasione della sentenza Corte cost., sent. n. 131 del 16 novembre 1979, in www.cortecostituzionale.it: «La conversione della pena pecuniaria in detentiva alla stregua della normativa vigente, finisce infatti per attuarsi soltanto a carico dei nullatenenti, dei soggetti, cioè, costretti alla solitudine di una miseria che preclude anche ogni solidarietà economica, e reca, perciò, l'impronta inconfondibile di una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali, la cui illegittimità è apertamente, letteralmente, proclamata dall'art. 3 della Costituzione».

²⁵ In questo senso appare chiara la posizione della Corte costituzionale che non ha mai esitato a definire ingiustificabile una decisione legislativa non sorretta dalla necessaria ragione di plausibile necessità, invocando indirettamente il ricorso al canone di proporzionalità delle scelte, seppure passando attraverso il rapporto di simmetria tra fatto offensivo e pena. Il caso esaminato è quello del delitto di oltraggio, dove la Corte riconosce in termini di ragionevolezza, applicando come parametro di confronto del *tertium comparationis*, la misura della pena prevista dal delitto di ingiuria aggravata, cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2 luglio 1968, in www.cortecostituzionale.it: «la valutazione della congruenza fra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, all'infuori dell'eventualità, non verificantesi nella specie, che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione».

²⁶ Molto interessante a questo proposito si presenta il dialogo intrecciato in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista, Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016.

rilevante alla luce della gravità della pena, identificando -più in particolare- un coefficiente di disvalore minimo del fatto tipico proporzionato, appunto, alla tariffa punitiva, dove il punto di riferimento essenziale è offerto, anzitutto, dal minimo edittale»²⁷.

La proporzionalità emerge nella sua dimensione autonoma soltanto se riesce ad assicurare un rapporto di adeguatezza della scelta di penalizzazione rispetto agli obiettivi che si intendono conseguire ossia il contenimento del fenomeno criminale.

Questa è il motivo per cui, nell'ambito della valutazione che il legislatore compie a monte del suo intervento, nel momento in cui stabilisce di incriminare specifiche condotte che destano allarme sociale, entra in gioco questo ulteriore e nuovo parametro, di natura empirica, per il controllo sociale che mira alla lotta di un fenomeno destabilizzante e una minaccia alla collettività²⁸.

Peraltro, va rilevato che la proporzione si propone come un canone liquido a formazione progressiva, nel senso che il criterio di adeguatezza ai principi dell'azione legislativa deve attraversare tutto il percorso punitivo, dal nascere della norma, alla sua concreta applicazione. L'adeguatezza della risposta punitiva, infatti, servirà a validare la corretta proporzione e simmetria della scelta prescrittiva operata in sede legislativa e snodarsi sempre coerentemente nel rispetto del canone di proporzionalità nel percorso del diritto.

Se è vero che la linea di faglia è sempre più netta nel distinguere il versante della ragionevolezza da quello della proporzionalità, occorre prendere atto che negli ultimi interventi della Corte costituzionale, soprattutto nell'ampio compendio motivazionale della sentenza n. 179/2017, si fa appunto strada quel criterio di proporzionalità che attinge il merito della dimensione offensiva del fatto punibile, oltre a calibrare la misura della pena sancita dalla legge. Il canone di proporzionalità tra importanza del valore in gioco ovvero la gravità dell'offesa al bene tutelato e la misura della sanzione che ne deve conseguire, consente al Giudice delle leggi di giungere a soppesare la scelta di incriminare determinati fatti, vale a dire di sindacare l'opera del legislatore sull'opportunità di incidere sui diritti di libertà stabilendo una sanzione penale afflittiva ma commisurata al fatto incriminato.

A tale proposito va anche puntualizzato che la Corte costituzionale nella sua opera di controllo, come giustamente sostiene il Manes: «Pur in un contesto dove il paradigma costituzionale, arricchito dalle fonti sovranazionali, appare ancora non solo orizzonte irrinunciabile della epistemologia penale ma persino fonte di crescenti aspettative rispetto alle svariate irrazionalità della politica criminale, i tracciati più recenti della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza sembrano confermare, in linea di principio, la partitura tradizionale, e ribadire una tendenziale deferenza del sindacato di costituzionalità nei confronti della discrezionalità del legislatore, sia con

²⁷ V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 18.

²⁸ Negli ultimi mesi il dato empirico diventa la motivazione/ratio dell'intervento penale, come precisa opportunamente V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività ragionevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it: «Ed è appena il caso di sottolineare quanto preziosa ed utile sia una simile indicazione in una stagione in cui il legislatore (non solo italiano) dimostra a più riprese la preferenza per schemi repressivi inclini alla logica del "diritto penale del nemico", magari opzionati - non solo in materia di immigrazione - per meri motivi di marketing elettorale».

riferimento ai contenuti delle opzioni incriminatrici ed alla struttura delle relative fattispecie, sia con riferimento all'equilibrio delle scelte sanzionatorie»²⁹.

3. Occorre sottoporre dunque a verifica la nuova sponda operativa della proporzionalità, chiamata a verificare il livello di sacrificio dei diritti di libertà stabilito dalla fattispecie incriminatrice rispetto all'importanza dell'offesa recata a un bene giuridico.

Si tratta dello scenario nel quale si va a sindacare l'uso del potere discrezionale del legislatore, pur senza infrangere la riserva di legge, facendo emergere un nuovo segmento valutativo, in particolare il "dato empirico" che spinge il legislatore a intervenire e che al tempo stesso legittima la necessità dell'intervento repressivo. La riserva di legge ne resta salva, nel senso che il legislatore sarà successivamente chiamato a fare uso dello strumento legislativo avendo cura di rispettare i criteri utilizzati nelle scelte precedenti, evitando in questo modo di incorrere in censure di costituzionalità³⁰. Non si gioca più soltanto sul piano della simmetria sanzionatoria rispetto alla dimensione di rilevanza dell'offesa, ma sulla scelta di protezione contro inedite condotte aggressive, nuove ipotesi di offesa che si affacciano all'attenzione della collettività che invoca tutela.

Questo nuovo fronte di indagine epistemologica, perché a nostro avviso di un nuovo fronte si tratta, trova un serio aggancio e uno specifico fondamento normativo, che si propone come essenziale nella ricostruzione del quadro sinottico dei canoni di controllo delle scelte legislative, nella disposizione dell'articolo 52 della Carta di Nizza *Portata dei diritti garantiti*, norma non sempre al centro della dovuta attenzione in questa materia: «1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

In particolare, accade che il nuovo ambito del sindacato costituzionale viene a essere costituito proprio dalla ragione stessa della scelta incriminatrice, come primo *step* del percorso punitivo, poiché la proporzionalità legittima l'intervento della legge solo laddove sono apportate limitazioni "necessarie" che rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Infatti l'*incipit* è chiaro: «Eventuali limitazioni

²⁹ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it, 10.10.2011, 1.

³⁰ Per il controllo adattativo da parte delle Alte Corti sostiene M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, cit., 41: «La garanzia è rappresentata dai giudici costituzionali che esercitano il *judicial review*, il controllo di costituzionalità accentrato e decidono sui ricorsi diretti (amparo), e da giudici internazionali come la Corte di giustizia dell'Unione Europea e al Corte europea dei diritti dell'uomo, organo del Consiglio d'Europa. Se la giuridicità di diritto costituzionale e internazionale non è più discussa, in effetti, è proprio perché questo dispone la propria applicazione in forme non politiche ma giuridiche, cioè da parte di giudici».

all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà».

Diversamente dalla ragionevolezza in questo caso, non si pone in valutazione uno spaccato normativo di sistema, non emerge un *tertium comparationis* come parametro da utilizzare a modello per verificare la compatibilità di ragionevolezza del divieto al sistema, anzi i motivi del sindacato sono legati essenzialmente alle ragioni per cui il legislatore ha scelto di incriminare specifici fatti.

La proporzione allora va rintracciata nella necessità di punire, perché il dato empirico, cui non è da considerare estranea la emotività collettiva e il bisogno di sicurezza, spinge a ritenere rilevanti offese che in altri tempi e in diversi contesti non sarebbero apparsi meritevoli di protezione e d'altro canto di punizione³¹. In questo caso, dunque, la proporzione normativa è tra il *fatto* che si appalesa bisognoso di tutela e l'*intervento* punitivo, cioè il valore rilevante in quel momento da tutelare, e la necessità di prevedere una norma incriminatrice che ne punisca l'offesa.

La punizione dell'usura nel 1930, ad esempio, nasceva dalla necessità di reprimere un fenomeno su vasta scala che, tradendo le scelte del mercato del credito, impoveriva le persone compromettendo le normali condizioni di vita personali e familiari, per cui appariva proporzionato l'intervento del diritto penale, l'unico in grado di tutelare i diritti della persona a scapito dei diritti di libertà. Le norme di polizia, infatti, fino a quel momento "incapacitavano" da un punto di vista amministrativo l'usuraio e senza punirlo lo sottoponevano a misure di prevenzione ma non concretizzavano un'offesa punibile. Successivamente, alla fine degli anni '90 dello scorso secolo però, si è avvertita la necessità di intervenire con un rigore ancora maggiore ricorrendo alla previsione dell'usura oggettiva, mortificando ulteriormente gli strumenti di garanzia processuali, poiché il fenomeno empirico dell'usura aveva assunto dimensioni incontrollabili in tempo di crisi economica, sovvertendo addirittura il mercato del credito e la capacità dello stato di regolare tutto il sistema economico. Se si vuole, è la concretizzazione delle esigenze di una *extrema ratio* che progressivamente eleva il peso repressivo e connota di sempre nuovi e più convincenti contenuti la motivazione punitiva. Addirittura risulta anche spostato il fulcro dell'offesa che da un ambito esclusivamente privatistico mostra i suoi effetti sull'area ben più ampia dell'economia pubblica.

Il criterio di proporzione va rinvenuto giustificabile in questo caso nel rapporto tra il diritto da difendere e la lesione del diritto di libertà che la crisi economica aveva spinto sulle secche della povertà delle persone e dell'impresa che cresceva senza capacità di contenimento, per cui si è posta come immanente la scelta delle condotte e delle relative modalità da incriminare, nella natura, personale e patrimoniale, e nella misura della sanzione da comminare. La sollecitazione all'intervento in questo caso attiene, come appare evidente, a motivazioni di tipo esogeno, politico ed empirico che impongono l'intervento della potestà legislativa.

4. Nel quadro operativo dei principi che assecondano il governo della legislazione penale, a conferma del fatto che non si pone al centro solo la misura della pena proporzionata alla gravità, ma la fattispecie stessa, appare significativa la norma contenuta nell'art. 83, Par. 1, Trattato sul

³¹ M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, cit., da pag. 11, il quale sugli stati emotivi collettivi che invocano sicurezza, anche sacrificando spazi di libertà, avverte che: «L'insicurezza individuale e sociale -economica, finanziaria, ecologica, demografica...- si coniuga da ultimo con la pubblica insicurezza: l'insicurezza nazionale e internazionale».

funzionamento dell'Unione Europea che arricchisce la piattaforma normativa del canone di proporzionalità nella fase dell'esercizio del potere legislativo³². Un chiaro esempio sull'indirizzo dell'azione legislativa contenuta nei limiti della proporzionalità del reato è ancora offerta dalla Decisione Quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre 2004 che riguarda «La fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti».

Il richiamo esplicito all'indicazione vincolante degli elementi costitutivi del reato in chiave di necessità dell'intervento legislativo è la tangibile prova dell'uso di nuovo canone di governo che guida la discrezionalità legislativa.

Spesso la Corte costituzionale ha opportunamente precisato che la discrezionalità della previsione legislativa va sindacata per impedire l'arbitrio della scelta³³. A ben vedere l'arbitrio, definibile come la criminalizzazione immotivata di fatti e condotte senza alcuna razionale giustificazione, trova il suo più aderente canone proprio nella proporzione punitiva. In questo senso, infatti, procede la verifica di compatibilità costituzionale della legislazione sull'immigrazione: «lo scrutinio di costituzionalità non può che trovare il suo referente generale nel principio, affermato dalla costante giurisprudenza di questa Corte, in forza del quale l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie (*ex plurimis*, sentenze n. 47 del 2010, n. 161, n. 41 e n. 23 del 2009, n. 225 del 2008)»³⁴.

³² L'articolo 83 TUE stabilisce che: «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. 2. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76. 3. Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria.

Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata».

³³ Sul tema della violazione della discrezionalità e il tema dell'arbitrio legislativo, si rinvia a V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 60.

³⁴ Corte cost., sent. n. 250 del 5 luglio 2010, in www.cortecostituzionale.it, pubblicata in sequenza a Corte cost., sent. n. 249 del 5 luglio 2010, in www.cortecostituzionale.it, sul tema si rinvia alle osservazioni di G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2008, 1634.

Secondo la prospettiva delineata da questa decisione la scelta del legislatore non è arbitraria perché rivolta a punire un atto di mera disobbedienza, ma il contenuto di offensività è rinvenibile nella protezione di quel bene giuridico che si indentifica con il controllo e la gestione dei flussi migratori. Da qui, la plausibile proporzione tra la necessità di tutelare il bene e la limitazione dei diritti di libertà, cui non manca un tratto di emotività securitaria impartito dalla necessità politica di assicurare la collettività.

In questa ipotesi appare, dunque, particolarmente indicativo il dato empirico che sollecita l'intervento legislativo e invoca protezione sociale, anche se appare messo in ombra l'equilibrio con il tema dei diritti fondamentali che non sembrano opportunamente considerati nel loro peso specifico.

Il nuovo capitolo della proporzionalità dell'intervento legislativo, seppure sembra emergere chiaramente soltanto negli ultimi tempi, in realtà come un fiume carsico già appariva significativo, anche se non affrontato in termini espliciti, nella giurisprudenza costituzionale. Sebbene il tema centrale dello scrutinio fosse la misura della pena, la sentenza n. 313 del 1990 segnalava, ad esempio, la necessità di valutare *in primis* la rilevanza dell'offesa, chiarendo che: «seppure variamente profilato, è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il “principio di proporzione” fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra»³⁵.

Quella decisione si segnala come punto di orientamento nella materia della pena, poiché adotta la funzione rieducativa della pena dell'art. 27 Cost. come unica direttrice di politica criminale della legislazione penale nel nostro contesto di democrazia repubblicana.

A tale proposito va rilevato che sia il quadro normativo sia quello giurisprudenziale di stampo europeo, facendo leva sulla simmetria punitiva, restituiscono una concezione della pena molto più vicina al modello retributivo piuttosto che in sintonia con l'idea di risocializzazione costituzionale. Basta pensare alla pena patrimoniale della confisca che, mutando il paradigma prevenzionista, si presenta come priva di qualsiasi spunto di carattere trattamentale rieducativo³⁶.

Non mancano, però, motivazioni molto più esplicite sul versante della proporzionalità nei termini declinati dalle Carte europee, come quella contenuta nella sentenza n. 409 del 1989 che ne invocava l'applicazione in maniera esplicita: «il principio di proporzionalità...nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni»³⁷.

Orbene, valutare l'offesa vuol dire anche stabilire l'importanza e la ragione della scelta legislativa, anche se in quel caso il sindacato fosse concentrato sulla risposta sanzionatoria. In altri termini la ragione della scelta, la *ratio legis*, prende spunto anche da un'insopprimibile componente costitutiva della motivazione legislativa, rappresentata dalla esigenza di sedare una pressante richiesta che viene dalla collettività. Tutto il versante normativo della sicurezza, declinata in personale, collettiva e

³⁵ Corte cost., sent. n. 313 del 26 giugno 1990, in www.cortecostituzionale.it.

³⁶ Sulla problematica qualificazione sanzionatoria della confisca comune, da ultimo F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 202.

³⁷ Corte cost., sent. n. 409 del 6 luglio 1989, in www.cortecostituzionale.it.

urbana, ha trovato una sua precipua legittimazione nel bisogno sociale di tutela. Nascono in questo modo: fattispecie fondate sul pericolo, in particolare astratto-presunto; ampliamenti degli spazi operativi alle cause di non punibilità, coesistenti o sopravvenute; limiti all'offensività del tipo; anticipazione della soglia di tutela con incriminazione degli atti preparatori; sconfinamenti delle cornici edittali; precetti della norma penale determinati da Autorità amministrative. Tutti fenomeni che sembrano riconducibili all'equilibrio tra sanzione e disvalore, ma che in realtà attaccano la matrice dell'offensività del fatto, valutandone la portata, dimensionandone la possibile offendibilità, imponendo dunque un sindacato a monte della scelta legislativa di protezione penale.

Solo in questo senso acquista una plausibile fondatezza il canone di proporzionalità che, secondo l'art. 52 della Carta di Nizza, presidia la *ratio* che si risolve nella necessità di protezione dell'interesse generale con limitazioni delle libertà a favore della protezione di diritti e libertà altrui secondo quanto riconosciuto dall'Unione. Dunque, non più adottato come canone della simmetria o dosimetria punitiva, ma come criterio fondante che mira a sindacare, a testare, la ragione della scelta.

E' pur vero che questo scenario rischia di erodere la solidità della discrezionalità legislativa e il principio di garanzia della riserva di legge, ma in realtà la garanzia dei diritti fondamentali si trova presidiata addirittura su di uno scranno gerarchico ben più alto, quello convenzionale o pattizio. E del resto, se il potere di disapplicazione convenzionale scatta allorchè la norma nazionale è in contrasto con il sistema dei principi eurounitari, ciò vuol dire che ad essere il primo oggetto di sindacato è proprio il potere di opzione legislativa.

A queste condizioni non è più legittimo discutere di limitazione della sovranità di uno stato nazionale aderente, bensì della legittimità di un sistema di controllo su principi, valori e canoni³⁸ di adeguamento che sono la ragione stessa per la coerenza e l'omologazione di tutto l'ordinamento sovranazionale che orienta il suo obiettivo ai diritti e non alle garanzie.

Garanzia vuol dire legalità, formale e sostanziale, e anche ricorso a opzioni conformi al tema costituzionale ma talvolta divergente; diritti vuol dire imporre il rispetto di diritti come contenimento delle leggi dello stato legittime ma non rispettose del diritto della singola persona. La legittimazione democratica della legge deve essere contemperata, per il sistema eurounitario, al rispetto dei diritti del singolo, anche quando la categoria dei diritti potrebbe travolgere la stessa legge e l'esercizio originario del potere legislativo punitivo.

L'indagine sistematica condotta sulle norme costituzionali europee degli artt. 49 e 52 conduce a stabilire che mentre in astratto la prima disposizione, allocata sotto il Capo VI *Giustizia*, stabilisce il criterio di legittimazione della legge come contenimento dell'azione legislativa entro lo steccato della legalità pattizia, l'art. 52 ne estende la portata partendo da una sponda diversa, quella dei diritti al Capo VII, che insieme all'art. 53 stabilisce il riconoscimento dei diritti e il rispettivo livello di protezione³⁹. Non è un caso che il titolo che accompagna l'art. 49 stabilisce precise coordinate di valore "*Principi di legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*". E si badi che la proporzionalità viene invocata, non solo per governare la misura e la dosimetria delle pene ma, prima ancora, per governare la scelta discrezionale prescrittiva del precetto penale laddove si parla di

³⁸ N. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, cit., 43.

³⁹ V.R. SICURELLA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, Milano 2017, 973.

fattispecie, di reato, di precetto⁴⁰.

4.1. Si tratta di un livello di protezione gerarchica altissimo che si coniuga poi con la Convenzione EDU, dunque un sicuro argine anche al diritto penale quale fonte primaria di rischio per la libertà e, ancora, il “nocciolo duro” di tutto l’autentico versante fondativo dell’esperienza costituzionale europea, senza il rispetto del quale non vi è Unione degli stati europei, come equivalente alla rottura della Carta costituzionale italiana.

Del resto, la Corte di Giustizia di Lussemburgo ribadisce il suo consolidato orientamento in materia di proporzionalità proprio facendo ricorso ai predetti canoni della Carta di Nizza nella sentenza della Corte (grande sezione) del 9 novembre 2010, nella causa *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09)*. Nei suoi passaggi più significativi rileva che: «Occorre rammentare che l’art. 52, n. 1, della Carta ammette che possano essere apportate limitazioni all’esercizio di diritti come quelli sanciti dagli artt. 7 e 8 della medesima, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»; e poi ancora in maniera incisiva: “Secondo costante giurisprudenza, il principio di proporzionalità, che è parte integrante dei principi generali del diritto dell’Unione, esige che gli strumenti istituiti da un atto dell’Unione siano idonei a realizzare l’obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo»⁴¹.

Si tratta, in definitiva, di avere adottato un “modello forte” di riconoscimento e di tutela dei diritti che, la tradizione dei valori della Carta dei principi fondamentali della rivoluzione francese e della giurisprudenza contemporanea tedesca, informa ormai senza tema di riconversioni ideologiche tutto il versante della moderna tutela dei diritti della persona, tutela dalle aggressioni altrui e anche da parte dell’ordinamento nazionale.

La dignità umana, in questa specifica prospettiva, sembra occupare lo spazio di un “valore tiranno”⁴² rispetto agli altri, dove a cedere per primo è il criterio di bilanciamento dei valori e dei principi, a favore di un centro di imputazione che si qualifica come orientativo di un nuovo modo di concepire l’offensività e segnare le coordinate di un percorso legislativo⁴³.

⁴⁰ In questo senso G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Napoli 2011, 2326: «Il principio di proporzione impone di valutare se l’azione tipica costituisca una “sufficiente compromissione” del bene oggetto di tutela; sotto questi profilo si dovrebbe ritenere che la penalizzazione di condotte che costituiscono forme di aggressione molto remote (anche se non inconsistenti) al bene oggetto di tutela si giustifichi solo con riguardo ai beni dotati di un rango assai elevato nel sistema dei valori costituzionali». Così ancora, conducendo l’analisi su ipotesi normative specifiche, G. GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo ed i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689.

⁴¹ La decisione è rintracciabile in www.curia.europa.eu.

⁴² Definizione, seppure orientata a contenuti del tutto diversi, quanto mai efficace di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano 2008. Va del resto precisato che l’indicazione di una categoria non determina la creazione di un principio e la sua oggettiva delimitabilità, come mette in guardia D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in AA.VV., *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, a cura di M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, Universidad Carlos III de Madrid 2014, 81: «Il diritto penale dei diritti umani resta un problema drammaticamente aperto ed ambiguo».

⁴³ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 125.

Appare innegabile che questa svolta sui principi guida in materia penale pone seri interrogativi sulla stabilità del principio di offensività che nella dottrina italiana rappresenta da lungo tempo e contemporaneamente la giustificazione di una nuova figura di reato e una forma di auto-contenimento delle scelte di incriminazione se fondate su interessi o beni socialmente significativi e costituzionalmente compatibili⁴⁴. Come afferma il Donini la teoria del bene giuridico in chiave descrittiva e classificatoria svolge una sua funzione indiscussa, mentre in chiave c.d. “legittimista”, vale a dire “quella limitatrice e garantista dell’offensività” ha sempre trovato molti ostacoli, salvo considerare la teoria del bene giuridico come un limite alla tutela in quanto “prodotto della cultura dell’*ultima ratio*”⁴⁵. Cosicché da principio di orientamento costituzionale si trasformava in “canone di controllo” della legislazione e strumento di sindacato sulla esistenza di un interesse meritevole di tutela e non in contrasto con i principi della Carta costituzionale⁴⁶. Da qui nasce la fondata preoccupazione di intravedere il tramonto della stagione del bene giuridico in chiave legittimista⁴⁷. A tale proposito non possono non essere condivise le preoccupazioni del Manes: «il principio di offensività, fulcro del controllo contenutistico sulla fattispecie penale, dimostra di continuare ad avere un destino piuttosto ambiguo: generato con pretese molto ambiziose, ed oggetto di un nomadismo culturale che lo ha visto affermarsi in modo perentorio in altri contesti, si è dimostrato incapace di un controllo qualitativo sui “beni giuridici” e foriero di prestazioni ancora deboli anche per quanto concerne il controllo sulle “tecniche di tutela”, oggetto di possibile sindacato solo nei margini del più generale (e duttile) principio di ragionevolezza»⁴⁸.

Il dibattito sulla proporzionalità pone un decisivo interrogativo che lo stesso Donini propone, quando afferma che sia in corso la conversione dell’offensività nella proporzione, ampiamente condivisibile come prospettiva, nutrita, a nostro parere, non da un catalogo di beni la cui rilevanza di riferimento incide sulla discrezionalità legislativa, ma dove il valore tiranno della dignità umana e i diritti fondamentali della persona ad essa collegati, orientano il tema di una nuova offensività penale europea.

5. Si diceva che la Corte costituzionale scende di nuovo in campo sul canone di proporzionalità con la sentenza n. 179 del 2017 designato come vero e proprio criterio di orientamento all’interno dell’ambito in cui occorre necessariamente armonizzare i canoni di controllo europeo e quelli

⁴⁴ In fondo, anche imposizioni al Parlamento italiano che giungono dai centri decisionali comunitari, indotti come obblighi di penalizzazione, aprono interrogativi sulla coerenza dell’intero assetto della legislazione interna, si veda sul tema C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009.

⁴⁵ Tra i diversi lavori dell’Autore particolarmente significativi si segnala, per la valutazione delle inferenze delle fonti europee, M. DONINI, *Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.

⁴⁶ Per le critiche mosse all’idea di una Costituzione “contenitore” di qualsiasi bene giuridico, si rinvia alla nitida lezione di G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma 2017, 59.

⁴⁷ Sul divenire costitutivo della categoria del bene giuridico come limite all’offensività e sulla riconversione del principio in chiave moderna, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2000, in particolare da 466.

⁴⁸ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, cit., 3.

nazionali⁴⁹. Il Giudice delle leggi promuove l'autonomia del canone di proporzione attingendone i contorni enucleati dal principio di ragionevolezza e sottolineandone la natura di "canone intrinseco". La decisione affida la riflessione ben oltre la simmetria tra pena e disvalore del fatto ipotizzato, sganciandosi dal rigido schema dell'offensività e procedendo ad una valutazione fin dalla scelta legislativa: «Cardine della cornice costituzionale di riferimento è il principio di legalità sancito all'art. 25 Cost., per cui le scelte sulla misura della pena sono affidate alla discrezionalità politica del legislatore. Detta discrezionalità, tuttavia, non può essere assoluta, dovendosi misurare con altri principi costituzionali, tra cui il fondamentale principio di eguaglianza contenuto all'art. 3 Cost., che esige un diritto penale non arbitrario, non irragionevole e non sproporzionato, nonché i principi di cui all'art. 27 Cost., per cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. La traiettoria della giurisprudenza costituzionale in materia di pena, pertanto, si dispiega tra due poli, in costante tensione fra loro: da un lato, il dovuto riguardo alle scelte politiche, quale componente necessaria del principio di legalità; dall'altro, la indefettibile tutela degli ulteriori principi e diritti costituzionali, a cui deve conformarsi anche il legislatore della punizione»⁵⁰.

Precedentemente e sullo stesso tessuto argomentativo, la Corte della decisione n. 236 del 2016 stabiliva: «Allo stesso modo, non hanno specifica incidenza, nella fattispecie in esame, le recenti riforme del diritto di famiglia. È vero che questa Corte ha già censurato discipline legislative per irragionevolezza sopravvenuta, in quanto scrutinate in un quadro normativo mutato rispetto a quello esistente al momento della loro approvazione (sentenze n. 354 del 2002 e n. 440 del 1994). Ma lo ha fatto quando le modifiche in questione, ancorché solo indirettamente rilevanti, interessavano da vicino la norma censurata, travolgendo la sua stessa giustificazione».

E che il dato empirico determini scelte legislative oppure la revisione di scelte precedenti è chiaro ai compiti della Corte: «Le trasformazioni dell'assetto normativo, tecnico e scientifico, allegate dal giudice a quo quali prove del complessivo mutamento di contesto, di per sé stesse non hanno la capacità di alleggerire, nella percezione comune, la gravità della condotta punita e l'allarme sociale conseguente. Non erra l'Avvocatura generale dello Stato quando osserva che l'accresciuta facilità dell'accertamento della paternità e della maternità naturale, determinata dai progressi tecnico-scientifici e dalla possibilità di accesso all'esame del DNA, non è in grado di diminuire il disvalore della condotta sanzionata dalla disposizione censurata, per la semplice ragione che la vittima dell'eventuale reato di alterazione di stato potrebbe non nutrire mai quel dubbio sulle proprie origini che, solo, potrebbe indurla a ricorrere, in concreto, ad indagini genetiche».

La proporzionalità rivela in realtà un'altra significativa componente valutativa che rientra nella scelta legislativa ossia la necessità di prevedere un fatto come reato assegnandone la pena adeguata ovvero ritenere opportuno qualificare quello stesso fatto in maniera diversa procedendo all'abrogazione della fattispecie penale.

⁴⁹ Il canone di proporzionalità e la sua forza espansiva nel sistema legislativo è tema già noto alla dottrina amministrativa e tributaria. Si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova 1998. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2010. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, a cura di M. RENNA-F. SAIITA, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 389.

⁵⁰ Concetto ribadito anche in materia di libertà vigilata conseguente alla liberazione condizionale in caso di ergastolo, come sottolineato da Corte cost., sent. n. 66 del 21 febbraio 2023, in www.cortecostituzionale.it.

Due sono i casi rivelatori di questo nuovo quadro inaugurato dalla proporzionalità, nell'endiadi reato e pena, e che converge sulla determinazione normativa dell'art. 52 della Carta di Nizza. Il primo caso riguarda la pena in esecuzione e la necessità della punizione in presenza di oggettive e intollerabili violazioni dei diritti dell'uomo per la violazione del principio di umanità della pena e di dignità della persona umana, rilevato dalla giurisprudenza della Corte EDU e compendiata nella sentenza Torreggiani: «Così, nella sentenza n. 279 del 2013 -in presenza di gravissime violazioni dei diritti fondamentali della persona, consistenti in un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, addirittura oggetto di condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (sentenza 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri contro Italia)- questa Corte ha riconosciuto «l'effettiva sussistenza del vulnus denunciato dai rimettenti e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo», ma ha ritenuto inammissibili le questioni sollevate «per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate». Più precisamente, questa Corte ha preso atto della «pluralità di possibili configurazioni dello strumento normativo occorrente per impedire che si protragga un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, in violazione degli artt. 27, terzo comma, e 117, primo comma, Cost., in relazione quest'ultimo all'art. 3 della CEDU» e, a fronte di tale pluralità, ha ribadito che «il “rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario” (sentenza n. 23 del 2013) comporta una dichiarazione di inammissibilità delle questioni». Tuttavia, nel dichiarare l'inammissibilità la Corte ha altresì di nuovo sottolineato che «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia (sentenza n. 23 del 2013)».

Il secondo e più significativo caso riguarda le sollecitazioni rivolte al legislatore di provvedere non solo a riequilibrare le pene ma addirittura a esaminare il contenuto e il livello di disvalore del fatto alla luce del dato empirico che richiede tutela. La Corte, nel segnalare l'impossibilità formale di sostituirsi alla discrezionalità legislativa, in realtà dispiega motivazioni a tal punto stringenti da fare emergere quegli elementi di valutazione che impongono un ben determinato tipo di intervento legislativo, quasi assegnando una precisa compito al legislatore parlamentare. Nel segnalare la necessità dell'intervento normativo la Corte sottolinea le finalità di interesse generale che impongono l'intervento e, in buona sostanza, una scelta di politica criminale che non è più rinviabile.

Questa ipotesi annovera proprio la sentenza n. 179 del 2017 nella ricerca di una nuova collocazione teleologica e poi di simmetria punitiva dell'ipotesi di possesso di sostanza stupefacente (droga pesante) di cui all'art. 73, comma 1, ma di non lieve entità⁵¹.

E poi ancora il caso della mancata previsione del delitto di disastro ambientale che la Corte invoca con estrema determinazione con la sentenza n. 327 del 2008⁵².

E che il concetto di necessità e di proporzionalità dell'azione legislativa rispetto alla tutela dei diritti della collettività sia un dato empirico e che segnala un vuoto normativo in questa materia è messo

⁵¹ Si legge infatti: «Pur dovendo essere inquadrato nell'autonoma fattispecie di cui al comma 1 del citato art. 73, il fatto sarebbe, tuttavia, di gravità modesta e collocherebbe l'imputato negli «anelli terminali della catena dello spaccio», così che assumerebbe rilevanza il trattamento sanzionatorio minimo previsto dalla legge».

⁵² Corte cost., sent. n. 327 del 30 luglio 2008, in www.cortecostituzionale.it.

con forza in luce da quella stessa decisione: «9. - Ferma restando la conclusione raggiunta, è tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato – e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale, che viene in discussione nei giudizi a *quibus* – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose».

Ultimo importante intervento di sollecitazione espresso è quello che la Corte rivolge con la sentenza n. 223/2015, sulla causa soggettiva di esclusione della punibilità in caso di reati contro il patrimonio commesso tra familiari: «La forte opportunità di un intervento legislativo di riforma, qui sollecitato, deve infatti accompagnarsi al dovere di «rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale (sentenza n. 22 del 2007; *ex multis*, inoltre, ordinanza n. 145 del 2007)»⁵³.

5.1. Il tema della proporzionalità nella scelta legislativa sta invero entrando a far parte del patrimonio comune alla legislazione penale degli ultimi anni. Le ultime ipotesi di depenalizzazione e la scelta della previsione di sanzioni civili punitive mettono in luce il criterio di proporzione graduale che il legislatore sta utilizzando, garantendo le ragioni del principio di *extrema ratio*.

Sicuramente il riverbero si registra sulla scelta sanzionatoria, ma ne costituisce soltanto l'immane conseguenza, trattandosi di un problema che osserva criticamente preliminarmente il tema dell'offensività del fatto e la sua proporzione con la scelta punitiva.

Ad emergere in tutta evidenza è il “fatto punito” che perde rilevanza nelle dinamiche di una società che ha profondamente rivisitato i contenuti dei presidi etici di riferimento rispetto alle relazioni fondamentali tra le persone. Si pensi alla trasformazione in illecito civile del delitto di ingiuria, purtroppo anche vittima di una logica deflattiva, e come siano mutati i tratti salienti dei diritti della personalità, onore, decoro, reputazione.

La moderna categoria del nuovo “diritto civile punitivo” messo in campo con i Decreti Legislativi n. 7 e n. 8 del 15 gennaio 2016 e derivati dalla legge n. 67 del 28 aprile 2014 ne costituiscono un esempio evidente⁵⁴. Il legislatore, ricorrendo alla clausola di espressa abrogazione, ha depenalizzato alcuni reati trasformandoli in illeciti civili, prevedendo, accanto alle restituzioni e al risarcimento del danno, una sanzione pecuniaria civile che si affianca alle ordinarie sanzioni pecuniarie punitive previste per l'illecito penale e amministrativo⁵⁵. In questo caso la proporzionalità dell'intervento legislativo concretizza le ragioni della gradualità della punizione, tenendo nel debito conto il criterio empirico indotto che qualifica il livello di disvalore del fatto previsto come reato. Allo stesso tempo cedono le ragioni della necessità dell'incriminazione penale.

⁵³ Corte cost., sent. n. 223 del 7 ottobre 2015, in www.cortecostituzionale.it, 9.

⁵⁴ Pubblicati in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016.

⁵⁵ Del resto, il nostro ordinamento con la sentenza delle Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 in www.cassazione.it, ha aperto la strada al pieno riconoscimento dei danni punitivi civili detti anche “punitive damages” per i quali non viene stabilito soltanto il risarcimento ma una sanzione ulteriore che grava sul responsabile del danno ed eserciti una efficacia deterrente nei confronti dei consociati. Nella sentenza la massima assise del giudice nazionale richiama proprio i principi stabiliti dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione per giustificare la legittimità di una ipotesi di responsabilità che si pone al confine tra quella penale e quella civile come nota al sistema punitivo italiano.

6. Il canone di proporzionalità nello specchio del vaglio triadico di una procedura argomentativa nella fase del progetto normativo (non solo legislativo). Seguendo l'elaborazione concettuale cui sono giunti gli approdi della dottrina in altri rami dell'ordinamento, occorre rilevare che anche nel diritto penale la proporzionalità si può proporre attraverso un vaglio operativo che tenga conto di tre distinti criteri che si impongono alla progettazione della norma penale: necessità, idoneità e adeguatezza *in action* della complessiva risposta sanzionatoria⁵⁶.

Come anticipato, se il principio di proporzionalità è un riferimento di orientamento nel solco dei diritti di libertà, il canone -o criterio- serve per testare la legislazione. Infatti, nell'ambito del costituzionalismo globale si fa ricorso al *test* di proporzionalità come espressione operativa di un principio sovraordinato, la c.d. *norma di principio*, che rinvia ai diritti fondamentali della persona.

Va innanzitutto premesso che il principio di proporzionalità ha profonde radici nel valore universale della giustizia sostanziale, ecco perché uno dei profili costitutivi deve essere il dato empirico espresso dal fenomeno allarmante per la collettività che va contenuto con misure penali. Tuttavia, proprio l'emotività che caratterizza il versante operativo del canone va temperato con altri profili per delimitarne la portata. Solo in questo modo si orienta l'azione legislativa della politica criminale, tenendo nel debito conto il fatto che qualunque iniziativa deve essere misurata dalla necessità e dall'adeguatezza punitiva dell'intervento, in modo che la tutela di un interesse o un diritto possa avvenire nella maniera meno invasiva possibile per i diritti fondamentali dei destinatari.

Vi è, infatti, un valore di carattere generale che informa l'ordinamento giuridico europeo, secondo cui l'intervento penale non deve mai eccedere quanto appare necessario per il conseguimento degli obiettivi del Trattato (che rappresenta il contenuto normativo del principio e il referente dei valori fondanti), *in primis* la tutela dei diritti di libertà e la dignità umana del cittadino europeo.

Come si vede il modello argomentativo che fa da sfondo all'art. 52 della Carta di Nizza riprende l'idea della proporzionalità secondo la teorizzazione di Robert Alexy e mira a un risultato che da un lato stabilizzi la coerenza del sistema normativo, dall'altro offra uno strumento al legislatore per orientare la sua discrezionalità prescrittiva⁵⁷.

Rispetto al modello tradizionale, la cui premessa era la idoneità, riteniamo che per il diritto penale la terna canonica argomentativa possa vedere in ordinata sequenza: la necessità dell'intervento repressivo; la idoneità della proposizione normativa; la adeguatezza sanzionatoria.

Diversamente da altri rami dell'ordinamento giuridico il diritto penale è dominato dal principio di offensività, dalla esigenza di tutelare beni o anche diritti⁵⁸ che, almeno, non siano in contrasto con il catalogo dei valori stabiliti dalla nostra Carta fondamentale⁵⁹. Naturalmente, in un sistema

⁵⁶ Sul tema della proporzionalità, legata soprattutto all'adeguatezza della risposta sanzionatoria, si veda C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'unione europea dopo Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁷ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1986), Bologna 2012.

⁵⁸ Per il dibattito sulla necessità di rimeditare gli assetti di tutela e la categoria degli interessi da proteggere, si rinvia a F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in www.sistemapenale.it, 13 marzo 2023 e alle considerazioni di A. CAVALIERE, "Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale?, in www.sistemapenale.it, 16 ottobre 2023.

⁵⁹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.dig.it.*, Torino 1973, 7. M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in www.penalecontemporaneo.it. Ancora sulla Carta costituzionale come fondamento e limite di un moderno diritto penale, si rinvia a M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. Il significato dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, parte V, 29.

multilivello delle fonti e in presenza di Atti pattizi che limitano le iniziative della sovranità e fanno convergere gli interessi di tutela degli stati nazionali in un punto di equilibrio, si amplia o si restringe il catalogo delle tutele. Questo anche a causa, come sopra si è detto, della eterogeneità delle componenti teleologiche. Tuttavia, gli Atti sovranazionali trovano il loro unico punto di convergenza nei diritti della persona umana, nel rispetto della sua dignità e in particolare della libertà, favorendo la stagione definibile del “costituzionalismo dei diritti”.

Si apre a questo punto uno spaccato del tutto inedito e ancora insondato dalla dottrina penalistica italiana che ha guardato alla teoria del bene giuridico come una giustificazione e allo stesso tempo un freno per la discrezionalità legislativa (non come un momento propulsivo), in grado di generare scelte in coerenza con i valori fondanti il patto costituzionale⁶⁰.

Il ripudio della norma penale posta a tutela di un bene indeterminabile costituiva la regola di garanzia per i diritti della persona, in grado di fronteggiare scelte di campo legislative che avrebbero potuto spingere la legittima discrezionalità oltre l'arbitrio.

A ben vedere il nuovo sistema integrato continentale sembra assumere come unico centro di qualificazione teleologica un “valore tiranno” che condiziona e informa di sé tutti gli atti costituzionali e pattizi: la dignità umana⁶¹. Questo valore fonte può essere considerato l'unico valore-principio, privilegiato dalla legge Fondamentale tedesca del 1949, ripreso in maniera esplicita da ultimo nella Carta di Nizza del 2000 e, anche se, con accenti diversi, ben radicato nel tessuto normativo della Convenzione EDU del 1950⁶².

Quando si affronta, dunque, il tema della proporzionalità della legge penale e la sua conformità alla tavola dei valori e dei principi fondanti l'ordinamento continentale compendiato nella Carta di Nizza occorre necessariamente ricostruire il percorso del controllo sulla proposizione normativa entrata in vigore e, data la nuova prospettiva inaugurata dalla giurisprudenza costituzionale, anche sulla fase preventiva, vale a dire la motivazione legislativa che ha originato l'intervento precettivo.

Qui non si intende ritenere necessario un parere preventivo della Corte nazionale, ma prendere atto che nella fisiologia procedimentale della formazione delle leggi che abbiano la copertura integrata, interna e pattizia, occorre oggi adeguarsi ai criteri che un eventuale sindacato di controllo successivo potrebbero far valere.

Seppure l'operazione di verifica della scelta normativa muoverà utilizzando la griglia di controllo che si articola in quattro diversi profili, si analizzerà in realtà in questo lavoro soltanto la *triade* costitutiva, tenendo presente che il requisito della legittimità dell'intervento appartiene alla materia dei

⁶⁰ Si ricorda, a tale proposito, il tentativo di costituzionalizzare il principio di offensività, creando un vincolo e allo stesso tempo un incentivo alla discrezionalità legislativa, sforzo compiuto con i lavori Commissione bicamerale del Parlamento italiano, si veda ampiamente in M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Cri. dir.*, 1998, 95.

⁶¹ Lo stesso R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 130 ritiene che, pur in una prospettiva di bilanciamento dei principi e dei valori: «il principio di dignità umana prevalga, sotto determinate condizioni, con grande certezza su altri principi, non giustifica alcuna assolutezza del principio, ma significa solo che esistono ragioni costituzionali inoppugnabili per una relazione di priorità a vantaggio della dignità umana, sotto determinate condizioni». D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Esi, Napoli, 2009. Ampiamente sul controverso tema dei valori di riferimento, si veda AA.VV., *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, Universidad Carlos III de Madrid 2014.

⁶² M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, cit., 44.

presupposti legislativi che legittimano l'azione che la rendono conferente.

La triade che può essere utile allo svolgimento del *test* di proporzionalità vede in primo piano i primi due criteri costitutivi, necessità e idoneità, che riposano su iniziative di carattere politico -se non talvolta ideologico- e che trovano la propria spinta motivazionale nella sollecitazione empirica volta a sedare l'allarme sociale di un determinato fatto che va vietato.

6.1. La legittimità è la qualità che consente di verificare che il legislatore, prima di tutto, abbia agito seguendo il percorso procedimentalizzato della formazione della legge e, in secondo luogo, che i contenuti siano in perfetta armonia con i principi costituzionali e, ancora, con i principi e i valori dettati dai documenti eurounitari pattizi. Questo aspetto copre in realtà l'area della legalità dell'azione legislativa che forma un argine al possibile arbitrio del legislatore che, travalicando i limiti di esercizio imposti dalle norme sovraordinate, potrebbe adottare norme penali in aperto e immotivato contrasto con i diritti di libertà.

La norma penale arbitraria si presenta come eversiva al sistema e, dunque, deve essere immediatamente eliminata per impedire danni ai diritti fondamentali della persona.

Questo aspetto finisce per assicurare anche la tenuta del carattere di legittimazione all'azione legislativa ossia quel necessario riconoscimento da parte dell'ordinamento per avere adottato iniziative di natura sanzionatoria in linea con l'ispirazione del principio di democrazia che informa le istituzioni nazionali ed europee.

6.2. Il primo criterio è la necessità dell'intervento repressivo, la ragione di un intervento legislativo penale inevitabile, che abbia anche considerato l'inadeguatezza, in termini di *extrema ratio*, di ogni altro tipo o natura di iniziativa normativa che non rivestano i caratteri di afflittività e una sensibile compressione di diritti.

Superato il vaglio sull'indispensabilità della norma penale, si passa a considerare che la legge sia giustificata dall'esigenza di tutelare un interesse o un diritto nella maniera meno invasiva possibile⁶³.

In questo modo la discrezionalità legislativa subisce una sorta di auto-contenimento dell'intervento, tenendo conto del rispetto che vi deve essere, alla luce del nucleo fondamentale dei diritti di libertà e di dignità della persona, del rapporto tra mezzo a fine⁶⁴. Paradigmatico in questo senso è l'introduzione della nuova ipotesi di reato con l'art. 434-bis c.p. "*Invasione do terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica*" nata soltanto sull'onda di un'emotività generalizzata.

Si tratta di un limite di tipo quantitativo, quello stesso che caratterizza l'azione nel diritto amministrativo e che vuole che l'obiettivo debba essere raggiunto con il minor sacrificio possibile per i diritti e gli interessi dei soggetti coinvolti. Un criterio di ponderazione materiale fondato sull'equilibrio tra: diritti sacrificati e diritti salvaguardati.

Ma in realtà il criterio di necessità ingloba in sé la stessa ragione dell'intervento, l'inevitabilità che,

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, in particolare il capitolo 1.

⁶⁴ Utile e stimolante è la critica che si muove alla proporzionalità come prodotto del bilanciamento dei diritti con l'interesse pubblico, anche se la proporzionalità in materia penale può essere, al contrario, proprio un *test* di contenimento dell'azione di erosione dei diritti fondamentali, in G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, cit., 548.

se non osservata, consentirebbe questa volta sì la lesione di diritti fondamentali, ossia l'omissione colpevole che conduce alla violazione dell'obbligo che grava sullo stato di salvaguardia dei diritti dei suoi cittadini⁶⁵. Anche qui c'è un richiamo alla dignità umana, proprio quella dignità che invoca l'urgenza dell'intervento del legislatore penale chiamato tempestivamente a tutelare diritti, sacrificando nella misura compatibile -della proporzione o della simmetria quantitativa- diritti.

Il criterio di necessità trova il suo fondamento normativo proprio nel primo comma dell'art. 52 della Carta di Nizza che consente: «limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Il contenimento dell'azione legislativa e soprattutto l'ampiezza della discrezionalità è in questo caso, dunque, decisamente temperata da una prescrizione che assume i caratteri di un principio di orientamento e che detta al legislatore i limiti quantitativi dell'intervento repressivo in materia penale. Particolarmente interessante è il richiamo al principio di libertà che funge da sponda nella norma alla necessità dell'intervento e ancora una volta, richiama l'attenzione a sottrarre spazi di libertà attraverso l'adozione di una norma penale che vieta ovvero obbliga, solo a condizione che non leda o comprometta finalità pattizie o libertà immotivate delle persone.

A questo proposito giova ricordare il caso emblematico e, al tempo stesso, deprecabile di una legge penale che ha comportato una lesione dei diritti fondamentali e della dignità umana. Si tratta della modifica legislativa introdotta all'art. 75 del DPR n. 309/90 dalla legge detta Fini-Giovanardi del 2006 in materia di sostanze stupefacenti, che intervenne per equiparare in punto di pena la categoria delle droghe cc.dd. pesanti alle droghe cc.dd. leggere, oggetto di successiva abrogazione da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014⁶⁶.

La violazione del canone di proporzionalità, sotto il profilo della necessità, non investiva soltanto la cornice edittale che veniva rinforzata da pene molto più severe, ma soprattutto colpiva l'iniziativa di nuova scelta di politica criminale che era al fondo della modifica normativa. Una scelta in controtendenza con il sistema degli accordi sovranazionali e delle direttive europee in materia di stupefacenti che si è spinta oltre il limite della ragionevole discrezionalità legislativa, fino al punto da concretizzare un'ipotesi di illegittimità legislativa generatrice di responsabilità da illecito legislativo.

Si tratta di una categoria assolutamente ignota al nostro sistema costituzionale, ma tuttavia in linea con i recenti sviluppi del diritto giurisprudenziale europeo come dimostrato dalla sentenza Torreggiani⁶⁷. In questo caso, infatti, la lesione evidente è stata prodotta ai diritti fondamentali della

⁶⁵ La Corte costituzionale negli ultimi anni ha introdotto attraverso le sue pronunce la c.d. "dichiarazione di incostituzionalità differita" in occasione: del fine vita, in Corte cost., ord. n. 207 del 24 ottobre 2018, in www.cortecostituzionale.it; della diffamazione a mezzo stampa, in Corte cost., ord. n. 132 del 9 giugno 2020, in www.cortecostituzionale.it; in ultimo sull'ergastolo ostativo, in Corte cost., ord. n. 97 del 15 aprile 2021, in www.cortecostituzionale.it e Corte cost., ord. n. 20 del 10 maggio 2022, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁶ Il tema è affrontato in tutti i suoi molteplici aspetti da M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma 2017.

⁶⁷ All'indomani della giurisprudenza europea, che aveva ripetutamente sanzionato l'Italia per la lesione di diritti fondamentali dei detenuti, il legislatore italiano adotta una legge a contenuto risarcitorio, Legge 11 agosto 2014, n. 117 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, recante disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al

persona umana e alla sua dignità, quando il soggetto imputato del più grave reato, di cui poi è stata abrogata la norma che elevava la pena, non solo sia stato condannato ma abbia anche espiato per intero una pena che successivamente è stata dichiarata illegittimo⁶⁸.

6.3. Il secondo criterio legato alla scelta politica di stampo repressivo è la idoneità della proposizione normativa sotto i profili di effettività, efficacia e precisione.

Si tratta dell'adeguatezza della norma a perseguire il fine per cui viene adottata. Adeguatezza che riguarda sia il contenuto del precetto sia la pena prevista. La discrezionalità legislativa questa volta è imbrigliata dal tasso tecnico che caratterizza il precetto, come comando o come divieto. L'idoneità, in buona sostanza, trova coincidenza con i contenuti del principio di stretta legalità che costituiscono il nucleo di garanzia della persona.

Nel diritto penale l'azione legislativa segue il solco consolidato dei parametri costituzionali filtrati dall'assetto dei principi della legislazione primaria che non trascura di considerare la ricaduta operativa della norma nella fase processuale della sua effettiva applicazione. In questo modo a emergere, oltre la effettività, il congegno tecnico che offre la base di applicabilità della disciplina, e la efficacia, ossia la capacità della norma penale di conseguire l'obiettivo per cui è stata adottata, è il principio di precisione, vale a dire la capacità della norma di attuare nella sede processuale⁶⁹, quei propositi di applicazione che avevano motivato l'azione legislativa⁷⁰.

Molte delle norme che appartengono a settori dell'ordinamento penale, quale ad esempio quello dei reati societari e fallimentari, in cui il tasso tecnico che caratterizza la descrizione del precetto è a tal punto elevato da sfuggire, talvolta, anche a un sufficiente grado di colpevolezza normativa, sembrano non trovare un'agevole opera di sussunzione. I dettagli tecnici, che si risolvono in casi di elementi costitutivi e di sussistenza del fatto tipico, condizionano a tal punto la volontà legislativa e lo stesso criterio di necessità da apparire i primi elementi di depotenziamento della norma penale. Il fenomeno della simbolicità delle norme repressive prende spunto proprio da questa incapacità operativa della disposizione normativa e sono le prime ipotesi a cadere sotto la lente dell'apparente carenza di necessità e soprattutto di adeguatezza.

codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile», in *G.U. Serie Generale n. 192 del 20-8-2014*.

⁶⁸ M. GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali*, cit., 133.

⁶⁹ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, 148.

⁷⁰ Criterio operativo che trova il suo referente normativo di "fonte alta" nell'art. 7 della Convenzione EDU, come precisato da VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.12.2016, 6: «La garanzia della prevedibilità della decisione giudiziale viene pertanto affidata oggi, anziché alla riserva di legge, agli altri corollari del *nullum crimen* rappresentati dal principio di *precisione* (o sufficiente determinatezza, o "tassatività", precetto penale), nonché dal *divieto di analogia*. Leggi dai contorni precisi, si afferma, dovrebbero indicare con chiarezza al consociato ciò che è vietato dalla legge; e il divieto di analogia dovrebbe correlativamente garantire che la pena (e l'intero apparato di *law enforcement*) non possano essere attivati nei suoi confronti per fatti diversi da quelli espressamente previsti dalla legge». La precisione/prevedibilità assunta a parametro di giudizio costante dalla Corte EDU e utilizzata nel *test* di verifica di norme penali nazionali è stata oggetto della sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, ^[1]^[2]De Tommaso c. Italia, Application n. 43395/09 del 23 febbraio 2017, in www.hudoc.echr.coe.int, in cui è stato ravvisato il difetto di *prevedibilità* e *precisione* delle norme relative ai soggetti idonei e alle condizioni necessarie per l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza in relazione agli artt. 1, 3 e 5, legge n. 1423/56 (oggi parzialmente trasposti negli artt. 1, 6 e 8 d. lgs. 159/2011) che a giudizio della Corte conferiscono un potere discrezionale assai ampio al giudice, ed hanno un coefficiente di prevedibilità troppo basso, con la conseguenza che al cittadino non è dato conformare con certezza e *a priori* le proprie condotte al precetto normativo.

Il principio di proporzionalità si pone appunto come *test* di correttezza della scelta legislativa che non può limitarsi nel suo sindacato a rispettare la discrezionalità legislativa ma anche di valutare la violazione di quella discrezionalità quando l'uso della legislazione tradisce i principi di governo e di orientamento dettati dai principi superiori. In entrambi i casi, necessità e idoneità, ci troviamo di fronte a ipotesi che si connotano anche per il forte profilo di carattere politico che assume la decisione legislativa. Prendere atto di un fenomeno illecito che turba l'esercizio dei diritti di libertà o che si rivolge contro gli interessi dell'Unione e assumere l'iniziativa di reprimere tali fatti con il ricorso alla norma penale, considerata l'unica in grado di ripristinare l'equilibrio violato, vuol dire fornire una motivazione in termini di politica criminale alla scelta normativa che seguirà il suo corso sotto il profilo dell'uso del ricco strumentario tecnico di elaborazione della disciplina. Ma la motivazione che spinge alla scelta legislativa nasce da ragioni che sono di opportunità politica e di strategia anticrimine, dove molto spesso non manca l'emotività sociale che ne detta ragioni e tempi⁷¹.

Sovente si verifica che proprio l'indiscriminato ricorso alla legislazione penale e alle ragioni contingenti che impongono l'esemplarità dell'intervento repressivo, in chiave squisitamente di prevenzione generale con la previsione di pene edittali o combinate con sanzioni pecuniarie oltre ogni limite di tollerabilità, tradisce il combinato disposto dei criteri di necessità e idoneità.

L'art. 52 in questo senso detta la cornice quantitativa dell'intervento, scendendo in campo con una griglia di contenimento che da sola può legittimare l'intervento legislativo. Un intervento che fin dalla sua originaria adozione dovrà adeguarsi a quei criteri di scrutinio che nel *test* di controllo successivo potrebbe rilevarne la conflittualità con i principi fondamentali.

Con il profilo di idoneità della norma a conseguire il risultato che il legislatore si prefigge attraverso il ricorso all'incriminazione, si pone anche in discussione il requisito di efficacia rispetto al fine. Nell'attuale contesto sociale in cui il "rischio" è la nota caratteristica delle scelte di incriminazione il legislatore avanza istanze di tutela calibrate su fattispecie di pericolo a struttura colposa, nell'intento di sedare le aspettative di punizione che diversamente non sarebbero soddisfatte.

Non solo. Il livello tecnologico e soprattutto la capacità di accertamento tecnico di danni che un tempo sfuggivano a precise coordinate di verifica scientifica, oggi offrono la possibilità di provare fatti e circostanze e, in questo modo, elevare a illecito fattispecie dal contenuto e dal profilo del tutto inedito. Basta pensare ai casi di disastro sanitario e disastro ambientale, un tempo neppure oggetto di previsione legislativa, per convincersi che la prevedibilità e la precisione oggi riescono a raggiungere un coefficiente sufficientemente alto per essere apprezzati tecnicamente e provati in sede di giudizio. Da qui la previsione di norme incriminatrici a protezione dell'ambiente e della salute che, declinati in termini di pericolo astratto/presunto, soddisfano proprio la componente politica della scelta legislativa in termini di proporzionalità, depotenziando le tensioni con il principio di stretta legalità.

6.4. Il terzo criterio costitutivo è quello, tradizionale, della adeguatezza sanzionatoria che si lega effettivamente all'aspetto intrinseco della ragionevolezza della pena.

Occorre, infatti, ricercare nella sistematica relativa alla vicenda normativa da esaminare la coerenza del tipo e della misura della sanzione penale, che sia da considerare proporzionata alle altre scelte

⁷¹ Una puntuale esposizione delle ragioni critiche è svolta in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. INSOLERA, Padova 2006.

operate dal legislatore.

Questo criterio è squisitamente tecnico e l'uso del *tertium comparationis* ne conferma la natura, nel senso che non dovrebbe esistere una scelta arbitraria nella predisposizione dell'appendice sanzionatoria. La pena deve essere calibrata sulla base dell'ambiente normativo di appartenenza di quella specifica norma penale e comunque tenere nel debito conto gli indici di gravità per fatti analoghi. Ma il criterio di proporzionalità in realtà, a nostro avviso, esprime un ulteriore aspetto restrittivo della discrezionalità legislativa. Impone, infatti, che tutto il percorso sanzionatorio, così come nella prospettiva del principio di precisione, sia caratterizzato da un peso di penalità adeguato alla fattispecie concreta da punire.

Da alcuni anni invece il legislatore italiano, forse inconsapevole (o distratto) del peso immanente del principio di sistematicità dell'ordinamento giuridico, ha sempre e soltanto guardato alla scelta sanzionatoria, appuntando esclusivamente la sua attenzione sulla norma penale adottata e non sul percorso complessivo della giurisdizione penale che definisce la punizione, a volte, in maniera molto più incisiva, fino alla fase della sua esecuzione.

6.5. In questo modo non è apparso subito evidente che nel sistema della legislazione penale esistono rinvii applicativi a istituti e disposizioni che arricchiscono il quadro di penalità, a partire da tutte le ipotesi contenute nella legge delle misure di prevenzione, passando al complesso delle misure di sicurezza, in entrambi i casi personali e patrimoniali; considerando le ipotesi di aggravamento della pena per le circostanze del reato e la recidiva; per poi terminare alle sanzioni patrimoniali dettate dalle nuove ipotesi di confisca e alla punizione per quote nei casi di responsabilità degli Enti.

A tutto ciò si aggiunga il complesso e articolato percorso della legislazione penitenziaria che variamente regola l'applicazione delle misure alternative alla detenzione o addirittura al carcere e che segna autonomamente un ulteriore stigma del reato; alle ipotesi della prescrizione del reato e della pena; alle condizioni di procedibilità; per finire alla ipotesi di diversione processuale come la messa alla prova e a degradazioni simili.

Un composito quadro che osservato nella sua completezza viene variamente a combinarsi, aggiungendosi alla previsione specifica delle pene per la singola figura di reato, determinando alla fine un potenziale punitivo di gran lunga locupletato rispetto a quello originariamente progettato dal legislatore. Per queste ragioni il criterio di proporzionalità che governa gli aspetti di adeguatezza sanzionatoria deve tener conto del fatto che il percorso punitivo non termina con la comminatoria, ma si completa soltanto con la irrogazione della pena nella fase della sua concreta applicazione e afflittività⁷².

Il tema della proporzionalità in senso stretto è da sempre al centro della vicenda esecutiva della pena, non solo da parte del giudice nazionale attraverso il quadro normativo che emerge dalla legge sull'Ordinamento Penitenziario n. 354 del 1975 ma anche della Corte di Strasburgo che ne ha fatto ampia applicazione, delineandone con precisione i confini e i contenuti⁷³. Si tratta naturalmente del

⁷² F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 325.

⁷³ M.A. EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 3. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1999, 760.

profilo di adeguatezza sanzionatoria che attiene alla sola fase di applicazione del diritto, alla ricerca di quell'equilibrio empirico per assicurare simmetria punitiva in termini di prevenzione generale, *sub species* rieducazione, a pene o a misure alternative che vanno adeguate alla personalità del condannato in funzione del suo reinserimento sociale⁷⁴.

La magistratura di sorveglianza, ma così anche i vertici amministrativi dell'Amministrazione penitenziaria, possono ricorrere a misure e sanzioni che limitano ulteriormente o modulano lo stato detentivo⁷⁵, basta pensare ai reati del 4-bis O.P. che orienta l'applicazione dell'art. 41-bis o alla misura di rigore dell'art. 14-bis O.P., ampliando i margini di quella asimmetria punitiva chiamata a garantire il trattamento rieducativo⁷⁶.

L'inadeguatezza sanzionatoria finale si risolve, in buona sostanza, in un errore di carattere metodologico, che oltre a mostrare il fianco debole della conformità al principio di rieducazione che potrebbe rimanerne mortificato, denunciando una chiara illegittimità della norma proprio a causa di uno sproporzionato percorso sanzionatorio che, nel concreto, supera la soglia della previsione punitiva della norma stessa.

7. Gli incentivi normativi a una legalità penale di stampo continentale aprono nuovi orizzonti del liberalismo penale, itinerario concettuale con base politica, coltivato e consolidato negli ultimi secoli nei sistemi penali nazionali: «Inoltre, il principio di legalità dei reati e delle pene appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è stato sancito da vari trattati internazionali, segnatamente all'articolo 7, paragrafo 1, della CEDU»⁷⁷.

Tuttavia, il liberalismo penale come patrimonio comune è stato seguito in maniera diversificata, a seconda dei sistemi politici che lo ispiravano, soprattutto per la struttura istituzionale del singolo stato nazionale. Una legalità più rigida o più flessibile a secondo della matrice costituzionale che ne rappresenta la base conformante.

Il dopoguerra ha certamente imposto nuovi valori ispiratori dei sistemi giuridici, incanalando il massimo dello sforzo a elevare a referente omogeneo i diritti fondamentali della persona umana, mai negoziabili e definitivamente sottratti alla disponibilità delle scelte politiche. In questo modo l'opzione giuridica che ha guidato la mano dei legislatori trova oggi una omogeneità rappresentativa dove la ricerca della punizione, seppure ispirata alla protezione dei beni della persona, è chiamata a

⁷⁴ G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in www.penalecontemporaneo.it: «In siffatta prospettiva -e avvalendosi, almeno in parte, di una consolidata "ricostruzione" teorica della struttura del principio *de quo*, è possibile affermare che l'individuazione o la scelta della misura restrittiva o coercitiva, che determini un sacrificio degli interessi dei detenuti proporzionato rispetto al beneficio atteso in favore dell'interesse primario affidato in cura all'Amministrazione penitenziaria dalla norma attributiva del potere (e, di conseguenza, il sindacato giurisdizionale sull'uso proporzionato di tale potere), si fondano su di una verifica che si snoda lungo le fasi sequenziali dell'*idoneità*, della *necessarietà*, dell'*adeguatezza tecnica* e della *proporzionalità in senso stretto*».

⁷⁵ Tra le fonti del diritto penitenziario chiamate a modulare il trattamento rieducativo con restrizioni o ampliamento dell'esercizio dei diritti è importante il DPR n. 230 del 2000 *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

⁷⁶ M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, 2180. Alla radice del carcere duro e agli aspetti controversi della sua natura, ci sia consentito di rinviare a P. TRONCONE, *Compatibilità costituzionale e aporie sistemiche del nuovo art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Riv. pen.*, 2005, 547.

⁷⁷ In questo senso da ultimo Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, Sentenza 5 dicembre 2017, cit.

rispettare comunque e sempre i diritti della persona.

Un liberalismo, il cui percorso concettuale abbandona la base etica e si preoccupa oggi di acquisisce un fondamento di tipo normativo, capace di imporre scelte vincolanti e omogenee a tutti sistemi costituzionali che concorrono a formare l'Unione. Del resto la vincolatività normativa della Carta di Nizza, il cui riconoscimento è ormai patrimonio scontato delle Corti superiori degli stati, fornisce quel contributo utile all'armonizzazione delle legislazioni e alla omogeneità nella fase della scelta di criminalizzazione e in quella del suo controllo rispetto ai principi dell'Unione. La lunga strada del liberalismo che ha segnato sempre nuovi percorsi per legittimarsi nella sua oggettività valoriale, persegue non una nuova e complessiva legalità, ma un liberalismo di tipo continentale, condiviso, sindacato e sindacabile, in cui il carattere unificante del nuovo approdo ideologico è soltanto la tutela della persona.

Una istanza di tutela coltivata da due orizzonti normativi diversi, dove da un lato si coglie il conio della produzione normativa ordinaria; dall'altra il rispetto dei diritti della persona che entra nelle dinamiche relazionali della giurisdizione penale. Ridisegnare in questo modo il potere di produzione della norma incriminatrice e il controllo legislativo, attraverso una legalità rinforzata e condivisa, rende superfluo anche ipotizzare, come razionale procedimento di uniformità, il ricorso alla teoria dei controlimiti e con essa il conflitto interno tra i presidi di legalità che, prima di ogni altri, andrebbero rivisitati e adeguati, così come inibire il potenziale sanzionatorio dell'opera di disapplicazione che finisce per favorire conflitti e non contribuisce all'armonia normativa⁷⁸.

⁷⁸ La Corte di Lussemburgo apre un nuovo capitolo con l'ultima sentenza Taricco, in cui propone una forma dialogica di controllo, e a nostro parere, di formazione del diritto, in Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, Sentenza 5 dicembre 2017 *cit.*: «Occorre anzitutto ricordare che il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri, il quale mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione nonché la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto».

Garanzie partecipative dell'imputato, precedenti sovranazionali e riforme strutturali del sistema

FABIANA FALATO

ABSTRACT

The legislator of 2014 - to which that of 2017 gives a sign of continuity (art. 1, co. 71, law 23 June 2017, n. 103) regarding the remedy of rescission of res judicata - has shifted the axis of judicial control from the traditional theme of verifying the formal validity of the notification of the document with informative content, to the concrete perception and information of the relative consequences by the accused, conceiving the trial in absentia only on the occasions in which it appears that he had real awareness of the process at his expense and has waived - expressly or tacitly - to exercise the right to be personally present in the courtroom.

SOMMARIO: 1. La conoscenza del processo. Tra presunzioni formali e vizi di legalità. – 2. Sospensione del processo e volontà partecipativa dell'imputato. – 3. La funzione 'rimediativa' della rescissione del giudicato.

1. La spinta di fondo, che ha consentito di passare dal processo inquisitorio alla progressiva diffusione del modello accusatorio, va ricercata nell'affermazione del garantismo giudiziario, originato, a sua volta, da un innovato equilibrio tra i poteri dello Stato e dal ripensamento di quella che, con (in)felice intuizione¹, è stata definita la cultura del *garantismo inquisitorio*. Fenomeni, che hanno condotto, progressivamente, il legislatore ad assumere un atteggiamento radicale – per alcuni, addirittura *anarcoide* – sospettoso nei confronti di qualsiasi schema processuale che, per garantire efficienza, minacciasse di incidere efficacemente sui diritti dell'individuo; e che propongono di considerare il processo, principalmente, come strumento di garanzia dell'imputato, senza, peraltro, trascurare l'altro aspetto della sua destinazione a reprimere legalmente i reati. Eventi, ai quali hanno fatto riscontro, sul piano procedurale, l'espandersi delle situazioni giuridiche soggettive protette e, con esse, una segnatura del processo come limite, piuttosto che come strumento della giustizia coercitiva.

Sul piano politico, la conseguenza è stata il trasponimento nella struttura processuale delle regole della democrazia.

Lo conferma il Preambolo penalistico della Costituzione (artt. 112; 24, co. 2; 27, co. 2; 111, co. 1, Cost.), nella sua funzione di sintesi dell'impegno del Costituente sui temi della procedura penale; nella volontà di costruire un sistema fondato sulla tutela della persona e sul processo per l'individuo di chiara matrice personalistica; nel suo svelarsi come *sede* dei principi di giustizia e di logica giuridica, connaturali all'idea stessa di diritto ad un *dialogo* che esalti i valori della dignità, della libertà e delle garanzie procedurali dell'imputato, attento ai *modi* di difesa della persona; nella sua

¹ Corte cost., 10 luglio 1968, n. 96.

E. AMODIO, *Un questionario sul nuovo processo penale*, in *Democrazia e diritto*, 1976.

attenzione alle istanze garantistiche, più che di tutela sociale. *Atteggiamenti* che rivisitano il modello classico di giurisdizione, optando per soluzioni a favore della *partecipazione* anziché dell'agire monologico del giudice, del metodo dialogico per ogni fase della vicenda processuale e del contraddittorio, come regola cognitiva irrinunciabile *nella e per* la giurisdizione.

In questo contesto, le posizioni giuridiche soggettive diventano premesse ontologiche della giustizia penale e delle situazioni che in essa si rivelano; obiettivi del legislatore, e sintesi della moderna dimensione della *legalità*.

Sull'ultimo profilo. Il processo coinvolge le due *misure* dell'esistenza di una società, in una dialettica che si gioca tra il polo dell'individuo e quello dello Stato. Questa è (anche) la ragione della sua pregnanza politica e della sensibilità alle oscillazioni ed alle ambivalenze della storia.

Sicché, è stata (e lo è tuttora) fisiologica l'influenza degli ordinamenti e dei sistemi sovranazionali sul modello accusatorio; i quali, incidendo sulla ricostruzione dei *materiali*, hanno fornito apporti per la riforma di alcuni istituti della procedura penale, tra cui, appunto, il *processo contumaciale*.

In generale, l'innovato rapporto tra *storia e politica* ha arricchito il sistema di garanzie procedurali di nuovi *presidi*: la CEDU e la sua giurisprudenza, che si aggiungono ai codici e alla Carta costituzionale nazionale, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tutti si manifestano «come ulteriore e massimo livello di “sacralizzazione delle garanzie”, che non costituisce semplicemente il riverbero di un ordine superiore, ma piuttosto il deposito valoriale sedimentato e condiviso in un lungo percorso di civilizzazione, un “denominatore costituzionale comune” il cui “nucleo duro” è ormai sottratto alla disponibilità dei singoli Stati»².

Da qui scaturiscono le riforme strutturali del processo dell'ultimo periodo. Di questa cultura è testimonianza la l. n. 67 del 2014, rappresentando il risultato di una copiosa elaborazione giurisprudenziale convenzionale e legislativa comunitaria in tema di *contumacia*, che negli anni ha portato il legislatore a ripetute messe a punto del codice di rito, nell'ottica della integrazione di categorie dogmatiche differenti per la costruzione, in particolare, di un sistema europeo di tutela del *diritto partecipativo* dell'imputato.

L'abrogazione del processo contumaciale – e i rimedi ripristinatori del *diritto al processo* –, espressione del progressivo allineamento del sistema processuale penale alle decisioni emesse dalla Corte europea sul tema, rappresenta il punto di arrivo di una lenta evoluzione dell'istituto della contumacia; che, nel succedersi delle codificazioni, dapprima, ha perso qualsiasi implicazione punitiva nei confronti del soggetto che si sottraeva alla contesa (codici del 1865 e del 1913), poi, è stata configurata alla stregua di una particolare *posizione soggettiva* irrilevante sul piano strettamente probatorio (codici del 1930 e del 1988), fino a determinare la preclusione al proseguimento del giudizio (art. 420 *quater* c.p.p.) e la rescissione del giudicato (art. 629 *bis* c.p.p., *ex* art. 625 *ter* c.p.p.). Il legislatore del 2014 – a cui dà segno di continuità quello del 2017 (art. 1, co. 71, legge 23 giugno 2017, n. 103) per quanto riguarda il *rimedio* della rescissione del giudicato – ha spostato l'asse del controllo giurisdizionale dal tradizionale tema di verifica della *validità formale* della notifica dell'atto a contenuto informativo, alla concreta percezione ed informazione delle relative conseguenze da parte

² V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES E V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano 2011, 76.

dell'imputato, concependo il processo *in absentia* soltanto nelle occasioni in cui risulti che egli abbia avuto reale consapevolezza del processo a suo carico ed abbia rinunciato – in modo espresso o tacito – ad avvalersi del diritto di essere presente personalmente in aula³. A quello *status* è equiparata, dunque, l'ipotesi della volontaria sottrazione a conoscere del procedimento o di suoi specifici atti.

Nel paradigma precedente, viceversa, la tutela del soggetto non comparso era (ugualmente) affidata al giudice, il quale, prima di dichiararne la contumacia, doveva verificare se l'assenza all'udienza dipendesse da una sua libera scelta, piuttosto che dalla mancata *vocatio*, così da rendere necessario rinnovare l'avviso (art. 420 *bis* c.p.p.).

La regola di comportamento, inoltre, funzionava pure nelle ipotesi di assoluta impossibilità di presenziare all'udienza per legittimo impedimento, caso fortuito e/o forza maggiore (art. 420 *ter* c.p.p.). La sua inosservanza, quindi, la declaratoria di contumacia in presenza di una condizione ostativa (provata mancata conoscenza dell'avviso, provata impossibilità di comparire in udienza per legittimo impedimento, caso fortuito e forza maggiore), era sanzionata con la nullità dell'ordinanza e rimediata con la regressione del procedimento alla fase di accertamento della costituzione delle parti (art. 420 *quinquies*, co. 4, c.p.p.). Qualora il *vizio* fosse stato provato prima della fine della discussione, il giudice revocava il provvedimento e l'udienza proseguiva, qualora l'imputato fosse comparso; viceversa, si provvedeva a rinviarla, con possibilità di stralcio (art. 420 *quinquies* commi 5 e 6 c.p.p.).

Il cambio di prospettiva è sintomo di una crescente preoccupazione del legislatore per i diritti e documenta il passaggio definitivo da strumenti oppressivi a metodi di accertamento dialettico della verità. È chiaro anche lo scopo: contrastare l'ampio ricorso a *presunzioni legali di conoscenza* del processo prive di sufficiente base fattuale, per arricchire di garanzie la partecipazione dell'imputato al *suo* processo; riconoscere a quella *presenza* natura di diritto procedurale che non riguarda solo la posizione giuridica del soggetto, ma diventa *condizione di legalità* del processo stesso, assicurando il regolare svolgimento della giurisdizione.

S'è detto: dal processo autoritativo si è passati a quello democratico; al cognitivismo potestativo (art. 299 c.p.p. 1930) si è sostituito una *via legale del comprendere giudiziale* (art. 190 c.p.p.).

È cambiato anche l'approccio alla verità: *materiale* e affidata al giudice nel primo modello; *giuridica, dialettica, legale* ed assegnata alle parti, nel secondo⁴.

In questo contesto, il *diritto all'ascolto* – il cui presupposto è il *diritto dell'imputato di accedere al suo processo* – è senza dubbio connotato di sistema; è principio naturale del processo e diritto fondamentale del- l'individuo, nella misura in cui realizza la dialettica nelle forme del diritto di difesa (nella fase delle indagini preliminari), del contraddittorio, del- l'oralità e della immediatezza (nel dibattimento), della rappresentazione (nei riti alternativi).

³ In argomento, *ex multis*, B. NACAR, *Il processo in absentia tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Padova 2014; D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2014; A. MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino 2010; E. MARZADURI, *Sulla necessità di una riforma del giudizio in contumacia*, in *La Legislazione penale*, 2014, 614 ss.

⁴ F. FALATO, *I saperi del giudice. A proposito dell'uso della scienza privata nel processo penale*, Napoli 2020, 48 ss.

Ancora. È un aspetto del *sistema integrato* di garanzie, aggregandosi al diritto alla comprensione linguistica delle attività processuali⁵, al diritto all'informazione⁶; alla presunzione di innocenza⁷.

Infine. È *presidio* del principio di *disponibilità* della situazione partecipativa – specularmente, del diritto dell'imputato di *disinteressarsi* al suo processo, precluso soltanto nelle situazioni in cui egli sia fonte di prova (artt. 132 e 490 c.p.p.) – che del primo rappresenta il presupposto.

Ebbene, è innanzitutto la sinallagmaticità tra i diritti (*conoscere ergo, disporre*) ad obbligare che il dibattimento si svolga soltanto quando la parte ne abbia avuto una *reale* contezza ed a trovare soluzioni al problema dell'uso patologico di *presunzioni conoscitive*. La perentorietà di quella relazione giustifica (pure) la previsione della rescissione del giudicato, che completa la riforma strutturale del processo contumaciale affiancando la sospensione del procedimento; che, a sua volta, garantisce le situazioni di *pseudo* cognizione dell'udienza e/o del procedimento. Sul distinguo, si dirà. Eppure, questa mirabile intessitura di eventi, pur ponendo al centro dell'attenzione di legislatori e Corti la tutela delle garanzie partecipative, non ha saputo risolvere efficacemente i problemi di effettività; non la prima volta, nel 2014, né l'ultima, nel 2017, quando il legislatore si è mosso nel segno della continuità, non solo tecnica.

Perciò, l'approccio al tema non può prescindere dalla ricostruzione degli elementi ontologici e dei principi dogmatici che hanno segnato il passaggio dal processo contumaciale al processo *in absentia*, rappresentando altrettante prospettive metodologiche delle conoscenze, delle analisi e delle offerte ermeneutiche che si coltivano. Lo *status* di contumacia assicurava lo svolgimento del dibattito, quando l'imputato, pur essendone consapevole, non vi compariva, senza addurre un legittimo impedimento. Lo schema era valido sia nel vigore del codice del 1930 – come testimoniano gli artt. 428; 497 ss. c.p.p. – che nel codice del 1988, prima della riforma del 2014, come rivelano le regole di comportamento dettate nell'art. 420 *bis* ss. c.p.p. In entrambi i modelli, il legislatore legittimava la prosecuzione del giudizio, nonostante l'imputato non fosse comparso, considerando, però, come se fosse presente.

Tuttavia, se si osservano le occasioni in cui ciò era consentito, si nota il distinguo, di natura ontologica, tra le regole della *pseudo presenza* rispetto a quelle della contumacia.

Difatti, l'art. 428 *quinquies* commi 1 e 2 c.p.p. (artt. 125 cpv.; 427 cpv.; 428; 434; 497 cpv. c.p.p. 1930) prevedeva situazioni in cui v'era la *prova* che l'imputato fosse *effettivamente* edotto del giorno e del luogo del dibattimento, tanto che chiedeva o consentiva che il dibattimento si svolgesse in sua assenza o, se detenuto, rifiutava di assistervi, oppure, presentatosi all'udienza, se ne allontanava – o veniva allontanato *ex art. 475 c.p.p.* – o, se detenuto, evadeva.

Viceversa, il segmento normativo degli artt. 420 *bis*; 420 *ter* commi 1 e 2; 420 *quinquies*, co. 1; 420 *quater*, co. 6, c.p.p. (art. 497 c.p.p. 1930), che regolava la contumacia, si riferiva a circostanze oggettive di mancata presenza all'udienza e di difetto della prova dell'assoluta impossibilità di

⁵ Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

⁶ Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

⁷ Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

comparire, rispetto alle quali le ragioni dell'assenza erano assolutamente ininfluenti, tanto che il giudizio proseguiva ugualmente.

Appare chiara la diversità delle due ipotesi: la prima era caratterizzata dalla *concreta certezza* della consapevolezza dell'imputato dello svolgimento attuale o futuro del dibattimento a suo carico; nella seconda, quella *certezza* era *legale*, poiché dipendeva dall'osservanza delle regole di comportamento dettate per rendere efficiente il sistema delle notificazioni. Sicché, l'assenza costituiva l'effetto di una *presunzione conoscitiva di fatto*, mentre la contumacia, di una *presunzione formale, normativa, legale*.

La ricostruzione evidenzia la tendenziale incompatibilità di quel *sistema* con il prototipo europeo di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, nel quale la partecipazione al processo si atteggia come *diritto* piuttosto che come *onere*; e fonda la nostra convinzione che soltanto la salvaguardia dei rapporti tra *conoscenza, accesso, partecipazione ed ascolto* garantisce il giusto processo. Il discorso è complesso e circolare: se l'ascolto è diritto procedurale dell'imputato; se esso è condizione per la realizzazione del processo di parti e della parità di armi, necessariamente deve presupporre l'informazione sull'accusa così che il soggetto possa validamente esercitare il diritto a partecipare al *suo* processo.

Da altra prospettiva. Se è indubbio che la *disponibilità* si muove sul terreno delle scelte processuali; altrettanto certo è che quelle non si misurano soltanto in riferimento all'onere della prova o al tema di prova, né fanno leva solamente sulla intangibilità della pretesa oggettiva del processo, rivelandosi protese verso l'interesse dell'imputato al processo. Il principio non vale per il pubblico ministero, obbligato dall'onere della prova, di cui è esclusivo titolare.

Insomma, quel *comportamento* attiene sicuramente alle strategie con cui le parti intendono affermare il *thema probandum*, che si manifestano nei *modi* dell'accertamento. Allo stesso tempo e modo, quella *risorsa* riconosciuta all'imputato – da cui è escluso il pubblico ministero – impegna pure la *gestione* delle modalità partecipative rispetto alle situazioni descritte dall'art. 420 *bis* c.p.p., la quale, a sua volta, presuppone una *reale* consapevolezza del procedimento, non anche *presunta*. Sicché, anche in questi termini, la reciprocità tra situazioni giuridiche soggettive protette si manifesta innanzitutto nelle garanzie inerenti i presupposti del sistema nel quale si colloca l'avvenimento probatorio; tra le quali, rientrano quelle partecipative.

Insomma, vi sono situazioni giuridiche soggettive – quali, ad esempio, quella di difendersi personalmente (dunque, il diritto al silenzio), di interrogare o di far interrogare i testimoni – che difficilmente potrebbero essere esercitate (*id est*: garantite) senza la presenza del diretto interessato. Di conseguenza, il diritto di assistere all'udienza è garanzia capofila del giusto processo; per questo esso non coinvolge soltanto la dialettica processuale, né è esclusiva manifestazione del diritto di difesa. Non meraviglia.

Osservando il sistema delineato nel Preambolo penalistico della Costituzione integrato con le fonti sovranazionali – espresso nella linea normativa degli artt. 112; 24, co. 2; 27, co. 2; 111, co. 1, Cost.; 47-50 CDFUE [11, 117, co. 1, Cost.], 6 CEDU [117, co. 1, Cost.] –, si comprende che il *diritto ad avere notizia del processo*, diverso dal (seppure collegato al) *diritto di conoscere l'accusa* (connesso esclusivamente alla effettività della difesa in singole situazioni procedurali), garantisce

prioritariamente la situazione *dell'accesso* alla vicenda processo, della facoltà di assistervi, di ascoltare e di seguire il dibattimento, includendovi pure il diritto di rinunciarvi.

L'ultimo punto va chiarito.

Ebbene, non v'è rinuncia all'accertamento, nè al diritto alla giurisdizione – non sarebbe ipotizzabile, considerata la loro natura indisponibile –, garantiti dalla presenza del difensore (art. 420 *bis*, co. 3, c.p.p.) e dall'obbligo, posto in capo all'imputato, di presenziare all'udienza quando l'*ascolto* sia funzionale a soddisfare i bisogni di conoscenza del giudice (artt. 376; 399; 490 c.p.p.). Egli abdica soltanto all'esercizio delle prerogative procedurali, nell'esercizio del più ampio diritto all'autodifesa, di natura *disponibile*, come dimostra la mancanza di qualsiasi previsione dispositiva dell'accompagnamento coattivo al di fuori delle occasioni tassativamente previste (art. 132 c.p.p.).

In questo ambito, si inserisce a pieno titolo la messa a punto del processo *in assenza* fino alla deroga del processo contumaciale. Operazione coerente – ma non immune da criticità – con la inarrestabile opera del legislatore volta a riformare, dopo venticinque anni dall'entrata in vigore del codice, la giustizia penale; quasi a voler rimediare al *deficit* di tutela sul fronte dei diritti fondamentali della persona, sulla spinta dei dettati delle Carte e delle Corti sovranazionali.

2. L'abolizione del giudizio contumaciale non ha escluso (non poteva) la possibilità di celebrare il processo *in absentia*, purché l'assenza sia *informata*. Ne ha soltanto ridisegnato i contorni, realizzando – se in maniera (in)efficace lo diremo poi – la tutela *integrale* dell'*accesso* al processo, nell'ambito di un sistema *integrato* di garanzie.

La riforma mostra i segni evidenti del condizionamento delle condanne inflitte all'Italia dalla Corte europea per violazione dell'art. 6 § 3 lett. c), d) ed e) CEDU⁸; tiene conto della legislazione dell'Unione europea⁹ e delle fonti internazionali¹⁰; partecipa dell'apertura dell'ordinamento nazionale a quelli sovranazionali¹¹ e della tensione verso la facilitazione della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea e il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie¹². Se il profilo connota l'evoluzione prodotta dall'integrazione delle fonti europee sulla cultura giuridica del Paese, in relazione al sistema di tutela dei diritti fondamentali; allo stesso tempo, non sempre l'opera di rivisitazione *nazionale* delle categorie giuridiche tradizionali si mostra efficace. Spesso, come in questo caso, appare criticabile già nella individuazione dei *tipi* di strumenti adottati per risolvere le immanenti criticità.

Infatti, dubitiamo dell'attitudine tecnica del rinnovato *processo in assenza* e della *sospensione del processo per assenza* a risolvere concretamente i problemi della tutela delle garanzie partecipative dell'imputato.

⁸ Corte eur. 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*; Id., 28 agosto 1991, *F.C.B. c. Italia*; Id., 12 ottobre 1992, *T. c. Italia*; Id., 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*; Id., 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*; e Id., GC, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*.

⁹ Oggi rafforzata dalla direttiva 2016/342/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

¹⁰ Specialmente dell'art. 14, co. 3, lett. *d-e-f* del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della Risoluzione del Consiglio d'Europa n. 11 del 21 maggio 1975.

¹¹ A partire da Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

¹² Decisione-quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni-quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI, 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

Allo stesso modo, in un contesto più ampio, non siamo certi che la legislazione nazionale abbia ottemperato all'adeguamento del sistema processuale alla legalità procedurale imposta, nelle varie declinazioni del *giusto processo*, dal combinato disposto degli artt. 24, co. 2, 111, co. 1, 111, co. 2 e 3, Cost.; 6, § 3 CEDU; 6, § 3 TUE, 48, § 2 CDFUE (6, § 1, TUE), 81, § 2, lett. b), TFUE.

Le ragioni si approfondiranno. Qui, invece, va detto subito, che le riforme completano (*rectius*: tentano di completare) l'opera di rinnovamento iniziata dai legislatori precedenti e dagli interventi additivi della Corte costituzionale, che avevano cercato di risolvere le emergenze che si concentravano, soprattutto, sull'art. 175 c.p.p. e sull'istituto della remissione in termini.

Invero, il tema della posizione giuridica dell'imputato in rapporto alla sua partecipazione al processo è risalente.

Lo testimonia il dato che la prima sentenza che condannò l'Italia per violazione delle garanzie partecipative previste dall'art. 6 CEDU fu emessa in relazione all'art. 183 *bis* c.p.p. 1930¹³. In quella occasione, la Corte denunciò la carenza strutturale dell'ordinamento interno nella parte in cui non prevedeva una misura che controbilanciasse la *presunzione conoscitiva legale* con la possibilità per il soggetto di ottenere una nuova pronuncia di merito una volta appreso della pendenza del procedimento. Infatti, nonostante fosse previsto il rimedio del cd. *appello ritardato* (art. 199 c.p.p. 1930), nel caso di procedimento svolto fin dall'inizio con il rito della irreperibilità, il rito non comportava un riesame di merito della sentenza contumaciale – che, di conseguenza, manteneva piena validità – quanto un mero giudizio di seconda istanza con tutti i relativi limiti.

La riforma *suggerita* dalla Corte europea fu realizzata con la legge 23 gennaio 1989 n. 22; che, tra le altre novità, estese l'ambito di applicazione della remissione in termini alla ipotesi di impugnazione della sentenza contumaciale ed all'opposizione a decreto penale di condanna. Specificamente, rispetto all'abrogato art. 183 *bis* del codice del 1930, il combinato disposto degli artt. 175; 176; 603, co. 4, c.p.p. (nella formulazione originaria) prevedeva l'introduzione della richiesta di restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso la sentenza emessa in assenza (ovvero del decreto penale di condanna), purché l'imputato avesse provato di non aver avuto *notizia* certa del procedimento e sempre che il gravame non fosse stato già presentato dal difensore. Ancora. A condizione che l'inosservanza del termine fosse incolpevole ovvero, nel caso di notifica al difensore (combinato disposto degli artt. 159; 161, co. 4; 169 c.p.p.), l'imputato non si fosse volontariamente sottratto alla conoscenza degli atti del procedimento. Infine. Era prevista la rinnovazione della istruzione dibattimentale da parte del giudice dell'appello per il contumace incolpevole.

Le modifiche non alterarono la natura del procedimento contumaciale che prevedeva la lettura in dibattimento dell'interrogatorio reso nella fase istruttoria, nonché lo svolgimento del giudizio secondo le forme ordinarie, garantito dalla presenza del difensore. Il testo originario del codice del 1988 si poneva tendenzialmente in linea di continuità con la disciplina previgente, nonostante manifestasse, sia pure *in nuce*, una linea ispiratrice maggiormente garantista, che accordava generale e specifico rilievo ai diritti *partecipativi* dell'imputato, oltre che, specularmente, al carattere incolpevole della sua mancata comparizione, tanto da ammettere la rinnovazione della citazione a giudizio non solo nei casi di comprovato legittimo impedimento a comparire (art. 486 c.p.p.) o di

¹³ Corte eur., 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*.

prova negativa (art. 485 co. 1, prima parte; 175, co. 2 c.p.p.), ma anche di mera probabilità (art. 485, co. 1 seconda parte; co. 2 c.p.p.). Di qui, la previsione di autonome regole che disciplinavano il distinto istituto dell'assenza.

Si ribadiva la forma ordinaria del processo contumaciale, prevedendo, quali innovazioni: la notifica obbligatoria al contumace, oltre che all'assente, dell'estratto del verbale di dibattimento recante la modifica dell'imputazione, nonché la contestazione di reati connessi e di circostanze aggravanti (art. 520, co. 1, c.p.p.). E se ne collegava la disciplina, a quella della restituzione in termini, rispetto alla quale il legislatore si poneva, viceversa, in termini di discontinuità rispetto al sistema previsto dal codice del 1930. Accanto alle ipotesi del caso fortuito e della forza maggiore, era espressamente prevista, in favore del contumace, la restituzione del termine per impugnare, a condizione che avesse provato di non aver avuto contezza del provvedimento (art. 175, co. 2, c.p.p.).

L'accertamento del difetto, sempre se incolpevole, rappresentava il presupposto della richiesta di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello (art. 603, co. 4, c.p.p.).

A sua volta, la verifica della regolare costituzione delle parti in udienza preliminare, riproduceva quella del dibattimento – soprattutto in riferimento ai presupposti richiesti per disporre il rinnovo della notifica dell'avviso della nuova udienza – come appare dal confronto dell'art. 420 c.p.p. con l'art. 485 c.p.p.; anche se (solo) nel primo mancava qualsiasi riferimento alla contumacia.

La legge 16 dicembre 1999, n. 479 ha modificato radicalmente gli istituti della contumacia e dell'assenza, trasferendo la disciplina prevista per il dibattimento negli artt. 485 e 486 c.p.p. in quella dell'udienza preliminare (artt. 420 *bis*, 420 *ter* c.p.p.). In particolare, l'art. 420 *quater* c.p.p. riprendeva, adattandolo, l'art. 487 c.p.p. abrogato dall'art. 39, co. 2 della l. n. 479 del 1999. Allo stesso modo l'art. 420 *quinquies* c.p.p., che, estendendo alla fase l'applicabilità degli istituti dell'assenza e dell'allontanamento volontario dall'udienza, delineava un modello analogo a quello previsto per il dibattimento dall'art. 488 c.p.p.

L'operazione, particolarmente farraginoso, non soddisfò le esigenze di garanzia manifestate dalla giurisprudenza di Strasburgo. Di qui, ulteriori ricorsi alla Corte europea, ai quali seguirono altre condanne¹⁴, con le quali si rilevò esplicitamente un vizio strutturale dell'ordinamento nazionale determinato dall'assenza di un meccanismo effettivo, volto a concretizzare il diritto delle persone condannate in contumacia – che non fossero state effettivamente informate del procedimento a loro carico e a condizione che non avessero rinunciato in maniera certa e consapevole a comparire – di ottenere che una giurisdizione esaminasse nuovamente il caso, dopo averle ascoltate sul merito delle accuse, nel rispetto dei principi di cui all'art. 6 CEDU.

Nella prospettiva convenzionale, invero, il processo contumaciale non era (né lo è), di per sé, ritenuto incompatibile con le garanzie della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁵, in quanto la impossibilità di reperire l'imputato non può automaticamente paralizzare le pretese punitive dello Stato.

¹⁴ Corte eur., 17 luglio 2002, *Osu c. Italia*; Id., 2 settembre 2004, *Kimmel c. Italia*.

¹⁵ Corte eur., 22 gennaio 1985, *Colozza c. Italia* e, da ultima, Id., 23 maggio 2006, *Kounov c. Bulgaria*.

Viceversa, si ha un diniego di giustizia «flagrante»¹⁶, qualora all'assente che venga a conoscenza del processo e/o della condanna non sia consentito di ottenere un riesame del merito delle accuse in sua presenza e dopo avergli consentito di fornire gli elementi che ritiene necessari per la sua difesa¹⁷.

La regola soffre due eccezioni: il caso in cui l'imputato abbia volontariamente rinunciato al proprio diritto di comparire e di difendersi; e quello in cui abbia avuto l'intenzione di sottrarsi alla giustizia. Soltanto in tali casi il rifiuto di un nuovo processo o di una riapertura della procedura non determinerà la responsabilità dello Stato ai sensi dell'art. 6 CEDU¹⁸.

La legge 22 aprile 2005, n. 60 ha cercato di garantire, con misure più appropriate, la effettività del diritto dell'imputato di presenziare al *suo* processo; epperò, il risultato è stato parziale e, sotto certi aspetti, fallace, anche a causa dello strumento della decretazione d'urgenza adottato (d.lg. 21 febbraio 2005, n. 17). La delicatezza della situazione, riguardando la rivisitazione organica del sistema procedurale in punto di rafforzamento dei diritti, avrebbe richiesto la garanzia della *dialetticità* tipica del Parlamento, piuttosto che un congegno di azione politica duttile e rapido quale è, appunto, il decreto-legge. Gli interventi novellistici sono stati scarni: si riconosceva al contumace il diritto alla restituzione nel termine per impugnare, salvo che non ricorressero le diverse situazioni dell'assenza; fu soppresso, in particolare, l'onere di provare, posto in capo al richiedente, la conoscenza effettiva della esistenza del procedimento e l'assenza di colpa, con la conseguenza che, qualora non fosse stata pienamente fornita, doveva essere concesso un nuovo termine alla difesa.

Al contrario, non fu introdotta la previsione della regressione del procedimento qualora fosse stata accolta l'istanza di restituzione: l'imputato aveva diritto ad impugnare la sentenza contumaciale, ma non quello alla celebrazione *ex novo* del processo illegalmente svoltosi, nonostante nel giudizio d'appello potesse essere disposta la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Nemmeno fu prevista, in caso di irreperibilità, la sospensione del procedimento in corso, anticipata al momento della fase investigativa, a seguito della infruttuosa notificazione dell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.; neppure fu inserito, quale rimedio *a posteriori*, l'automatico annullamento della sentenza di primo grado come effetto della successiva comparizione del contumace.

A ben vedere, non vi fu allineamento alla prevalente tradizione europea, continuando a non prevedersi la sospensione del procedimento in caso di non reperibilità, né l'annullamento della sentenza di primo grado con nuova pronuncia di un giudice nel merito, previa istruttoria dibattimentale condotta alla presenza dell'imputato; il meccanismo, inoltre, lasciava ampia discrezionalità al giudice circa il provvedimento di rinnovazione del giudizio.

Perciò, il limitato impianto processuale fu oggetto di successive condanne da parte della Corte europea¹⁹; che, però, non furono recepite dalla giurisprudenza nazionale, la quale, in senso opposto, valorizzò i meccanismi della *presunzione legale*, ritenendo idonei ad assicurare il *diritto partecipativo*, parametri meramente formali, non concreti²⁰, mentre nell'ottica della Convenzione europea, la conoscenza «effettiva» del procedimento presuppone(va), ai sensi dell'art. 6 CEDU, un

¹⁶ Corte eur., 24 marzo 2005, *Stoickov c. Bulgaria*.

¹⁷ Corte eur., 16 ottobre 2001, *Einhorn c. Bulgaria*; Id., 13 febbraio 2001, *Krombach c. Francia*.

¹⁸ Corte eur., G.C., 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*; Id., 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*; Id., 14 giugno 2001, *Medenica c. Svizzera*.

¹⁹ Corte eur., 9 giugno 2005, *R. R. c. Italia*; Id., 21 dicembre 2006, *Zunic c. Italia*; Id., 8 febbraio 2007, *Pititto c. Italia*.

²⁰ Cass. pen., sez. un., 7 febbraio 2008, n. 6026.

atto formale di contestazione idoneo ad informare l'accusato, nel più breve tempo possibile, in una lingua comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, al fine di consentirgli di difendersi nel «merito».

Secondo la costante giurisprudenza della Corte europea, «avvisare qualcuno delle azioni penali rivoltegli costituisce un atto giuridico di tale importanza da dover corrispondere a condizioni di forma e di sostanza idonee a garantire l'esercizio effettivo dei diritti dell'accusato [rispetto al quale] una conoscenza vaga e non ufficiale non potrebbe bastare»²¹.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 4 dicembre 2009 determinò una prima svolta in direzione garantista. Da un lato, rammendando le fonti sovranazionali, nell'ottica del dialogo: «Il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al processo che lo riguarda è sancito dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, firmato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia in base alla legge 25 ottobre 1977, n. 881²², che attribuisce all'imputato il «diritto di essere presente al processo» (art. 14, co. 3, lett. d).

Il medesimo diritto, nello spazio europeo, è garantito dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia in base alla legge 4 agosto 1955, n. 848²³, nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nei termini più avanti specificati. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la risoluzione del 21 maggio 1975, n. 11, ha precisato i criteri da seguire nel giudizio in assenza dell'imputato, stabilendo, tra le «regole minime», che «ogni persona giudicata in sua assenza deve poter impugnare la decisione con tutti i mezzi di gravame che le sarebbero consentiti qualora fosse stata presente» (raccomandazione n. 7).

L'art. 3 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, adottato a Strasburgo il 17 marzo 1978, ratificato e reso esecutivo in Italia in base alla legge 18 ottobre 1984, n. 755²⁴, prevede che l'extradizione di un condannato, ai fini dell'esecuzione di una pena inflitta mediante provvedimento reso in contumacia, possa essere subordinata al fatto che la Parte richiedente fornisca assicurazioni ritenute sufficienti per garantire alla persona la cui estradizione è chiesta il diritto ad un nuovo procedimento di giudizio che tuteli i diritti della difesa.

L'art. 5, numero 1), della Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002 (2002/584/GAI), relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri, dispone: Se il mandato di arresto europeo è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata “*in absentia*”, e se l'interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata *in absentia*, la consegna può essere subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a

²¹ Corte eur., 12 ottobre 1992, *T. c. Italia*; Id., 18 maggio 2004, *Somoji c. Italia*; Id., 9 giugno 2005, *R. R. c. Italia*.

²² Ratifica ed esecuzione del patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, nonché del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, con protocollo facoltativo, adottati e aperti alla firma a New York rispettivamente il 16 e il 19 dicembre 1966.

²³ Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

²⁴ Ratifica ed esecuzione del secondo protocollo aggiuntivo alla convenzione europea di estradizione, adottato a Strasburgo il 17 marzo 1978.

garantire alle persone oggetto del mandato di arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha interpretato l'art. 6 CEDU con una serie di pronunce (...) nelle quali ha dedotto dalla disposizione citata della Convenzione – in particolare dal co. 3 – un gruppo di regole di garanzia processuale rilevanti per la presente questione: a) l'imputato ha il diritto di esser presente al processo svolto a suo carico; b) lo stesso può rinunciare volontariamente all'esercizio di tale diritto; c) l'imputato deve essere consapevole dell'esistenza di un processo nei suoi confronti; d) devono esistere strumenti preventivi o ripristinatori, per evitare processi a carico di contumaci inconsapevoli, o per assicurare in un nuovo giudizio, anche mediante la produzione di nuove prove, il diritto di difesa che non è stato possibile esercitare personalmente nel processo contumaciale già concluso».

Dall'altro lato, dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 175, co. 2, c.p.p., nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto una effettuale consapevolezza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analogo ricorso sia stato proposto in precedenza dal difensore dello stesso imputato».

L'intervento additivo, nonostante si allineasse alla giurisprudenza europea e prendesse le distanze dalla Cassazione, non servì a placare le critiche soprattutto di quella dottrina²⁵ che, questa volta in termini con l'orientamento europeo, evidenziava l'insufficienza della restituzione nel termine per impugnare e della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a garantire al contumace un nuovo, soddisfacente, giudizio sul merito delle accuse, non potendosi escludere situazioni (imputato contumace, assolto in primo grado e condannato in appello, a seguito di impugnazione, avanzata dal pubblico ministero) in cui il pregiudizio subito dal contumace, restituito in termine per impugnare, sarebbe stato *riparabile* soltanto con il ricorso per cassazione.

Più in generale, le perplessità riguardavano la possibilità che il giudizio di appello, nonostante la previsione della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, potesse essere garanzia del giusto processo per chi, giudicato in primo grado in contumacia, si fosse poi trovato di fronte ad una situazione processuale già per più aspetti pregiudicata, anche sul piano probatorio. L'inadeguatezza degli interventi novellistici ad uniformarsi ai dettati europei; il reiterato ricorso a *presunzioni conoscitive formali*; e non da ultime, le sollecitazioni della dottrina, hanno messo il legislatore di fronte alla necessità di una significativa revisione del procedimento contumaciale, attuata, appunto, nel 2014, con la l. n. 67; pure questa, non priva di criticità.

L'obiettivo è quello di consentire la celebrazione del processo *in absentia* in tutti i casi in cui, si ritenga assolutamente certa – o inequivocabilmente desumibile – la conoscenza della pendenza del procedimento da parte dell'imputato, così da poter considerare volontaria la sua assenza e, contestualmente, prevedere idonei meccanismi funzionali a garantire la celebrazione di un nuovo giudizio qualora egli dimostri la propria incolpevole ignoranza.

²⁵ P. SILVESTRI, *le nuove disposizioni in tema di processo "in absentia" dell'imputato*, in R. PICCIRILLO-P. SILVESTRI (a cura di), *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione dei procedimenti con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Rel. N. III/07/2014, Roma, 5 maggio 2014.

Negli altri casi, lo strumento rimediativo previsto dal legislatore è la sospensione del processo, prevedendosi in capo al giudice l'onere di procedere a periodiche ricerche.

In sintesi, i punti salienti della riforma: il processo può essere celebrato *in absentia*, quando l'imputato, libero o detenuto, abbia espressamente rinunciato a presenziarvi, anche se impedito ad assistere all'udienza (art. 420 *bis*, co. 1, c.p.p.) o abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza; quando, in mancanza di una rinuncia espressa o della notificazione, la volontà di non parteciparvi sia desunta dagli indicatori tassativamente elencati nel co. 2 dell'art. 420 *bis*, c.p.p. (*id est*: elezione o dichiarazione di domicilio nel corso del procedimento; sia stato sottoposto a misure precautelari o cautelari; nomina del difensore di fiducia; notifica *a proprie mani* dell'avviso dell'udienza), oppure sia rilevata dal giudice da circostanze idonee a dimostrare con evidenza la conoscenza del procedimento o di atti del medesimo o la volontaria sottrazione.

Ora, mentre nelle prime due ipotesi non è indubbia la *garanzia conoscitiva*; nelle ultime, la conoscenza è soltanto presunta, così come lo è la conseguente volontà di presenziare all'udienza. Epperò, poiché il rischio dell'*errore* è concreto, il legislatore ha previsto il rimedio (oggi: impugnazione straordinaria [!]) *successivo* della rescissione del giudicato. Viceversa, se l'assenza all'udienza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento o ciò appaia probabile, il giudice, anche d'ufficio, deve rinviare il processo a nuova udienza, disponendo la rinnovazione dell'avviso (art. 420 *bis*, co. 4, ultima parte, c.p.p.).

L'ordinanza che dispone di procedere *in absentia* è revocata se, prima della decisione, l'imputato compaia, e, se dimostra che l'assenza dal processo sia stata *involontaria*, il giudice rinvia l'udienza. In questi casi, il *vizio* di comportamento è rimediato dalla sospensione del procedimento (artt. 420 *bis*, co. 5; 420 *quater*, c.p.p.).

Specificamente, il giudice, rilevata l'assenza dell'imputato, rinvia l'udienza e dispone che l'avviso gli sia notificato *personalmente* ad opera della polizia giudiziaria. Se la notificazione non è possibile, e sempre che non debba essere pronunciata la declaratoria di cause di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p., il giudice sospende con ordinanza il processo nei confronti dell'assente per la durata di un anno, previa adozione di un provvedimento di separazione nei confronti degli imputati per i quali si debba procedere nel giudizio e fermo restando che, in caso di intervenuta costituzione di parte civile, non si applica la sospensione del giudizio risarcitorio prevista dal co. 3 dell'art. 175 c.p.p. (art. 420 *quater*, co. 1, c.p.p.).

Alla scadenza di un anno dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione del processo o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, il giudice dispone nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso. Analogamente provvede ad ogni successiva scadenza annuale, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso (art. 420 *quinquies*, co. 1, c.p.p.). L'ordinanza, invece, è revocata, con contestuale fissazione della nuova udienza – con avviso notificato all'imputato e al suo difensore oltre che alle altre parti –: se le ricerche hanno avuto esito positivo; se v'è stata, nelle more, nomina del difensore di fiducia; negli altri casi in cui sopravvenga la prova certa del *sapere* del procedimento; se deve essere pronunciata la declaratoria di una causa di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p. (art. 420 *quinquies*, co. 2, c.p.p.). Alla nuova udienza, è consentita la richiesta di patteggiamento o di giudizio abbreviato (art. 420 *quinquies*, co. 4, c.p.p.).

Dunque, la garanzia partecipativa è presidiata da tre diverse situazioni: la certezza dell'informazione dell'udienza del processo, che corrisponde alla volontarietà dell'assenza (artt. 420 *bis*, co. 1; 420 *ter*, commi 1 e 2, c.p.p.); la supposizione di ignoranza della pendenza del procedimento, che comporta la presunzione di volontarietà dell'assenza (art. 420 *bis*, co. 2, c.p.p.); la mancata informazione dell'udienza e del procedimento, che determina l'assenza involontaria.

A loro volta, quelle costituiscono il rispettivo presupposto di tre distinti *modi* di procedere: *in absentia*; *in absentia* con rimedi ripristinatori per l'imputato data l'incolpevole assenza (artt. 420 *bis*, co. 4; 421, co. 3; 493 c.p.p.) e per il processo, se si accerta la volontarietà dell'assenza (artt. 420 *bis*, co. 4, prima parte; 420 *bis*, co. 5, c.p.p.); *in absentia* con la *sospensione* (art. 420 *quater*, co. 2, c.p.p.). Ora, mentre non v'è dubbio che nelle situazioni di rinuncia espressa e di notificazione a mani proprie dell'imputato dell'avviso dell'udienza vi sia la *certezza* che il soggetto non ignori il procedimento; resta il dubbio che le altre ipotesi possano essere altrettante forme di *conoscenza legale* della vicenda processuale, posto che la prima parte del co. 2 dell'art. 420 *bis* c.p.p. si innesta nell'immutato contesto della disciplina delle notificazioni e, dunque, nella possibilità che l'atto contenente l'indicazione della data destinato all'imputato sia notificato al difensore ai sensi del co. 8 *bis* dell'art. 157 c.p.p. e del co. 4 dell'art. 161 c.p.p. *Forme*, che avrebbero dovuto essere evitate o quanto meno sottoposte a oneri dimostrativi da prevedere in capo a soggetti *altri* dall'imputato, già *pregiudicato* dalla situazione di illegalità del processo.

Volendo tentare un riepilogo: qualora nel corso del processo sia accertato che la mancata comparsa sia dovuta ad assoluto impedimento la cui prova sia giunta in ritardo incolpevole; o a causa dell'ignoranza non addebitabile della celebrazione del processo; o, ancora, che il processo sarebbe dovuto essere sospeso ai sensi dell'art. 420 *quater* c.p.p., in primo grado, l'imputato può chiedere l'ammissione delle prove ai sensi dell'art. 493 c.p.p. e la rinnovazione di quelle già assunte, ferma restando la validità degli atti già compiuti, oppure che il processo venga definito con il giudizio abbreviato o con l'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Nel giudizio di appello, invece, l'emergere postumo di una delle riferite situazioni comporta la declaratoria di nullità della sentenza di primo grado, con conseguente restituzione degli atti al giudice di primo grado, davanti al quale il soggetto è garantito dalla celebrazione di un nuovo processo. A fronte del rinvio contenuto nell'ultima parte del co. 5 *bis* dell'art. 604 c.p.p. all'art. 489, co. 2, c.p.p., lo stesso è rimesso nel termine per formulare le richieste di cui agli artt. 438 e 444 c.p.p.

Ancora. Nel giudizio di Cassazione, nelle ipotesi descritte dal co. 5 *bis* dell'art. 604 c.p.p., il giudice annulla la sentenza di condanna con conseguente restituzione degli atti al giudice di primo grado, davanti al quale l'imputato celebra nuovamente il *suo* processo.

Infine. Il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può chiedere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza sia stata *incolpevole* (art. 629 *bis* c.p.p.). Se accoglie la richiesta, la Corte d'appello revoca la sentenza, disponendo la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Anche in questo caso, è ammessa la richiesta di giudizio abbreviato o di patteggiamento. Della rescissione del giudicato si dirà.

Oltre al piano strutturale, va osservato il profilo funzionale del fenomeno, considerato che l'obiettivo della riforma è la tutela delle garanzie partecipative.

Ebbene, poiché la conoscenza della pendenza del procedimento non comporta automaticamente quella dell'udienza di celebrazione del processo, il legislatore, pur prevedendo la legittimità di procedere in assenza (art. 420 *bis*, co. 2, c.p.p.), ha previsto, tuttavia, un rimedio di tipo riparatorio per l'imputato non presente in giudizio: se egli compare e prova che l'assenza sia stata incolpevole, è rimesso in termini per esercitare i propri diritti (combinato disposto degli artt. 420 *bis*, co. 4; 421, co. 3; 493; 489 c.p.p.).

La procedura rimediativa è efficace nel corso del giudizio di primo grado; in grado di appello (art. 604, co. 5 *bis*, c.p.p.); nel giudizio di legittimità e dopo il passaggio in giudicato della sentenza. In tutte le occasioni, la sentenza è annullata e gli atti restituiti al primo giudice. In linea di principio (non sui *modi*), la normativa è in linea con l'art. 8, §§ 1 e 2, della direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, nonché con la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia che la chiarisce.

Invero, l'ultima, anche di recente, ha espressamente affermato che «nel caso in cui l'imputato sia stato informato in un tempo adeguato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione a tale processo e sia stato rappresentato da un difensore incaricato, da lui nominato (...) non vi è violazione del suo “diritto di presenziare al processo” allorché decide, in modo inequivocabile, di non comparire a una delle udienze tenutesi nell'ambito del processo, o comunque non sia comparso per un motivo a lui non imputabile ove, in seguito a tale udienza, sia stato informato delle attività svolte in sua assenza e, consapevolmente, abbia deciso e dichiarato di non contestare la legittimità di tali attività invocando la sua mancata comparizione o di voler partecipare a tali attività»²⁶.

Sui *modi*, in realtà, i dubbi insistono sulla previsione dell'onere dimostrativo posto in capo all'imputato (o al condannato) – che si ripete nei casi di revoca della dichiarazione di assenza e di richiesta di rescissione –, laddove si assegna un ruolo risolutivo, sul piano operativo della garanzia, al soggetto già pregiudicato dalla *illegalità* del processo, piuttosto che al giudice. Tanto, in palese discontinuità anche con la giurisprudenza della Corte europea; la quale ha più volte affermato che «l'onere della prova che non intendeva sottrarsi alla giustizia o che la sua assenza era dovuta a un caso di forza maggiore non deve pesare sull'imputato»²⁷.

Intimamente connesso è il problema che innesta la individuazione del *momento della conoscenza*. Risolverlo, serve, innanzitutto, a stabilire il termine da cui far dipendere l'avvio degli strumenti rimediativi – tra i quali, innanzitutto, la sospensione –, oltre che per garantire i soggetti *pseudo* irreperibili fin dalla fase investigativa e non intenzionalmente sottrattisi alla giustizia.

La soluzione si rintraccia ragionando sull'art. 6 CEDU, che riconosce il diritto al giusto processo in tutte le fasi del procedimento penale ed in tutti i contesti nei quali agisce il potere giudiziario, compresa la fase cd. preliminare²⁸. E nell'arresto n. 185 del 23 luglio 2015 della Corte costituzionale, laddove stabilisce che, «se si individua nella CEDU il parametro interposto con cui confrontare la legittimità delle scelte legislative (...), la nozione di “processo” si rende perciò stessa autonoma dalle

²⁶ Corte giust., 13 febbraio 2020, C-688/18.

²⁷ Corte eur., 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*; Id., G.C., 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*; Id., 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*.

²⁸ Corte eur., 6 gennaio 2010, *Vera Fernandez Huidobro c. Spagna*; Id., 7 dicembre 2006, *Ban c. Romania*, Id., 24 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria*; Id., 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*.

ripartizioni per fasi dell'attività giudiziaria finalizzata all'accertamento dei reati, per come viene disegnata dal legislatore nazionale».

Allora, se il concetto *convenzionale* di processo penale comprende anche la fase delle indagini preliminari; se per la Corte europea, le garanzie del processo equo – quindi, anche quella della partecipazione del soggetto al *suo* procedimento – si applicano a tutte le fasi del procedimento penale²⁹; se per quella giurisprudenza avvisare la persona dell'apertura di indagini nei suoi confronti costituisce un atto giuridico di importanza tale da rispondere a condizioni di forma e di sostanza idonee a garantire l'effettivo esercizio dei diritti procedurali e (tale) da escludere una semplice conoscenza vaga ed indiretta³⁰.

Inoltre, se si cala la riferita giurisprudenza nel contesto nazionale e si consideri che la l. n. 67 del 2014 intende chiaramente offrire un rimedio interno per i casi di violazione dell'art. 6 CEDU – in punto di giusto processo, in generale, e di diritto di *accesso* al procedimento, in particolare – così confermando che nell'ordito normativo è quest'ultima disposizione, nel significato conferitole dalla consolidata giurisprudenza europea, ad aver definito il ventaglio di opzioni offerte al legislatore. E se, ancora una volta, si manifesta in modo nitido la natura della CEDU quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività, la genesi della *garanzia partecipativa* non va predefinita, individuata *in ogni caso* nel momento in cui l'indagato assume la veste di imputato, oppure quando abbia saputo della chiusura delle indagini preliminari.

Viceversa, quel diritto origina già nella fase delle indagini preliminari, quando il pubblico ministero compie un'attività *partecipata*. Già allora, difatti, si manifesta l'esigenza di presidiare la *conoscenza* dell'indagato involontariamente assente al compimento dell'atto, considerate che quelle si ripercuotono sulla sfera dei diritti del soggetto stesso. L'impossibilità di una interpretazione analogica delle regole di comportamento contenute negli artt. 420 *ter* e 420 *quater* c.p.p. avrebbe fatto auspicare l'intervento dell'ultimo legislatore, in che pure si è interessato della materia (seppure indirettamente, intervenendo sull'art. 625 *ter* c.p.p.). Oggi, quel *deficit* di garanzia fa sperare almeno in un intervento della Corte costituzionale diretto a comporre il contrasto delle riferite disposizioni con il parametro interposto dell'art. 6 CEDU (117, co. 1, Cost.), oltre che con gli artt. 2 e 111, co. 1, Cost.

3. Il sistema riconosce la volontà della parte di partecipare al *suo* processo come garanzia di sistema; poi, in funzione di metodo. S'è detto.

Quando la volontà dell'assenza, o, se si vuole, la volontà della presenza, viene *presunta*; dunque, quando la *conoscenza formale* della pendenza del giudizio non corrisponde in concreto a quella *sostanziale*, il processo è contrario alle regole della legalità processuale, così come *illegale* è il suo esito.

²⁹ Corte eur., G.C., 8 febbraio 1996, *Murray c. Regno Unito*.

³⁰ Corte eur., 18 ottobre 2005, *Aden Roblem c. Francia*; Id., 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*; Id., 10 aprile 2003, *Nunes Dias c. Portogallo*; Id., 12 ottobre 1992, *T. c. Italia*.

Il risultato *ingiusto* va riparato; se v'è è giudicato, esso è rescindibile, come garantisce l'art. 629 *bis* c.p.p.³¹ Nella funzione, quindi, la rescissione è *itinerario rimediativo* del vizio di legalità della decisione cristallizzatasi rispetto ad un processo condotto in assenza dell'imputato e fondato su una *presunzione conoscitiva formale* della pendenza del giudizio. È mezzo necessario a ristabilire il rapporto tra giusto processo e *garanzie partecipative*.

L'assonanza della nomenclatura – *rescissione* – utilizzata (anche) dal legislatore del 2017 non crea commistioni con la categoria civilistica della revocazione straordinaria prevista dall'art. 395 nn. 1, 2, 3, 6 c.p.c. Intanto, in quanto la trasposizione, nel processo penale, di situazioni appartenenti al processo civile, è negata dalle differenze strutturali, funzionali e teleologiche del primo sistema rispetto al secondo; che giustificano (*rectius*: impongono) una diversa modulazione, da parte del legislatore, della disciplina di istituti processuali a prima vista simili.

E poi, a tutto voler concedere, perché l'unica corrispondenza ravvisabile tra la revocazione civile e la rescissione penale è che entrambe le procedure feriscono il giudicato in tutte quelle situazioni, eccezionali, in cui il legislatore stesso abbia ritenuto che si fosse in presenza di *sintomi* di ingiustizia della sentenza, tali da giustificare la compromissione della certezza dell'accertamento tutelata dal giudicato stesso. Epperò, mentre nel processo civile una così grave eccezione alle conseguenze della intangibilità del giudicato si giustifica alla luce dell'interesse generale e delle parti sugli interessi dei privati; nel processo penale, va riconosciuta primazia alle situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente presidiate, rispetto alla tutela della collettività. Tornando alla rescissione del giudicato penale.

In sintesi, la procedura: il condannato, il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del procedimento, personalmente ovvero tramite il difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme dell'art. 583, co. 3, c.p.p., entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del provvedimento, possono chiedere alla Corte di appello il provvedimento rescissorio con conseguente riapertura del processo, sempre che provino che l'assenza sia stata dovuta ad una incolpevole ignoranza della celebrazione del processo stesso.

La richiesta, con i relativi documenti, è depositata nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, da intendersi come cancelleria del giudice la cui sentenza è stata posta in esecuzione, che la trasmette immediatamente al giudice competente con i documenti allegati ed eventualmente con le osservazioni. Le regole di comportamento sono stabilite a pena di inammissibilità. La Corte decide in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 c.p.p.³², era stato ritenuto applicabile il meno garantista art. 611 c.p.p.), se accoglie la richiesta, revoca la sentenza – che comporta la immediata cessazione della esecuzione della pena – e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado; in tal caso, l'interessato, oramai nuovamente imputato, è rimesso in termini per formulare le richieste di accesso ai procedimenti speciali del giudizio abbreviato e dell'applicazione della pena su richiesta delle parti (è questo il senso del rinvio all'art. 489, co. 2, c.p.p. contenuto nell'ultima parte del co. 3 dell'art. 629 *bis*, c.p.p.).

³¹ In argomento, diffusamente, F. FALATO, *La relatività del giudicato processuale. Tra certezza del diritto e cultura delle garanzie nell'Europa dei diritti*, Napoli 2016, *passim*.

³² In precedenza, in via pretoria, Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848.

La Corte d'appello, infine, può disporre la sospensione della esecuzione della pena e/o della misura di sicurezza. La sentenza è impugnabile dinanzi alla Corte di cassazione. Il giudizio (di primo grado), che segue la revoca, rileva come dato a sé e manifesta i tratti tipici della fase dibattimentale: pubblicità, oralità, concentrazione, immediatezza, contraddittorio.

A schema: alla fase rescindente, di competenza della Corte d'appello, avente ad oggetto la valutazione della situazione di illegalità del processo e, dunque, del giudicato che può concludersi – previo giudizio sull'ammissibilità dell'istanza – con la revoca del giudicato di condanna, segue la fase rescissoria dinanzi al giudice di primo grado, in cui si discute, *ex novo*, del fatto e della responsabilità, dunque, del merito.

La decisione sulla richiesta di rescissione, oggi *affaire* della Corte di appello, in qualità di giudice funzionalmente competente a valutarne la ammissibilità, a revocare la sentenza *ingiusta* ed a disporre la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, ieri era appannaggio, contestato dalla dottrina³³, della Corte di cassazione. La scelta, se appare comprensibile sotto il profilo politico – quello di ridurre il carico giudiziario degli Ermellini – è senz'altro discutibile in punto di sistema.

Le ragioni risiedono nella *natura* dell'indagine affidata al giudice; la cui individuazione, a sua volta, dipende, dall'*oggetto* dell'istanza che la compulsa.

Ebbene, se la questione di ammissibilità investe una richiesta avente ad oggetto la *legalità* del processo, essendo l'*assenza* fenomeno iscritto a quell'ambito, appare evidente, che la competenza debba essere del giudice di legittimità, trattandosi di violazioni di norme sul giusto processo. Quello, infatti, dovendo stabilire la legittimità di un *nuovo accesso al merito*, è chiamato a verificare il *pregiudizio* lamentato dall'imputato e ad emettere un giudizio sull'esistenza del *vizio*, che però, non riguarda il *fatto imputato*; operazione, l'ultima, da riservarsi – questa sì – al giudice di primo grado. Funzione ed oggetto chiariscono i rispettivi giudizi, sostengono la correttezza delle opzioni del legislatore del 2014, mettendo in crisi la sostenibilità di quelle recenti: la Cassazione si interessa (si interesserebbe) della conformazione del comportamento giuridicamente rilevante, sul terreno processuale, alla fattispecie che lo regola (artt. 420 *bis* e 420 *ter*, c.p.p.); il giudice di primo grado, viceversa, ricostruisce, questa volta rispettando le regole di *protezione del diritto partecipativo* dell'imputato, il rapporto tra fatto e fattispecie.

Stando così le cose, qui non entrerebbe in gioco la funzione nomofilattica affidata al giudice, la cui effettività si gioca sul terreno ermeneutico e risponde ai bisogni di uniformità intesa come proiezione giurisprudenziale della certezza del diritto e, quindi, della uguaglianza di trattamento dell'individuo di fronte alla legge. Né il tema riguarderebbe i pronunciati di diritto, e nemmeno investirebbe l'opera interpretativa della Corte compulsata in qualità di giudice di controllo della sussistenza dei vizi previsti dall'art. 606 c.p.p. e denunciati dalle parti nel ricorso.

Nella situazione dell'abrogato art. 625 *ter* c.p.p. – che sarebbe stato opportuno ripetere nell'art. 629 *bis* c.p.p. – alla Cassazione si affidava l'indagine preliminare sulla fondatezza dei presupposti legittimanti la riapertura del processo condotto *illegalmente* dal primo giudice, ossia, la verifica dell'accordata primazia della *presunzione formale* in luogo della *conoscenza effettiva* del procedimento.

³³ M. BARGIS, *La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 gennaio 2015.

Il *controllo* (il termine è improprio non trattandosi di impugnazione) investe indubbiamente la *legalità* della decisione, ma coinvolge la verifica di un *fatto* procedurale (la fondatezza della prova dell'assenza incolpevole), non anche del fatto processuale (imputazione: sussistenza e responsabilità). Lascia perplessi pure la collocazione logica dell'art. 629 *bis* c.p.p. nel Libro IX del codice di rito, dedicato alle Impugnazioni; che sembrerebbe codificare – nella precedente versione, l'approdo nei termini era stato un ordito giurisprudenziale³⁴ – la natura di mezzo di impugnazione straordinario. La rescissione, infatti, non ha la connotazione tipica delle impugnazioni, cioè, quella di affidare all'iniziativa delle parti – qui, dell'imputato – gli sviluppi del processo. Non a caso, l'art. 629 *bis* c.p.p. prevede la revoca del giudicato; che, a sua volta, presuppone l'esaurimento della sequenza procedimentale che, per questo, non può essere affidata alla volontà della parte. In questo senso esso si inserisce nel «rapporto simbiotico tra fatti- specie astratta e comportamento processuale», *correggendo* il vizio che ha ferito lo schema legale predisposto dal legislatore in funzione della «tutela del valore protetto (la legalità) e della produzione di una peculiare efficacia giuridica dipendente dall'attività processuale»³⁵.

³⁴ Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848.

³⁵ G. RICCIO, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, Napoli 2010, 128.

Spazi processuali garantiti per l'acquisizione delle dichiarazioni provenienti dall'imputato: spunti di ragionamento

BARBARA NACAR

ABSTRACT

The will of the accused plays a fundamental role in defining the rules of the trial and it is for this reason that the Fundamental Charter claims that that will is the result of the free self-determination of the agent. Starting from this observation, the Author reasons on the procedural spaces intended to accommodate the defendant's declarations and notes that, in the procedural progression, there are situations where the renunciation of fundamental rights occurs in contexts that are not sufficiently guaranteed.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le situazioni processuali codificate dal legislatore: la richiesta di patteggiamento. – 3. Le situazioni processuali non codificate dal legislatore: la confessione. – 3.1. La inidoneità dell'interrogatorio quale sede per recepire la confessione: analisi capillare della disciplina. – 3.2. Una possibile soluzione.

1. La volontà del destinatario della sentenza, agli occhi della Costituzione, assume un ruolo centrale nella definizione delle *regole del gioco*, perché può incidere sui modi dell'accertamento penale, sul materiale probatorio che plasma il convincimento giurisdizionale (art. 111, comma V, Cost.) e, innanzitutto, più in generale, perché è preconditione insostituibile per il valido esercizio del diritto di difesa (art. 24 Cost.)¹. Il rilievo spiega la ragione per la quale la Carta fondamentale pretende che quella volontà sia frutto della libera autodeterminazione dell'agente, intesa come libertà del singolo di effettuare, senza costrizioni, le proprie scelte e di comportarsi in conformità alle spinte psichiche interne (art. 2 Cost.)²: solo se libera, consapevole e spontanea essa può essere ricondotta a colui che la manifesta e, quindi, può produrre conseguenze giuridicamente rilevanti. Dunque, quando l'imputato esprime la propria volontà all'interno del processo penale trovano – devono trovare – sede

¹ ...diritto di difesa inteso nella accezione più ampia, sia come diritto che si realizza con la nomina di un difensore e con la concertazione con esso della strategia processuale più opportuna, sia – e a maggior ragione – nelle forme della autodifesa, con la partecipazione diretta dell'interessato.

²La libertà di autodeterminazione è ricompresa, dalla dottrina, nella più ampia categoria della libertà morale e, dunque, si ritiene che salvaguardi tanto l'aspetto interiore della libertà psichica, quanto l'aspetto estrinseco della libertà di azione. Sul tema, G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano 1997, 253. Non a caso, afferma O. MAZZA (*L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano 2004, 28), essa è ricondotta tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. e risulta strettamente correlata al diritto di difesa del quale <<rappresenta una indispensabile pre-condizione: nessuna forma di esercizio del diritto di difesa sarebbe tale se non fosse il frutto di una scelta libera e consapevole>>.

privilegiata di attuazione anche tutte le disposizioni che vietano ogni forma di tortura, violenza o pressione fisica e psicologica, contenute pure nelle fonti internazionali³.

Siffatte garanzie, *a fortiori*, devono presidiare le determinazioni dell'imputato qualora da esse derivi una *deminutio* dei diritti fondamentali. In queste evenienze, per il ruolo che assume, spetta al giudice – e non ad altri – l'onere di sincerarsi delle condizioni in presenza delle quali è stata espressa la volontà dell'imputato: in quanto organo terzo ed imparziale e, principalmente, in quanto garante della legalità del procedimento, è lui l'artefice del *giusto processo* nel caso sottoposto alla sua attenzione. Il controllo, invero, serve a compensare la naturale e fisiologica posizione di inferiorità che caratterizza lo *status* di imputato e che lo pone in una situazione di non serenità al cospetto dell'inquirente; ma è indispensabile, altresì, per salvaguardare la legittimità del procedimento, per la quale è irrilevante che la dichiarazione provenga direttamente dal detentore del diritto, se non abbia ad oggetto un diritto disponibile e sia la reale esternazione delle proprie intenzioni. Le qualità del giudice, in altri termini, sono requisiti imprescindibili per verificare che la rinuncia alle prerogative costituzionali sia effettivamente l'esito di una consapevole valutazione compiuta da colui che ha titolarità a goderne.

2. Ciononostante, nella progressione procedimentale, è possibile rinvenire situazioni ove, le scelte abdicative di diritti fondamentali, sono rese in assenza del giudice o, comunque, non vengono effettuate in contesti idonei ad assicurare la libera determinazione dell'indagato. Il pensiero va, innanzitutto, ai riti alternativi c.d. consensuali e, prioritariamente, al c.d. patteggiamento (e, per similitudine, alla messa alla prova), nel quale l'imputato rinuncia alle più ampie garanzie offerte dalla Carta costituzionale. In quella sequenza procedimentale il giudice è presente ed il legislatore lo autorizza a disporre la comparizione dell'imputato per indagare sulla volontarietà del consenso prestato alla pena proposta dal pubblico ministero (comma 5 dell'art. 446 c.p.p.; ma anche comma 2 dell'art. 464 *quater* c.p.p., per la messa alla prova). La previsione dimostra che è tutt'altro che teorica la possibilità che l'imputato sia indotto ad assumere decisioni non rispondenti al suo effettivo interesse, formulando richieste o rendendo consensi in condizioni di non consapevolezza o di non serena libertà; tanto, da aver riconosciuto il diritto di ricorrere in cassazione, contro la sentenza di patteggiamento, per i vizi attinenti all'espressione della volontà (comma 2 *bis* dell'art. 448 c.p.p.). Epperò, per come è strutturata, la norma non soddisfa appieno lo scopo per la quale è stata introdotta, avendo attribuito al giudice una mera facoltà discrezionalmente esercitabile⁴: la rinuncia al contraddittorio, a contestare l'accusa, ad esercitare il diritto alla prova – prerogative essenziali per un giusto processo – dovrebbe essere *sempre* controllata dal giudice, il quale dovrebbe potersi astenere dalla decisione sul merito laddove ritenga che essa non sia libera, spontanea e informata⁵. Invero, anche se normalmente la richiesta di patteggiamento – o il consenso – è formulata in concerto col difensore, non si può escludere che la istanza sia proposta da un imputato che, in qualche modo, si

³ Ci si riferisce, in particolare all'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (Patto Onu II) e all'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

⁴ ..oltre alla *littera legis*, cfr., Cass. pen., sez. III, 18 marzo 1997, n. 1319, *Osenneke*, in *Giur. it.*, 1998, 1917.

⁵ In proposito, volendo, B. NACAR, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Milano 2022, 284 e ss.

senta *costretto* a concludere immediatamente il processo, per evitare paventate conseguenze peggiorative. Peraltro, è inutile negarlo, vi possono essere molteplici ragioni per le quali l'inquirente avrebbe interesse a definire in tempi celeri il procedimento e che potrebbero spingerlo ad influire sulle decisioni della contrapposta parte processuale: mere esigenze deflattive, difficoltà di dimostrare la responsabilità dell'imputato in dibattimento oltre ogni ragionevole dubbio⁶, bisogno di utilizzare il patteggiante come testimone assistito.

D'altronde, a prescindere da tali contingenze, si è detto, è proprio la funzione di garante, attribuita al giudice, ad imporgli la verifica: trattandosi di una scelta difensiva, effettuata su un'analisi dei costi-benefici, l'interessato deve esprimere un consenso informato rispetto alle garanzie a cui abdica ed ai vantaggi che ne derivano. Il che, sia chiaro, non significa obbligare il giudice ad indagare sui motivi del consenso, intesi come la ragione soggettiva che ha persuaso l'imputato a preferire il rito alternativo, bensì, ad accertare l'insussistenza di patologie che possono aver condizionato il prevenuto a prestare un consenso che diversamente non avrebbe dato.

È altrettanto evidente che, se il controllo del giudice si limitasse alla mera presa d'atto delle parole dell'imputato, di aver agito in piena libertà e di essere stato ragguagliato sulle conseguenze della opzione, la verifica non sarebbe sempre idonea a rilevare errori cognitivi in cui il secondo è incorso nella formulazione del consenso alla definizione del processo nelle forme del rito alternativo. La qualità del vaglio giurisdizionale dovrebbe essere migliorata perché lo pretende la Corte ed è che a lungo si è concentrata – attraverso i *cases law* – sui compiti del giudice di fronte alla richiesta dell'imputato di negoziare il processo. Ebbene, la Corte ha posto particolare attenzione – al margine di discrezionalità nella conclusione del patto, alla necessità che il giudice abbia acquisito un principio di prova di colpevolezza dell'imputato, alla garanzia della pubblicità dell'udienza nella quale si svolge il controllo e, per quanto qui interessa – alla circostanza che il giudice debba ascoltare l'imputato affinché accerti che non abbia subito alcuna pressione indebita e che sia a conoscenza dei suoi diritti e delle conseguenze processuali derivanti dall'intesa⁷.

3. A ben riflettere, vi sono altre manifestazioni di volontà dell'imputato, rinunciatarie di diritti fondamentali, per le quali il sistema non predispone alcuna specifica garanzia per accogliere la dichiarazione dell'interessato. Ci si riferisce alla confessione che il legislatore ha preferito non disciplinare – limitandosi a riconoscere l'opposta facoltà di non rispondere – per soddisfare il bisogno di emancipazione dalle logiche inquisitorie del '30, ove – pur non essendo contemplato l'istituto – le prassi tentavano di ottenere la *contra se declaratio* ad ogni costo⁸, anche con metodi lesivi della libertà

⁶ ...onere, da cui sembra esonerato il pubblico ministero nel patteggiamento se, per la giurisprudenza, il giudice deve solo apprezzare l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 129 c.p.p.

⁷ Per un approfondimento sul tema, si rinvia a D. NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma 2016, 481 e ss; S. RUGGERI, *Garanzie partecipative, giudizio in absentia e procedimenti inaudito reo. Quale avanzamento di tutela nel diritto dell'Unione europea*, in www.eurojus.it, 2017, 4.

⁸..obiettivo facilmente raggiungibile ove si ricordi che, nell'originario impianto del 1930, l'interrogatorio avveniva in assenza di garanzie, quanto alla partecipazione del difensore e al riconoscimento del diritto al silenzio. Invero, anche quando nel 1969, con la legge n. 932, fu riconosciuto all'imputato, al comma 3 dell'art. 78 c.p.p., il diritto al silenzio e il diritto a ricevere siffatta informazione – oltre che il diritto a ricevere la contestazione del fatto e degli elementi di prova a carico e la facoltà di fornire elementi a propria discolpa – per la giurisprudenza del tempo il rifiuto di rispondere rappresentava elemento utile a suffragare un giudizio di colpevolezza. Così, Cass. pen., sez. III, 1 marzo 1972, in *Cass.*

fisica e psichica, in una malcelata presunzione di colpevolezza del reo⁹. L'assenza di una espressa regolamentazione, tuttavia, è stata male interpretata, leggendola come una forma di indifferenza verso il luogo o i presidi da apprestare a tutela del momento confessorio. La giurisprudenza, difatti, ha riempito lo spazio lasciato vuoto dal legislatore, e intravede, talvolta, ammissioni di colpevolezza nella richiesta di patteggiamento¹⁰ o di messa alla prova¹¹, molto spesso, reputa utilizzabili, per le decisioni da assumere durante il procedimento, propalazioni autoaccusatorie acquisite in contesti ben poco protetti.

La prassi, inoltre, in una persistente visione inquisitoria, seguita ad intendere la confessione come una conoscenza utile a corroborare l'ipotesi accusatoria e a velocizzare le scelte processuali¹²: ancora oggi, sia pure in maniera velata, il pubblico ministero elabora una propria teoria e sollecita, attraverso l'interrogatorio, una dichiarazione autoincriminante o, perlomeno, che contribuisce alla ricostruzione del fatto¹³. Questa retrograda *forma mentis* influisce sul modo di conduzione dell'interrogatorio, disconoscendo, nei fatti, la sua originaria funzione di strumento difensivo mediante il quale l'indagato si determina liberamente¹⁴. A fomentare siffatta visione distorta dell'istituto, contribuisce pure il

Pen., 1973, 1399; Cass. pen., sez. VI, 5 dicembre 1984, Torreggiani, in *Riv. pen.*, 1985, 1139. In proposito, si rinvia a T. BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, 2004, Napoli, in particolare il cap. I.

⁹ Scrive F. CARNELUTTI (*Principi del processo penale*, Napoli 1960, 184) *il sospetto è il presupposto dell'interrogazione, ed il sospetto del commesso reato produce il sospetto che il silenzio o la risposta negativa sia un artificio per nascondere la verità. Questo stato d'animo spinge a premere sull'interrogato*. Cfr., pure, F. CORDERO, *La confessione nel quadro decisivo*, in DE CATALDO NEUBURGER L. (a cura di), *La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo*, Padova 1988, 54, «l'inquisizione in senso puro è bulimia logica, è bisogno di sapere, curiosità, rage dell'introspezione. Tipica nell'inquisizione la somiglianza con l'analisi che Freud chiamava interminabile; un'inquisizione condotta sul serio non arriva mai alla fine». Sul tema, A.A. SAMMARCO, *La chiamata di correo. Profili storici e spunti interpretativi*, Padova 1990; P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale d'età moderna*, Milano 1994.

¹⁰ Cfr., fra le ultime, Cass. pen., sez. II, 11 gennaio 2018, n. 4727, in *Giur. it.*, 2018, 741, ove, riferendosi al consenso dell'imputato, rileva l'implicito riconoscimento di responsabilità.

¹¹... ove si afferma che, pur non esigendo la confessione degli addebiti, l'istituto risulta incompatibile con la frontale negazione di ogni responsabilità per gli stessi. Così, Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 2014, n. 32125, in *Ced n.* 262241. In dottrina, cfr., F. CENTORAME, *"Onori e Oneri" della confessione*, in LUPARIA L.- MARAFIOTI L. (a cura di), *Confessione, liturgia della verità e macchine sanzionatorie*, Torino 2015, 112.

¹² L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino 2000, 198. Sul tema, M. NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari. I rapporti con l'attività del pubblico ministero*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi* (Atti del Convegno di studio svoltosi a Cagliari nel settembre 1995), Milano 1997, 74; ma anche, S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto*, in G. UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano 1992, 91; G. VARRASO, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1396.

¹³ In questo senso, M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Torino 2002, 8.

¹⁴ In proposito, si legga l'art. 2 n. 5 della legge delega, ove si invitava il legislatore delegato a introdurre una disciplina, sulle modalità di svolgimento dell'interrogatorio, che fosse funzionale a garantire la sua natura di strumento di difesa. Sulla natura difensiva dell'interrogatorio, la dottrina è assolutamente prevalente. Fra tanti, S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto*, cit., 87; O. DOMINIONI, *artt. 64-65*, in E. AMODIO- O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, 402; M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, cit., 5; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., 209. Pure la Corte costituzionale nella sentenza 221/1991 ha affermato che l'interrogatorio è strumento di difesa in quanto «mira a garantire all'imputato l'esercizio effettivo del relativo diritto in quanto gli consente di contestare l'accusa in fatto ed in diritto, in tutto o in parte, a meno che lo stesso imputato non presti la sua adesione, totale o parziale, o eserciti la facoltà di non rispondere». Cfr., però, F. FALATO (voce *interrogatorio ed esame*, II), cit., 7), la quale nega che l'interrogatorio condotto dal pubblico ministero possa rappresentare un momento di esplicazione della difesa proprio perché è compulsato da uno dei soggetti tra cui si istituisce il conflitto e tende a soddisfare l'interesse di chi lo provoca (art. 375 c.p.p.). La finalità dell'interrogatorio del pm, dunque, afferma l'autrice, è di escludere la esistenza di elementi potenzialmente idonei a smentire i fatti oggetto della eventuale, futura, imputazione. Sicché, la natura investigativa di tale

sistema codicistico che, autorizzando il recupero in dibattimento, con valore probatorio, delle informazioni acquisite in quell'occasione (artt. 503, co. 5 e 513 c.p.p.), spinge l'inquirente a cercare, ancor di più, la collaborazione dell'indagato, nella consapevolezza che l'eventuale confessione non potrà più essere persa, in forza di un discutibile principio di non dispersione della prova¹⁵.

Con un effetto *domino*, poi, la disciplina delle letture vincola, a sua volta, le future scelte dell'imputato, perché questi si sentirà in qualche modo obbligato a sottoporsi all'esame per evitare l'ingresso, in dibattimento, delle pregresse provalazioni, come prescrive il comma 1 dell'art. 513 c.p.p.¹⁶; e, ciononostante, le stesse possono concorrere a formare il convincimento del giudice, qualora siano utilizzate per le contestazioni (co. 5 dell'art. 503 c.p.p.). Quindi, sebbene l'art. 208 c.p.p. subordini l'espletamento dell'esame ad una espressa manifestazione di volontà dell'interessato, qualora abbia confessato nel corso dell'interrogatorio, l'imputato perde in concreto il diritto al silenzio. Eppure, se il diritto di difesa è inviolabile, dovrebbe essergli sempre consentito decidere, in ogni circostanza, se rispondere o meno alle richieste di informazioni provenienti dall'autorità

atto non si desume dall'ampia discrezionalità riconosciuta al pubblico ministero.... ma, appunto, da ragioni di ordine sistematico. Si ricordi, peraltro, che l'interrogatorio chiesto dall'indagato in fase investigativa, se si esclude quello introdotto successivamente con l'art. 415 *bis* c.p.p., può essere celebrato solamente se v'è il consenso del pubblico ministero, il quale stabilisce pure il *tempus* dell'interrogatorio; scelta che incide sui tempi difensivi, costringendo l'indagato a rispondere od a palesare che non può rispondere, e sui i contenuti dell'interrogatorio che possono anche dipendere obiettivamente dal grado di elaborazione della *regiudicanda* investigativa. E la previsione sembra contrastare con la natura meramente difensiva che si voleva attribuirgli. Insomma, pure, la disciplina codicistica appare il frutto di una scelta di compromesso fra esigenze di accertamento e tutela dei diritti dell'indagato. Per una visione problematica circa gli effetti connessi alla ritenuta natura difensiva dell'interrogatorio, cfr., D. GROSSO, *Misure premiali, dichiarazioni dell'imputato e riflessi sull'accertamento processuale*, in *Gius. pen.*, 1984, III, 514 e ss.

¹⁵ Che l'impermeabilità fasica non inibisca il recupero delle precedenti dichiarazioni qualora, in dibattimento, la confessione sia ritrattata, l'imputato abbia rinunciato all'esame ovvero si sia avvalso della facoltà di non rispondere, è pacificamente ammesso dalla Cassazione. Cfr., fra tante, Cass. pen., sez. I, 13 maggio 2015, n. 43681 e Cass. pen., sez. I, 04 marzo 2008 n. 14623, in *Cass. pen.*, 2009, 2086.

Peraltro, che vi fossero questi rischi, in qualche modo era già immaginabile nell'88, laddove si osservi che, tutto sommato, la disciplina dell'interrogatorio nel codice Rocco, come riformata nel '69 e nel '71, non era così dissimile dall'odierna. Difatti, in qualsiasi fase del procedimento, prima che avesse inizio l'interrogatorio con la presenza del difensore, l'autorità giudiziaria doveva avvertire l'imputato, dandone atto nel verbale, della facoltà di non rispondere e che, se non avesse risposto, si sarebbe proceduto oltre. Né era prevista alcuna sanzione qualora l'imputato dicesse il falso, con il limite dell'obbligo di declinare le proprie generalità ed il divieto di calunniare o autocalunniarsi (art. 368 e 369 c.p.). All'imputato doveva essere contestato, in forma chiara e precisa, il fatto che gli era attribuito (art. 367 comma 1), aveva il diritto a conoscere gli elementi di prova a suo carico e, qualora non pregiudicasse l'istruzione, dovevano essere comunicate le fonti, con l'invito a discolarsi e ad indicare le prove in suo favore (art. 367 comma 1 e 2). Inoltre, già allora, il contributo informativo reso in istruttoria assumeva valore probatorio. Invero, tanto qualora l'imputato rispondesse quanto tacesse, il presidente o il pretore poteva contestargli le dichiarazioni rese in precedenza, dando lettura dell'interrogatorio svolto nel corso dell'istruttoria (comma 3 dell'art. 441 c.p.p.). Il giudice del dibattimento, poi, aveva a disposizione tutti gli atti istruttori, per cui in caso di silenzio o di risposta, l'interrogatorio si limitava ad una mera richiesta di conferma di quanto già in precedenza affermato, per poi darne lettura. In proposito, si rinvia a O. CAMPO, voce *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. dir.*, 1972, vol. XII, Milano, 334.

¹⁶ V. GREVI (*Prove*, in CONSO G. - GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 2020, Milano, 291), parla a tal proposito di un vero e proprio onere dell'imputato di sottoporsi all'esame.

precedente¹⁷. Il diritto di difesa include il diritto di parlare o di tacere, ma anche il diritto di cambiare idea, se lo si ritiene utile¹⁸.

Le maggiori criticità, dovute all'assenza di una specifica disposizione che indichi l'itinerario processuale per accogliere la dichiarazione autoindiziante, non si rinvergono tanto nella confessione resa nel dibattimento – ove parimenti non esiste una norma *ad hoc* – perché quando l'imputato si sottopone all'esame e parla *contra se*, in presenza del difensore e del giudice, nella piena consapevolezza degli effetti ad essa connessi ed alla luce dell'intero patrimonio conoscitivo, difficilmente può negarsi che la propalazione sia espressione di una libera scelta difensiva. Diversamente, nella fase investigativa, la confessione viene normalmente acquisita durante l'interrogatorio – che, si è accennato e si chiarirà meglio successivamente, non rappresenta sempre la situazione ideale per stabilire serenamente se rispondere – ma anche in sede di spontanee dichiarazioni innanzi alla polizia giudiziaria, ove non v'è alcun presidio a tutela del diritto all'autodeterminazione dell'indagato¹⁹. Ebbene, se quella dichiarazione, secondo la giurisprudenza, rileva nell'apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza per supportare la richiesta cautelare, per la definizione del processo nei modi del patteggiamento, del giudizio abbreviato e per l'accesso al direttissimo²⁰, nella prognosi di condanna in dibattimento – ai fini dell'esercizio dell'azione penale ed il conseguente controllo in udienza preliminare – non dovrebbe essere indifferente il modo in cui è stata assunta²¹.

¹⁷ Coglie il problema P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio* (1989), in *Id.*, *Studi sul processo penale*, cit., I, 1990, 96 e ss.: «il diritto al silenzio esige che l'imputato sia assolutamente libero di deporre o no, dato il valore probatorio che può assumere ogni sua parola. Ma è derisoria la tutela di questa libertà, quando al rifiuto di deporre in giudizio segue, sia pure a richiesta di parte, la lettura delle dichiarazioni rese anteriormente; ogniqualvolta esse siano sfavorevoli, l'accusatore non mancherà di sollecitarne la lettura e l'imputato sarà di fatto costretto a deporre per contestarle».

¹⁸ Così, G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 1992, 394.

¹⁹ Che l'acquisizione della confessione in sede di spontanee dichiarazioni avvenga in un contesto per nulla garantito, si ricava già dalla mera comparazione della disposizione con la disciplina dell'interrogatorio. Difatti, se le dichiarazioni rese dall'interrogato possono essere adoperate per tutte le determinazioni da assumere nel corso del procedimento, finanche recuperabili in dibattimento con valore probatorio (attraverso il regime delle contestazioni o delle letture), è perché, in quel contesto, il legislatore cerca di assicurare al propalante le più ampie guarentigie – innanzitutto, ma non solo, la facoltà di non rispondere – a cui può rinunciare solo dopo esserne stato ufficialmente informato (artt. 64 e 65 c.p.p.). Tutto ciò non accade in sede di spontanee dichiarazioni: l'indagato non è destinatario di alcuna contestazione in forma chiara e precisa del fatto per il quale si procede (che non compete alla polizia giudiziaria), né riceve gli avvertimenti di cui all'art. 64 c.p.p. (previsti solo nel c.d. quasi interrogatorio), né gode della *discovery* degli elementi di prova e delle fonti (attività necessaria per l'interrogatorio del pubblico ministero) o della presenza del difensore; prerogative minime irrinunciabili affinché si pongano le premesse per una confessione libera e consapevole. Inoltre, l'interessato potrebbe anche ignorare di aver assunto, sia pure sostanzialmente, la qualifica di indagato, perché la polizia giudiziaria non è obbligata ad informarlo; per cui, se nessuno lo rende edotto sul punto, questi potrebbe autoaccusarsi senza aver potuto preventivamente considerare i possibili risvolti procedurali della collaborazione. Sul tema, si rinvia a M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, cit.

²⁰ In verità, ai fini dell'accesso al rito semplificato, la giurisprudenza ritiene utilizzabile solo la confessione effettuata in sede di interrogatorio.

²¹ La considerazione vale anche per il patteggiamento ed il giudizio abbreviato, sebbene si connotino per essere procedimenti ove la volontà dell'imputato gioca un ruolo essenziale. Difatti, se la istanza di accesso ad uno dei due riti presuppone un'implicita rinuncia a formare la prova nel contraddittorio, il consenso serve a neutralizzare l'inutilizzabilità fisiologica del patrimonio investigativo, non a legittimare il giudizio di responsabilità su risultanze che potrebbero essere state assunte con tecniche lesive dei diritti fondamentali.

Quindi, se si intuiscono le ragioni che hanno spinto il legislatore a non contemplare l'istituto, deve prendersi atto che, l'assenza di una specifica regolamentazione, genera pericoli maggiori di quelli che si sarebbe voluto evitare scegliendo di non delineare il percorso virtuoso da seguire.

Sia chiaro: il rischio di lesione dei diritti fondamentali dell'imputato e, specificatamente, del diritto di difesa²², non dipende solo dalle modalità concrete di ricezione della confessione, ma anche dall'uso processuale della dichiarazione autoaccusatoria acquisita in violazione delle garanzie imposte dalla Carta costituzionale. Si vuole dire che, la omessa codificazione di un idoneo modello di confessione, può compromettere, con intensità diversa, i diritti fondamentali, pure in rapporto alla differente utilizzazione della *contra se declaratio*.

Dunque, in una logica di bilanciamento fra istanze difensive ed esigenze di semplificazione, se la confessione è adoperata quale strumento di accelerazione processuale, come nel rito direttissimo, il sistema di garanzie può essere proporzionato alla funzione che la dichiarazione assolve nel procedimento, ovverosia di rendere superflua la celebrazione dell'udienza preliminare. Mentre, il livello di guarentigie dovrebbe essere elevato quando la confessione è valutata ai fini dell'accertamento di responsabilità, sia che ciò avvenga nella sede naturale del dibattimento, sia in udienza preliminare qualora si opti per un procedimento speciale.

3.1. Le considerazioni, fin qui svolte, spingono lo studioso a chiedersi se non sia preferibile l'atteggiamento dei sistemi di *common law*, i quali, pur non ricercando ossessivamente la confessione e pur riconoscendo il diritto contro l'autoincriminazione, delineano precisamente lo spazio confessorio, circondandolo di cautele, nel tentativo di assicurare la libertà morale dell'imputato e la volontarietà della dichiarazione *contra se*²³. Il particolare interesse mostrato al tema da quegli Ordinamenti rileva, peraltro, l'opportunità di gestire il fenomeno nel miglior modo possibile, rappresentando un passaggio eventuale, ma non inevitabile, della vicenda giudiziaria²⁴. Passaggio

²² Che la ricezione della confessione in contesti non sufficientemente protetti comporti una lesione del comma II dell'art. 24 Cost., si comprende osservando che il precetto costituzionale, sebbene non indichi i modi di estrinsecazione del diritto di difesa, comprende indiscutibilmente anche l'autodifesa. Ora, se nel suo significato più immediato l'autodifesa si identifica nel diritto a non essere costretto a rendere informazioni *contra se*, è indubbio che si concretizzi, altresì, nel diritto di scegliere liberamente e consapevolmente di confessare, di immettere dichiarazioni a sé sfavorevoli.

²³ Si ricordino, in proposito, i ben noti *Miranda warnings*, un elenco di verifiche che il giudice americano avrebbe dovuto svolgere per sincerarsi della spontaneità della dichiarazione confessoria, il cui mancato rispetto comportava la inutilizzabilità della dichiarazione. Nel 1968, tuttavia, il legislatore federale emanò l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, il quale contiene § 3501, concepito allo scopo di rendere meno rigoroso il controllo del giudice. Alla luce di tale disposizione, difatti, la inutilizzabilità non scatta per la sola inosservanza di uno dei parametri indicati, ma quando sulla base di tutte le circostanze che hanno caratterizzato la confessione, il giudice reputa che la confessione non sia volontaria. In proposito, si rinvia alle osservazioni di V. FANCHIOTTI, *Dal caso Miranda al caso Dickerson lo jus tacendi continua a far discutere*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 507. Cfr., pure, *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

²⁴ L'introduzione di cautele volte alla creazione di un ambiente sereno nel quale l'indagato possa scegliere liberamente se rendere una dichiarazione autoaccusatoria, o il contenuto di essa, è funzionale all'eliminazione – o, quantomeno, alla riduzione – dei fattori condizionanti esterni che, secondo studi scientifici, compiuti negli Stati Uniti, possono manifestarsi in una molteplicità di modi. Al di là dei fattori già ben noti, come la durata dell'interrogatorio, l'età o il ceto sociale dell'indagato, si è dimostrato quanto sia importante l'atteggiamento dell'esaminatore, non solo sulla scelta di rendere o meno una dichiarazione, ma pure sulla tipologia di informazioni offerte. Si è provato scientificamente che si possono generare falsi ricordi nella mente del dichiarante sottoponendolo a false informazioni suggestive. E si è notato che è più facile impiantare falsi ricordi di atti aggressivi nei soggetti che già manifestano tendenze aggressive. Sul tema, si può leggere R. RUMIATI - C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna 2019, 65. Ciò ha spinto a suggerire l'introduzione, come in Inghilterra, di linee guida sulle modalità di conduzione dell'interrogatorio, fissando pure dei limiti di tempo poiché, si è accertato, che una durata prolungata comporta spesso una dichiarazione non

che, per certi versi, è anche sollecitato o, comunque, favorevolmente accolto²⁵, perché la confessione diventa strumento di semplificazione processuale, di risparmio di tempi e di risorse da impiegare nello svolgimento di altri procedimenti.

Se anche oggi l'acquisizione del sapere della persona nei cui confronti si procede conserva intatta la sua peculiare rilevanza, l'omessa regolamentazione, lungi dall'essere una risposta di tipo culturale, ideologico e politico rispetto ad un inaccettabile e superato rapporto di supremazia dello Stato sui diritti fondamentali del cittadino, diventa una forma di disinteresse che autorizza nei fatti comportamenti irrispettosi di quella scelta.

Si è consci che la codificazione dell'istituto potrebbe incentivare oltremodo il ricorso alla confessione o, comunque, il proliferare di prassi apparentemente rispettose di eventuali cautele che il legislatore predisporrebbe a tal fine. Sennonché, deve prendersi atto che questi pericoli, qui solo paventati, sono già realtà nella vita giudiziaria quotidiana. Lo ammette, fra le righe, lo stesso legislatore che più volte ha tentato modificare norme-chiave quando l'indagato vive situazioni di particolare fragilità, per cui maggiore è il pericolo di subire condizionamenti nelle scelte processuali²⁶. Epperò, che siffatti interventi siano stati soluzioni inefficaci, per superare le prospettate problematiche, lo attestano le cronache giudiziarie²⁷ e, senza dubbio, l'analisi capillare della disciplina dell'interrogatorio. Invero, se dalle prime parole dell'art. 64 c.p.p. emerge l'esigenza di salvaguardare la libertà fisica, quale *prius*

veritiera. Cfr., *Saul M. Kassin Williams College, On the Psychology of Confessions. Does Innocence Put Innocents at Risk?*, in *American Psychologist*, 2005, 225.

²⁵ Cfr., in proposito, Corte eur., *Santobello c. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

²⁶ E, così, nel 1995, con la legge n. 332, oltre a modificare l'art. 274 comma 1 lett. a) c.p.p., il legislatore, al fine di evitare che la custodia fosse adoperata per persuadere l'indagato ad una confessione, per contrastare le prassi devianti di impiego dell'interrogatorio da parte dell'inquirente *ad eruemdam veritatem*, attraverso la minaccia del carcere, ha vietato di far precedere, l'interrogatorio di garanzia del giudice, da quello investigativo del pubblico ministero. Nel 2001, (con la legge n. 45), riscrivendo la disciplina sui c.d. collaboratori di giustizia del '91, ha inibito i colloqui investigativi qualora il detenuto abbia manifestato la volontà di collaborare, pena la inutilizzabilità della dichiarazione (art. 13, co. 15); e, se questa scelta è sorta dopo gli incontri col pubblico ministero, ha prescritto che di essi deve esserne fatta menzione nel verbale illustrativo (art. 16 *quater*, co. 5). Allo scopo, poi, di controllare il percorso che ha spinto il detenuto a collaborare, ha riconosciuto al giudice il potere di acquisire il registro riservato ai colloqui, conservato dalla direzione dell'istituto penitenziario (art. 16 *sexies*, 2° co.). Infine, nel 2017, con la legge n. 110 del 14 luglio, si è preoccupato di sancire espressamente, nel comma 2 *bis* dell'art. 191 c.p.p. – ma, in verità, non ci sarebbe stato neppure bisogno – l'inutilizzabilità della dichiarazione ottenuta mediante tortura. Cfr., sull'argomento, E.M. CATALANO, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in *Arc. Pen. Web*, 2019, n.1, 18; E. AMODIO, *Le misure coercitive nella procedura penale vivente*, in *Quest. giust.*, 1995, 16 e ss.; E. MARZADURI, *Quale rimedio è invocabile dinanzi a prove costituite da dichiarazioni rese sotto la pressione della custodia in carcere in atto o annunciata da inequivoci precedenti giudiziari?*, in *Crit. dir.*, 1995, 58 e ss.

²⁷ Ricorda E.M. CATALANO (*Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, cit., 3), il caso dell'omicidio di Marta Russo, ove i metodi di acquisizione delle dichiarazioni del teste-chiave Gabriella Alletto, sentita prima come persona informata sui fatti e poi indagata per favoreggiamento, si caratterizzarono per l'abbandono non solo dei principi accusatori, ma dei canoni del moderno processo penale e per un ritorno a criteri e metodi inquisitori fino alla minaccia di una incriminazione e di una condanna a una gravissima pena per lo stesso omicidio per il quale si chiedevano lumi. Eppure, rileva l'A., nel caso Marta Russo la Corte d'assise si è orientata nel senso di escludere anche in astratto la configurabilità di torture psicologiche. Si ricordi, ancora, il ben noto e recente caso di Amanda Knox (Corte eur., 24.1.2019, *Knox c. Italia*, in *Gius. pen.*, 2019, I, 228). Per una sintesi e per le ragioni della condanna dell'Italia da parte della Corte edu, sul modo in cui era stata acquisita la dichiarazione dell'indagata, si rinvia a Bigiarini-Signori, *La Corte di Strasburgo sull'interrogatorio subito da Amanda Knox: l'Italia applichi la legge processuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, n. 8, 1146; A. TARALLO, *Il destino dei "frutti dell'albero avvelenato" alla luce del criterio di equità complessiva del processo: nota alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso Knox contro Italia*, in *Gius. pen.*, 2019, I, 228; M. GIALUZ, *La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, n. 2, 163 e ss.

della libertà psicologica, e – vietando l'utilizzo di metodiche atte ad incidere sulla libera determinazione – la capacità di scelta²⁸, quelle guarentigie non rappresentano uno scudo insuperabile per contrastare ogni modalità di conduzione dell'interrogatorio che possa coartare la libertà morale del confitente²⁹. Pur volendo sorvolare sull'inevitabile pressione psicologica dovuta alla circostanza che l'interrogatorio sia svolto dall'antagonista dell'indagato³⁰, il quale, a tal fine, può disporre l'accompagnamento coattivo³¹, la disposizione non impedisce interrogatori estenuanti, inganni – perché il mendacio o la bugia degli inquirenti non sono in sé e per sé giuridicamente sanzionati – lusinghe, mere prospettazioni di vantaggi processuali, manifestazioni di semplice astuzia e di abilità investigativa nel formulare le domande – perché non v'è nessun divieto di porre domande suggestive, suadenti o nocive³² – minacce di arresto o di non scarcerazione³³.

D'altronde, simili comportamenti, nella gestione dell'interrogatorio, non incidono neppure sull'utilizzabilità della prova, neanche dopo l'introduzione del comma 2 bis all'art. 191 c.p.p., perché la sanzione colpisce l'inosservanza delle regole d'ammissione – e non, come in specie, di assunzione – in materia probatoria. Poco cambierebbe se si ricorresse alla non codificata categoria delle c.d. prove incostituzionali³⁴, perché raramente si potrebbe offrire la dimostrazione che la confessione sia stata acquisita in spregio del diritto all'autodeterminazione, a meno che il vizio non emerga dal verbale che la trascrive.

Scarsamente risolutiva per la specifica problematica appare, altresì, la proposta, contenuta nell'art. 8 della legge-delega del 2021 n. 134, di riprodurre l'interrogatorio dell'indagato anche con mezzi audiovisivi³⁵. La previsione, pur presentando il pregio di ridurre le possibili pressioni psicologiche

²⁸ «la libertà di conservare la propria personalità psichica, la libertà di ragionare con la propria testa [...] la libertà di non vedere né ingannata né coartata la propria coscienza, il diritto a non vedersi ingiustamente imposto un determinato contegno, neanche passivo od inerte, il diritto infine [...] a formare «con motivi propri» le proprie determinazioni». Così, G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (contributo alla teoria della personalità)*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Torino 1960, 1674.

²⁹ Si è evidenziato, difatti, che il numero di confessioni false, in queste circostanze, si aggira intorno al 45%. Si legga, G. LASAGNI, *La falsa confessione come causa di errori giudiziari*, in LUPARIA L. (a cura di), *L'errore giudiziario*, Milano 2021, 189 e ss.

³⁰ A. DIDI, *Varie forme di dichiarazioni dell'indagato o dell'imputato e natura giuridica dell'interrogatorio come atto di indagine preliminare*, in *Gius. pen.*, 1993, I, 21, per il quale quest'interrogatorio poteva anche essere eliminato.

³¹ Scrive M. DAMASKA (*I volti della giustizia e del potere*, trad. it., Bologna 1991, 279), il «semplice fatto che l'imputato possa essere condotto con la forza e assoggettato alle domande di un potente funzionario è di per sé sufficiente a creare una atmosfera che spinge a rispondere».

³² *Contra*, E.M. CATALANO, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, cit., 3; P.P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?* In *Ind. pen.*, 2000, 1080.

³³ Secondo L. MARAFIOTI (*Spinta alla confessione e macchine sanzionatorie*, in L. LUPARIA – L. MARAFIOTI (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*, cit., 134), non v'è ragione per cui qualcuno dovrebbe compiere un atto così abdicativo e *contra se*, se non in forza di una pressione più o meno esplicita, derivante dalla promessa di un vantaggio o dalla minaccia di un male.

³⁴ Sulla categoria delle prove incostituzionali, assunte cioè in violazione di principi tutelati dalla Carta costituzionali, cfr., M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna 1989, 146 e ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova 1992; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 242 e ss. *Contra*, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 1991, 594 e ss. Sulle prove incostituzionali si è pronunciata pure la Consulta: n. 34 del 04.04.1973, in *Foro it.*, 1973, I, 953 e ss.; n. 81 dell'11.03.1993, in *Giur. cost.*, 1993, 731; n. 151 dell'1.04.1993, in *Giur. cost.*, 1993, 1156 e n. 229 del 07.06.1998, in *Giur. cost.*, 1998, 1786.

³⁵ La registrazione della confessione e la presenza dell'avvocato sono previsti pure nell'ordinamento inglese nella *section 76*, la quale stabilisce pure che, se l'accusa vuole produrre la confessione come prova, la giuria è avvertita che le dichiarazioni *contra se* potrebbero essere il frutto di violenza o minaccia sull'indagato oppure potrebbero essere state rese in una circostanza che ne pregiudica l'attendibilità. La confessione sarà, dunque, ammissibile come prova soltanto se il pubblico ministero dimostra oltre ogni ragionevole dubbio che non è stata estorta. In proposito, si legga B.

sull'imputato per farlo confessare³⁶, potrebbe divenire una garanzia di forma se la sua violazione non sarà presidiata da alcuna sanzione³⁷ e se, dalla *littera*, sembra emergere che, la mera indisponibilità di mezzi di riproduzione audiovisiva o di tecnici, autorizzi la ricezione della dichiarazione con le attuali modalità.

Se l'intervento del difensore può essere un utile espediente per limitare condizionamenti sull'indagato, ma anche inconsapevoli dichiarazioni autolesive, non appare ragionevole che, nel corso dell'interrogatorio, questi possa solo presentare richieste, fare osservazioni o riserve. La sua partecipazione non dovrebbe essere confinata al monitoraggio del rispetto delle regole, ma estendersi alla formazione dell'atto dichiarativo: il difensore dovrebbe poter interagire col proprio assistito, sia prima che durante l'interrogatorio, consigliargli se rispondere a singole domande o spiegargli la vera essenza delle richieste formulate dall'inquirente³⁸. Ancor più grave è la possibilità che l'interrogatorio possa svolgersi in assenza del difensore.

Questo è un momento delicatissimo per il futuro sviluppo procedimentale; eppure, il legislatore permette all'indagato di interloquire in perfetta solitudine con l'inquirente, sebbene la Consulta³⁹ e la Corte edu abbiano sottolineato la inderogabilità della partecipazione difensiva, per i molteplici risvolti processuali connessi ad una eventuale dichiarazione⁴⁰.

Si è evidenziato, poi, che la confessione, oltre a essere immune da pressioni fisiche e psichiche, deve essere espressione di una determinazione consapevole. La consapevolezza richiede la piena conoscenza dello *status* di indagato, della condotta contestata, delle risultanze investigative acquisite a proprio carico e degli effetti collegati alla emissione di una declaratoria *contra se*. A tal uopo, l'art.

PIATTOLI, *La riforma del sistema probatorio nel Regno Unito: principi, diritti e nuove istanze di tutela*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 542.

³⁶È chiaro che la video registrazione dovrebbe avvenire fin dal primo contatto con l'autorità giudiziaria, compresi i preliminari dell'interrogatorio, e specificamente gli avvisi rivolti e la scelta dell'indagato di parlare o restare in silenzio. Ciò non esclude comunque che eventuali pressioni possano essere compiute a microfoni chiusi o videocamere spente.

³⁷...come al contrario è espressamente contemplato per l'ascolto della persona fragile (art. 373, comma 2 *quater* c.p.p.).

³⁸ Invero, per quanto il difensore possa pretendere che siano inserite nel verbale eventuali precisazioni od osservazioni, queste non intaccano il contenuto delle dichiarazioni rese dall'indagato; anzi, potrebbero avere l'effetto opposto di minare la credibilità delle informazioni offerte. Così, F. MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore*, in D. NEGRI-P. RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica: un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, Torino 2017, 33. Per di più, afferma L. MARAFIOTI (*Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., 153), il pubblico ministero, che conduce le indagini e che procede all'escussione della persona arrestata o fermata, può differire il colloquio col difensore, ai sensi del comma 4 dell'art. 104 c.p.p., proprio quando lo stato coercitivo potrebbe incidere sulla volontarietà della dichiarazione autoaccusatoria.

³⁹ Ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale del 16 dicembre 1970, n. 190. In quella occasione essa osservò che l'interrogatorio dell'imputato avesse un rilievo fondamentale ai fini dell'acquisizione delle prove dell'innocenza o della colpevolezza e, quindi, concluse, avrebbe gravemente menomato il diritto di difesa esporre l'imputato alle osservazioni, ai rilievi, alle contestazioni del pubblico ministero senza la assistenza del difensore. A nulla rileva evidenziare che l'interrogatorio nel codice del '30, pur se condotto dal pubblico ministero, assumeva valore probatorio perché poco cambia nel sistema dell'88 se la dichiarazione resa dall'indagato in quel contesto acquista la dignità di prova qualora venga utilizzata per le contestazioni dibattimentali o se questi si avvale della facoltà di non rispondere. Si deve ricordare, tuttavia, che, in senso assolutamente contraddittorio rispetto alla decisione del 1970, la Corte reputò poi legittimo il limite al contatto tra imputato e difensore prima dell'interrogatorio, giustificando la decisione con il bisogno di preservare la prova da possibili inquinamenti. Cfr., Corte cost. 17 febbraio 1972, n. 26. Il criterio dell'importanza dell'atto fu sostituito, sempre dalla Corte costituzionale, in quello della irripetibilità. Cfr., Corte cost., 19 aprile 1972, n. 63. Le sentenze sono tutte consultabili su www.cortecostituzionale.it. In argomento, E. MARZADURI, *Inviolabilità della difesa e trasformazioni del processo*, in D. NEGRI-L. ZILLETTI (a cura di), *Nei limiti della Costituzione*, Milano 2020, 121.

⁴⁰ Sul tema, cfr., Corte eur., sez. V, 17.12.2015, *Sobko c. Ucraina*; id.; sez. III, 13 febbraio 2001, *Krombach c. Francia*, in www.echr.coe.int; id., sez. II, 26 aprile 2007, *Salduz c. Turchia*, *ibidem*; id., sez. IV, 15 giugno 2004, *Thompson c. Regno Unito*, *ibidem*; id., Grande Camera, 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*.

65 c.p.p., sebbene pretenda una contestazione in forma chiara e precisa, sconta il limite dello stato degli atti, per cui i contorni dell'addebito potrebbero essere assai generici se l'interrogatorio si svolge nelle fasi iniziali del procedimento. Ciò, tuttavia, appartiene alla fisiologia, mentre risulta eversivo della finalità garantista della previsione ritenere soddisfatto l'onere contestativo, come invece affermano le Sezioni unite, quando la pubblica accusa utilizza espressioni assai generiche – “come da provvisoria imputazione elevata e già riportata nel decreto di perquisizione”⁴¹ – anche se, poi, nel corso dell'interrogatorio, vengono enunciati e, via via, puntualmente esaminati ed addebitati, fatti specifici.

Discorso simile riguarda il disvelamento delle fonti di prova: se il legislatore la configura come facoltà è perché l'obbligo di *discovery* potrebbe pregiudicare lo svolgimento di ulteriori indagini; ma è chiaro che essa si presta a strumentalizzazioni, assolutamente incontrollabili, quando il segreto viene mantenuto dal pubblico ministero al solo scopo di evitare che l'indagato possa approfittarne in maniera inopinata. La disposizione, che dovrebbe rappresentare il compromesso fra esigenze di informazioni e segreto, può divenire, così, un modo per comprimere il livello di consapevolezza che deve precedere ogni dichiarazione dell'interessato⁴².

Per assicurare la medesima esigenza di consapevolezza, ancora, sarebbe doveroso un rigoroso rispetto dell'ordine indicato nell'art. 65 c.p.p.: l'indagato, prima di decidere se rispondere o meno, deve essere informato della contestazione, degli elementi di accusa e ricevere l'avvertimento che le eventuali dichiarazioni potranno essere adoperate contro di lui⁴³. Pure su quest'ultimo punto deve osservarsi che la locuzione sembra piuttosto una formula di stile, scarsamente idonea a far comprendere che la decisione di confessare abbia carattere irreversibile. E, se a nulla servirebbe procedere ad un'elencazione dei possibili utilizzi di quelle provalazioni, risulterebbe molto fruttuoso il confronto preventivo col difensore.

3.2. Dunque, quale potrebbe essere la soluzione processuale più adeguata ad assicurare all'indagato uno spazio sereno in cui rendere la confessione?

Deve ammettersi che la risposta non è semplice; soprattutto se si conviene sull'idea che, per quanto puntuale possa essere la disciplina – finanche sulle modalità pratiche di svolgimento – molto dipende dalla sensibilità dell'operatore che non deve cedere alla tentazione di sollecitare la confessione per ottenere la conferma all'ipotesi accusatoria.

Ebbene, proprio ragionando sui rilievi svolti in precedenza, certamente si può affermare che la dichiarazione *contra se* deve essere resa innanzi al giudice, il quale, sicuramente più del pubblico ministero, per il ruolo che assume, è in grado di offrire maggiore serenità all'indagato e di sincerarsi che la confessione sia spontanea, libera e consapevole, come impone la Costituzione. Se nella fase investigativa, l'asimmetrica posizione fra l'indagato ed il suo antagonista pregiudica l'esito

⁴¹ Cass. pen., sez. un., 28 novembre 2013, n. 5838, in *Ced* n. 257824.

⁴² S. LORUSSO, *Interrogatorio della persona sottoposta alle indagini preliminari e comunicazione delle fonti di prova*, in M. PERCHINUNNO (a cura di), *Percorsi di procedura penale, Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*, Milano 1996, 189.

⁴³ In proposito, L. MARAFIOTI (*Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., 159), osserva che nella pratica ciò non avviene sempre: pur rispettando in linea di massima la sequenza, la prassi a volte si attesta su scansioni parzialmente diverse, ove si procede ad una contestazione sommaria degli elementi a carico e, all'intermezzo rappresentato dalla versione complessiva del fatto offerta dall'indagato, seguono domande particolarmente determinate.

dell'interrogatorio, l'effettiva pariteticità può, in qualche modo, essere compensata dalla partecipazione attiva del giudice⁴⁴.

L'idea di introdurre una parentesi giurisdizionale, nella fase investigativa, per la ricezione della manifestazione di volontà dell'imputato, rinunciataria di garanzie costituzionalmente protette, appare conforme alla filosofia del codice dell'88 ove la presenza del giudice, per singoli atti, è funzionale all'accertamento della legalità di provvedimenti capaci di incidere nella sfera delle libertà dei soggetti coinvolti. La proposta, peraltro, si sposa ancora meglio con alcune direttive contenute nella citata legge-delega del 2021, che ampliano gli spazi di intervento del giudice, durante le indagini preliminari, per rimediare ad inerzie o ad errori commessi dall'inquirente; interventi che possono anche essere sollecitati dall'interessato qualora i comportamenti della pubblica accusa ledano i diritti difensivi (art. 9, lett. g e q)⁴⁵. Ebbene, la tesi qui avanzata si pone sulla stessa scia della citata riforma nella misura in cui individua, nell'accesso al giudice, lo strumento compensativo del disequilibrio fra le parti, con la peculiarità che, nei casi qui esaminati, il conflitto fra i due antagonisti è celato da una condotta dell'imputato che sembra ricomporlo; e, proprio per questa ragione, necessita della partecipazione di un giudice particolarmente attento che vada al di là della forma e indaghi sulla reale volontà dell'interessato.

⁴⁴ Lo aveva già intuito Pagano (Capitolo XI, *Della Confessione del reo, Teoria delle prove*, in *Opere. Filosofico-politiche ed estetiche di F. M. Pagano*, Napoli 1848, 359), nel 1800, quando scriveva che «la confessione del reo di spontanea volontà proceda, e non già dalla speranza o dal timore sia procurata...deve esser fatta innanzi al tribunale, mentrè amministra giustizia, e legalmente interroga l'accusato...la seria pompa del giudizio, la presenza dei giudici e la imminente pena avverte [l'accusato del] pericolo che corre». Lo aveva proposto, più di recente, parte della dottrina quando, introdotta la figura del testimone assistito, evidenziava che l'intenzione di rendere dichiarazioni sulla responsabilità altrui fosse manifestata al giudice, e non al pubblico ministero. Si osservava che la rinuncia alle garanzie riconosciute all'imputato fosse incompatibile con la sede dell'interrogatorio investigativo, svolto dall'inquirente o dalla polizia. Solo così, si sottolineava, sarebbe stata rispettata l'eguaglianza dei poteri fra i due contendenti e tutelata la posizione debole dell'imputato. Così, P. TONINI, *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del <<giusto processo>>*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 269. Cfr., pure, P. FERRUA - P. TONINI (*Testimonianza volontaria dell'imputato e tutela del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2000, 2873), ove nel proporre una regolamentazione delle dichiarazioni rese dall'imputato sulla responsabilità propria ed altrui, si immaginò che la perdita del diritto al silenzio e la consecutiva acquisizione della qualità di testimone dovesse avvenire davanti al giudice, previamente avvertito. Si suggeriva che la norma operasse nell'interrogatorio di garanzia, durante l'udienza di convalida o di fermo, ed in udienza preliminare.

⁴⁵ Sull'argomento, si rinvia a E.N. DELLA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arc. Pen. Web*, 2021, 18.

La rinuncia alla pena nel sistema minorile: il perdono giudiziale e il vincolo dello scopo

ANDREA ALBERICO

ABSTRACT

The article focuses on the assumptions of legitimacy of non-punishability for judicial forgiveness, starting from its historical origins and highlighting the risk that it could be left to the discretion of the individual judge, thus ending up at the borders of the constitutional system. It is therefore proposed to borrow, also for judicial forgiveness, the requirements established by the doctrine for other forms of clemency, and therefore to re-establish the cause of non-punishability consistently with the educational function that punishment must perform in juvenile criminal proceedings.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La storia del perdono ed il suo fondamento originario. – 3. Natura e presupposti del perdono. – 3.1. I rapporti con la sospensione condizionale della pena. – 4. Perdono e non punibilità. – 5. Lo scopo della pena e il diverso significato dell'art. 27 co. 3 Cost. nel sistema penale minorile. – 6. Perdono legittimo e funzione educativa della pena.

1. Nell'ormai caleidoscopico panorama della non punibilità, il perdono giudiziale – pur al netto della sua ambientazione di 'nicchia'¹ – continua a stagliarsi come un *unicum*, le cui peculiarità hanno forse contribuito a confinarlo in uno *spazio di eccezione* che ha progressivamente sopito l'interesse nei suoi confronti.

In effetti, prima ancora di approfondirne la natura e le caratteristiche, va evidenziato come il perdono assuma le vesti di una sorta di clemenza individuale, affidata al potere giudiziario, che però interviene – diversamente dalla grazia – prima ed a prescindere dall'affermazione di colpevolezza e dunque della esecuzione della pena. Il perdono, in altri termini, è espressione – diversamente dalla sospensione condizionale della pena – di una rinuncia incondizionata ed irrevocabile alla pena: il giudice decide di non punire il reo confidando, alla luce dei parametri di cui all'art. 133 c.p., che questi non commetterà altri reati in futuro (cd. prognosi di astensione).

Si impone, dunque, di approfondire lo statuto di *tipicità* del perdono giudiziale, al fine di indagarne la perdurante coerenza con le funzioni che la pena può legittimamente assolvere nel sistema penale minorile.

2. L'indagine storica restituisce una prima (e forse inaspettata) evidenza: il perdono è istituito fascista – poiché sconosciuto alla trama del codice liberale² – che però deroga vistosamente all'istanza

¹ Ai sensi dell'art. 169 c.p. il perdono può infatti essere concesso solo nei confronti dell'imputato minorenni imputabile qualora la pena da irrogare in concreto non sia superiore a due anni.

² V. però T. PADOVANI, *Art. 169*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, III, Milano 2011, 216, che suggerisce di mettere in relazione il perdono con l'istituto della riprensione

retributiva della pena che orienta e tendenzialmente esaurisce l'impostazione punitiva del regime autoritario³.

La versione originaria dell'istituto, in vigore per un breve lasso temporale ed emendata con il r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404, si presentava come una sorta di compromesso (molto al ribasso) tra l'intransigenza retribuzionista e le indicazioni della *Scuola positiva* (autorevolmente compendiate nel Progetto Ferri del 1921) sulla inutilità delle pene detentive brevi: il perdono poteva essere concesso per i reati la cui pena edittale massima non fosse superiore a 2 anni (ovvero a lire diecimila nel caso di pena pecuniaria). In tal modo, però, l'art. 169 c.p. risultava inapplicabile proprio alle figure delittuose che maggiormente caratterizzavano la delinquenza minorile, quali il furto e le lesioni personali⁴.

I Lavori preparatori testimoniano tutta la tribolazione del Ministro Rocco attorno a questa innovazione⁵, e ne lasciano emergere la consapevolezza di «una deviazione dalla linea logica e fondamentale» nel magistero punitivo, giustificata da un «supremo interesse sociale» individuato nella necessità «di salvare dalla perdizione le giovani esistenze e di favorire in tal modo il progresso civile»⁶. Pur con tutte le precauzioni prese dal Guardasigilli, è evidente come nel perdono si annidino logiche di tipo special-preventivo⁷ (positivo) normalmente estranee all'orizzonte politico-criminale del codice autoritario: la scelta del non punire viene considerata più adeguata della reazione sanzionatoria ciecamente retributiva.

Tutto quanto sin qui rilevato non impedisce però di far affiorare l'impronta chiaramente paternalistica che qualificava il nostro istituto e ne tratteggiava la *ratio*. In un contesto sistematico incentrato sulla patria potestà e, quindi, sulla piena disponibilità del minore da parte del genitore-uomo, il perdono si è affermato come manifestazione della benevolenza del buon padre di famiglia, talvolta disposto a tollerare il misfatto, piuttosto che come fattore di implementazione della personalità del minore deviante⁸. Il perdono, in ultima istanza, è stato troppo a lungo concepito come un atto di indulgenza fine a sé stesso, privo di una reale prospettiva di scopo⁹.

Paradossalmente, compiuta prima la transizione verso la potestà genitoriale ed approdato infine alla *responsabilità genitoriale*, il sistema della giustizia minorile non ha inteso rinnovare il proprio

giudiziale (presente nel Codice Zanardelli ed abbandonato da Rocco), in ragione del solenne ammonimento del giudice che doveva accompagnare la sentenza di perdono.

³ G. BELLAVISTA, *Il perdono giudiziale*, in *Riv. pen.*, 1937, p. 483 ss.; ID., voce *Perdono giudiziale*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1957; R. DOLCE, voce *Perdono giudiziale*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXII, 1982, p. 993; G. PIGHI, *Il perdono giudiziale*, Milano 1984, 4; A. M. CAPITTA, G. FRANCO, *Il perdono giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3125 ss.

⁴ A. BATTAGLIA, *Il perdono giudiziale*, in *Scuola positiva*, 1933, I, p. 485.

⁵ «In verità, fui lungamente perplesso prima di accogliere tale istituto nel Progetto. Esso venne caldeggiato dalla Commissione della Camera dei Deputati nella sua Relazione (v. *Lavori preparatori* cit., Vol. I, pagine 42-43) e strenuamente sostenuto dall'on. Relatore. (...) E soltanto la grave e specialissima considerazione di contribuire in tutti i modi a risolvere l'assillante problema della delinquenza minorile, valse a indurmi ad accogliere nel Progetto anche l'istituto del perdono giudiziale», in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, pt. I, Roma 1929, 219-220.

⁶ *Ivi*, 220.

⁷ G. PANEbianco, *Il minore reo*, in A. MANGIONE, A. PULVIRENTI (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano 2020, 220; ID., *Il sistema penale minorile*, Torino 2008, 214 ss., secondo la quale è proprio la «incompiutezza del processo formativo della personalità del giovane reo» che legittima la rinuncia alla pena.

⁸ Su questi concetti, A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna 2019, 10 e 612.

⁹ In questo senso, il condizionamento è provenuto tanto dalla logica compromissoria che ne ha favorito la nascita – e che lo ha imposto come strumento alternativo alle disfunzioni delle pene detentive brevi – quanto dalla successiva proliferazione di forme di non punibilità maggiormente specifiche e vincolate nei propri presupposti applicativi.

approccio al perdono, valorizzandone piuttosto la portata deflattiva e la capacità di garantire al minore una pronta fuoriuscita dal processo. Si è consolidata, in altri termini, una funzionalizzazione prasseologica del perdono, in forza della quale i benefici pratici garantiti dall'istituto alle incertezze circa la sua corretta razionalizzazione teorica.

Occorre allora verificare se l'idea dello scopo possa contribuire a ri-definire la portata ed il significato dell'istituto, favorendone anche una nuova dinamica applicativa. In questo percorso, il primo passo da compiere attiene al vaglio della natura giuridica del perdono e dei relativi presupposti applicativi, per poi passare alla ricognizione degli scopi che può legittimamente coltivare la pena nel sistema minorile.

3. Nonostante la indicativa collocazione sistematica tra le cause di estinzione del reato¹⁰, la natura dell'istituto rimane controversa¹¹. Intanto, il perdono richiede l'accertamento pieno della colpevolezza, sicché la sentenza di non luogo a procedere che ne segue testimonierebbe – secondo alcuni – la rinuncia da parte dello Stato alla condanna¹², svelandone la natura di causa di estinzione della punibilità¹³. Secondo altri, invece, il perdono determinerebbe la estinzione degli effetti penali del reato¹⁴, spezzando il rapporto tra reato e pena¹⁵.

La giurisprudenza, dal canto suo, non ha mancato di segnalare come il perdono «si sostanzia nella rinuncia da parte dello Stato alla condanna che [il colpevole] avrebbe meritato per il reato commesso»¹⁶, avvicinando l'istituto alla non punibilità in senso stretto – intesa cioè come rinuncia, fondata su basi politico-criminali, a (pronunciare la condanna ed) irrogare la pena – ove non addirittura alla clemenza individuale. Chiaramente, però, rispetto a questi modelli sussiste una evidente discrasia costituita dal potere discrezionale del giudice.

Quanto ai presupposti applicativi, essi sono: a) la minore età e l'imputabilità dell'autore al tempo della commissione del reato; b) il limite di pena¹⁷; c) la prognosi comportamentale e i parametri di cui all'art. 133 c.p. A questi si aggiungono d) l'assenza di una precedente condanna; e) il consenso dell'imputato, qualora la decisione sia presa in udienza preliminare; f) il mancato godimento del beneficio in altra occasione¹⁸.

¹⁰ Cass. pen., sez. II, 29 maggio 1981, n. 9937, Rv. 150843.

¹¹ R. DOLCE, *op. cit.*, 992 ss.

¹² Cass. pen., sez. V, 16 ottobre 2015, n. 2655, Rv. 265709, secondo cui la pronuncia di perdono non può valere come sentenza di condanna agli effetti della recidiva.

¹³ G. BELLAVISTA, *Perdono*, cit., 929; M. DUNI, *Il perdono giudiziale*, Milano 1957, 256.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, 60 ss.

¹⁵ G. GRASSO, S. DI NUOVO, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano 2005, 327.

¹⁶ Cass. pen., sez. V, 16 ottobre 2015, n. 2655, Rv. 265709.

¹⁷ Il perdono può essere concesso a condizione che la pena detentiva che il giudice avrebbe irrogato in concreto (Cass. pen., sez. II, 17 dicembre 1990, n. 2239, Rv. 186538) – e dunque tenendo conto di tutte le circostanze, a cominciare dalla diminuzione obbligatoria di cui all'art. 98 c.p., Cass. pen., sez. II, 4 maggio 2011, n. 23637, Rv. 250563 – non fosse superiore a due anni, ovvero alla pena pecuniaria di euro 1549, anche se congiunta a quella detentiva. Secondo la giurisprudenza, qualora il minore infradiciottenne risponda, in un processo cumulativo, di più reati concorrenti, deve aversi riguardo, ai fini dell'applicabilità del beneficio, alle singole pene che devono essere inflitte in concreto per ciascun reato e non a quella irrogabile in concreto complessivamente a seguito della applicazione della continuazione (Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 6970, Rv. 251952).

¹⁸ Secondo G. PIGHI, *op. cit.*, 43, tale scelta è coerente con la *ratio* politico-criminale che anima l'istituto e con i relativi presupposti: se il perdono fosse reiterabile, il vincolo della prognosi sarebbe sostanzialmente svuotato di contenuto. Cionondimeno, grazie a due interventi della Corte costituzionale, esistono due ipotesi in cui il perdono può essere

Il requisito che merita maggiore attenzione in questa sede è certamente la prognosi comportamentale da condursi secondo i parametri di cui all'art. 133 c.p.: il cuore dell'istituto è rappresentato dalla convinzione, in capo al giudice del merito, che il minore si asterrà dal commettere nuovi fatti di reato in futuro. Escluso, dunque, che il perdono possa considerarsi un diritto dell'imputato minorenn¹⁹, sarà compito del giudice, con adeguata motivazione, indicare le ragioni in forza delle quali è maturato il convincimento circa l'inopportunità di emettere la sentenza di condanna.

La prognosi deve essere formulata sulla base delle informazioni disponibili al momento della pronuncia della sentenza²⁰. Secondo la giurisprudenza, inoltre, il giudizio deve vertere anche sulla possibilità che la mancata irrogazione della pena contribuisca al recupero del prevenuto. Tale apprezzamento implica necessariamente l'esame della personalità del soggetto e del suo comportamento contemporaneo e susseguente al reato²¹, oltre che della gravità del fatto e della modalità esecutiva di esso. Vi è pertanto generale accordo sulla insufficienza dello stato di incensuratezza dell'imputato al momento del compimento del fatto²².

Per valorizzare le prospettive special-preventive del perdono, conferendogli una rinnovata valenza sul piano politico-criminale, la dottrina maggioritaria ritiene che nel giudizio prognostico si debba tener conto del ruolo di ammonimento che la sentenza di perdono può svolgere: il giudice si determina per la non punibilità nel convincimento che l'esperienza processuale cui segue il perdono costituisca un sufficiente deterrente rispetto alle scelte future del minore.

Quanto al richiamo ai parametri di cui all'art. 133 c.p., alcuni ritengono che il giudice debba passare in rassegna l'intera gamma di indicatori ivi elencati²³; altri limita la valutazione a quelli concernenti la capacità a delinquere²⁴. La giurisprudenza adotta un approccio decisamente più elastico: se talvolta ha ritenuto sufficiente la valorizzazione di uno solo dei criteri di cui all'art. 133 c.p.²⁵; tal'altra ha affermato che dall'art. 133 c.p. vadano semplicemente desunti «gli elementi di rilievo per la prognosi»²⁶, senza indicare dunque alcuna preferenza qualitativa o quantitativa. In altre occasioni ancora la Cassazione è stata maggiormente precisa, invitando i giudici del merito a valorizzare «le circostanze e le modalità dell'azione, l'intensità del dolo, la condotta di vita anche susseguente al reato, le condizioni familiari e sociali»²⁷.

concesso anche una seconda volta. Per effetto della sentenza costituzionale n. 108 del 26 giugno 1973, infatti, il perdono può essere esteso ad altri reati commessi anteriormente e legati dal vincolo della continuazione con quello "perdonato". Grazie alla sentenza costituzionale n. 154 del 24 giugno 1976, invece, il beneficio può essere concesso nuovamente in caso di reato commesso anteriormente alla sentenza di perdono la cui pena, unita a quella per il reato per cui è intervenuto perdono, non superi il limite di cui all'art. 169 c.p. La Cassazione ha ribadito che in forza delle sentenze della Corte costituzionale n. 108 del 1973 e 154 del 1976, la reiterazione della concessione del perdono giudiziale è consentita, ricorrendone le condizioni, rispetto ai reati commessi in epoca anteriore alla sentenza con la quale è già stato concesso il beneficio, senza che sia necessario accertare la sussistenza della unicità del disegno criminoso tra quei reati e quelli oggetto di detta sentenza, ma non anche in relazione ai reati commessi successivamente (Cass. pen., sez. V, 20 settembre 2005, n. 37454, Rv. 233075).

¹⁹ Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 2019, n. 19258, Rv. 276508; Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2013, n. 573, Rv. 258710.

²⁰ Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 1989, n. 14507, Rv. 182369.

²¹ Cass. pen., sez. II, 23 gennaio 1989, n. 7709, Rv. 181411.

²² Cass. pen., sez. II, 12 marzo 2019, n. 19410, Rv. 276560; Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2008, n. 45080, Rv. 242337.

²³ R. DOLCE, *op. cit.*, 1000; G. PANEBIANCO, *Il minore reo*, cit., 224.

²⁴ G. BELLAVISTA, *Perdono*, cit., 930.

²⁵ Cass., pen., sez. V, 30 settembre 2013, n. 573, Rv. 258710.

²⁶ Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 2019, n. 19258, Rv. 276508.

²⁷ Cass. pen., sez. II, 12 marzo 2019, n. 19410, Rv. 276560.

Va rimarcato come la prognosi deve condurre ad una decisione definitiva *hic et nunc*, sicchè nulla vieta che – negato il perdono – il giudice disponga la sospensione condizionale della pena, istituto meno favorevole proprio in considerazione del necessario trascorrere del periodo di sospensione prima di ottenere l'effetto estintivo²⁸.

3.1. È proprio l'analisi dei rapporti con la sospensione condizionale della pena che può aiutare a fare maggiore luce sul significato politico-criminale del perdono.

A ben vedere, infatti, anche l'art. 164 c.p. invita il giudice del merito ad un giudizio prognostico di futura astensione dal reato dell'imputato, sicchè – sotto questo specifico aspetto – i due istituti sembrerebbero condividere la medesima *ratio*. Discorso analogo può essere fatto (al netto di qualche differenza) quanto ai limiti di pena fissati per la concedibilità e per la reiterabilità, nel senso che si tratta comunque di forme di rinuncia alla esecuzione di pene detentive brevi per delinquenti tendenzialmente primari.

Gli effetti del perdono risultano però più favorevoli per il reo: l'estinzione del reato è infatti immediata, non passa per la pronuncia formale della condanna, e non richiede il trascorrere del tempo imposto dalla sospensione condizionale. Conseguentemente, il perdono non soffre della revocabilità che invece caratterizza la sospensione condizionale. La giurisprudenza, al riguardo, evidenzia correttamente come il diniego del perdono giudiziale contestuale alla concessione della sospensione condizionale non esprima alcuna contraddittorietà, trattandosi di istituti che comportano l'estinzione del reato secondo una diversa scansione diacronica – verificandosi, per il perdono giudiziale, al momento del passaggio in giudicato della sentenza e, per la sospensione condizionale della pena, all'esito dell'utile decorso del termine di legge – così da consentire al giudice la scelta dello strumento più utile per consolidare sia nel minore le contropinte psicologiche al reato sia le basi di un suo pieno recupero.

Allo stesso tempo, la giurisprudenza ha da ultimo ribadito che il beneficio del perdono giudiziale non costituisce oggetto di un diritto dell'imputato ma è rimesso – al pari della sospensione condizionale della pena – al potere discrezionale del giudice, il quale ha l'obbligo di motivare la propria scelta evidenziando, secondo i criteri indicati dall'art. 133 c.p., gli elementi di rilievo per la prognosi circa gli effetti che, in concreto, possono derivare dal beneficio²⁹. La scelta in favore dell'uno o dell'altro istituto dipenderà allora dall'affidabilità della prognosi di astensione, con sindacato discrezionale del giudice, e tenendo conto della gravità del reato e della personalità del minore.

È in questo preciso spazio che devono inserirsi valutazioni connesse agli scopi della pena. Se, infatti, nella sospensione condizionale il giudice – e prima di esso il legislatore – 'scommette' sulla capacità risocializzante della condanna non eseguita, mantenendo però il controllo di questo 'azzardo' qualora la prognosi si riveli infelice, nel perdono la partita si conclude con la sentenza, senza possibilità di ritornare sulla decisione presa.

²⁸ Cass. pen., sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 16017, Rv. 259760; Cass. pen., sez. V, 30 giugno 2010, n. 30946, Rv. 247764; Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2004, n. 43252, Rv. 231007.

²⁹ Nella specie, la Corte ha ritenuto immune da censure il provvedimento che aveva negato il beneficio in considerazione dei numerosi precedenti penali del minore e del comportamento trasgressivo che aveva determinato, nel corso del procedimento, l'aggravamento della misura del collocamento in comunità (Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 2019, n. 19258 Rv. 276508).

Lo sviluppo diacronico della sospensione condizionale, in altri termini, consente una verifica della evoluzione del comportamento del colpevole, favorendo un monitoraggio sul suo ritorno ai valori laici dell'ordinamento (nel caso del minore, sul ritorno verso il percorso educativo smarrito con il reato).

L'effetto immediato del perdono, di contro, reclama l'esigenza che sia lo stesso atto di indulgenza a colorarsi di valenza educativa, altrimenti, paradossalmente, potrebbe rivelarsi fattore di alimentazione del convincimento dell'impunità, con connotazioni essenzialmente diseducative e ricadute negative anche sul versante della prevenzione generale (stante la cesura tra comminatoria legale ed irrogazione della pena³⁰).

4. Si è detto al principio che il perdono si colloca nell'orizzonte ormai frastagliato e poco definibile della non punibilità³¹. Occorre approfondire, allora, quale sia la *ratio* che alimenta la scelta in favore della rinuncia alla pena. Guardando, infatti, semplicemente agli effetti dell'istituto, emerge in maniera cristallina come esso persegua l'obiettivo di mandare esente da pena l'autore di un fatto tipico, antiguridico e colpevole. Ne segue, quale corollario, che la non punibilità che caratterizza il perdono non trova fondamento nel venir meno di una delle categorie del reato, attestandosi piuttosto come fattore sopravvenuto. Prima di procedere lungo un crinale di indagine di stampo marcatamente tecnico-penalistico, appare utile dar conto di un recente contributo di autorevole dottrina in cui si è offerta una ricostruzione *ontologica* del perdono, che prescinde dal contesto della giustizia penale. «[P]erdonare significa affrancarsi dallo schema comportamentale fondato sulla specularità dei comportamenti (*negativo per negativo*); il che non costituisce affatto sinonimo di inerzia, bensì apre a una risposta nei confronti del negativo consistente in una progettualità di segno opposto (...). Perdonare, poi, significa altresì mantenere aperta una *disponibilità* verso chi abbia sbagliato, vale a dire manifestare un interesse per il suo avvenire e per il mutamento degli atteggiamenti alla base del suo agire negativo»³².

Su questi presupposti, l'Autore richiamato proietta il perdono verso il futuro, ben consapevole della irrevocabilità della passata azione illecita: «attraverso la consapevolezza del male arrecato e l'assunzione di responsabilità verso di esso», il colpevole potrà orientare il suo agire in una direzione nuova. «[L]a nozione di perdono comporta l'offerta di una *chance*, rivolta all'autonomia di quella persona e finalizzata a una realizzazione della sua libertà che non è stata ancora conseguita»³³. Il perdono, in altre parole, esibirebbe una forte capacità motivazionale nei confronti dell'autore dell'illecito, dimostrando la disponibilità dell'ordinamento ad offrire una occasione di riscatto a chi ha vissuto una esperienza di marginalità.

Le considerazioni appena esposte presentano un significativo tasso di compatibilità con le tematiche della giustizia penale minorile.

³⁰ F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in M. Romano, F. Stella (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna 1980, 24.

³¹ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 398 ss.

³² L. EUSEBI, *Pena e perdono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1143.

³³ *Ivi*, 1144.

In effetti, caricando il perdono di simili significati, si chiede di valutare se la rinuncia alla pena possa divenire fattore di responsabilizzazione nei confronti del singolo minore imputato; si chiede di approfondire il contesto nel quale è maturata l'iniziativa criminosa prima di convincersi che il perdono sia la strada migliore perché il minore possa prendere una direzione nuova nella sua vita futura. Venendo ora a riflessioni più propriamente giuridico-penali, una connotazione specifica del perdono è quella di veicolare giudizi di immeritevolezza/inopportunità della pena, che però non rimandano a 'tipi ipotetici' di fatti generali ed astratti³⁴.

Il perdono, in altri termini, partecipa in maniera feconda della dialettica tra meritevolezza e bisogno di pena – attestandosi quale fattore di sussidiarietà secondaria, e favorendo l'esenzione da pena per tutti quei soggetti e quei fatti che in concreto non ne appaiano bisognosi – ma in assenza di una precisa descrizione tipologica dei fatti da non punire. Il perdono – alla stregua di quanto sostenuto in dottrina per le cause di clemenza generale – «riflette il bisogno di sottrarre al corso 'normale' della giustizia penale 'microfenomeni' composti da fatti 'tipici' collocabili nella *zona dell'inutilità funzionale della pena*»³⁵.

Non vogliamo affiancare oltre il perdono – frutto di un provvedimento giudiziale a destinatario individuale – e (le forme legittime del)la clemenza³⁶ – frutto di una decisione legislativa e a destinatario collettivo –, ma un nucleo comune a queste due aree della non punibilità può essere rinvenuto proprio nella logica della inutilità funzionale della pena. Nel perdono la pena è inutile non perché siano state tenute condotte di reintegro dell'offesa (come tali strumenti alternativi di tutela di beni giuridici), ovvero perché il fatto sia giudicato tenue, ovvero ancora perché vada premiato un contegno *utile* del reo successivo al fatto³⁷, ma perché è il giudice che la ritiene tale. Dunque, per evitare che degradi ad istituto lasciato alla schizofrenia delle decisioni giudiziarie, anche il perdono deve inquadarsi nella cornice dei valori costituzionali³⁸.

Così come ragionando attorno agli scopi della pena si è inteso sottrarre il potere di clemenza alla sua tradizionale dimensione potestativa – emancipandolo da residui di irragionevole disuguaglianza³⁹ – allo stesso modo si potrà sottrarre il perdono all'arbitrio (o forse, peggio, al lassismo) del singolo giudicante.

È ora il momento allora di analizzare quali sono gli scopi che la pena può legittimamente ambire a realizzare al cospetto del reo minorenne.

³⁴ Sia consentito prendere in prestito le riflessioni e le parole di V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli 2007, 399.

³⁵ Così ancora V. MAIELLO, *Clemenza*, cit., 400.

³⁶ Tali sono, secondo attenta dottrina, le forme di clemenza come 'strumento di pacificazione sociale', di clemenza 'di giustizia' e di clemenza come 'strumento di adattamento del diritto'. Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza*, cit., 419 ss.

³⁷ L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, 209 ss.; E. RESTA, *Diritto penale premiale e "nuove" strategie di controllo sociale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 41 ss.; F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 130 ss.; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in AA. VV., *La legislazione premiale*, Milano 1987, 131 ss.; D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, *ivi*, 75 ss.; C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano 2002.

³⁸ L'esigenza che la non punibilità si inquadri nel contesto dei valori costituzionali è stata espressa, tra i primi, da F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La quest. crim.*, 1980, 229 ss. Cfr. altresì, L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 649 ss.

³⁹ In questi termini G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano 1974, 65 ss.

5. Il lungo cammino che ha condotto alla emancipazione del principio di colpevolezza/personalità della responsabilità penale⁴⁰, in uno con la definitiva fissazione del significato dell'ambiguo termine 'rieducazione' che campeggia nel comma 3 dell'art. 27 Cost., ha visto un passo decisivo verso la sua conclusione – come ampiamente noto – con la sentenza costituzionale n. 364/1988.

In quella fondamentale pronuncia – pietra d'angolo del diritto penale liberale di matrice costituzionale – la Consulta ha insegnato che la rieducazione va intesa in senso laico come *risocializzazione*, e ha chiarito che la pena non potrebbe nemmeno tendere a tale fondamentale obiettivo se non sarà prima percepita come giusta dal condannato. Pena giusta è la pena che interviene per un fatto riferibile al reo sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, un fatto cioè rimproverabile.

Se, però, nel sistema penale degli adulti la sentenza n. 364/88 ha segnato un traguardo interpretativo, in ambito minorile ha rappresentato 'solo' uno snodo intermedio. In effetti, non poteva che risuonare ambiguo parlare di *rieducazione* al cospetto di un individuo che per definizione non aveva ancora completato il proprio percorso educativo.

Non solo. Per quanto la pena *costituzionalizzata* debba proiettarsi verso il futuro del condannato, impegnandosi a (ed auspicando di) ripresentarlo alla collettività come individuo rinnovato e allineato ai valori della convivenza civile, è indiscutibile che essa mantenga il proprio tratto caratteristico nella inflizione di una sofferenza. La pena, in prima istanza, agisce *contro* il reo.

Ebbene, a questo proposito non può trascurarsi come l'enunciato dell'art. 31, co. 2 della Costituzione, che afferma il dovere incondizionato della Repubblica di *proteggere* il minore, possa contribuire a minare alle fondamenta questa impostazione⁴¹. Il dovere di protezione, infatti, può spingersi fino all'esigenza di tutelare il minore anche *dal* diritto penale (e dal processo), pur quando sia egli l'autore del reato⁴².

In questo senso, si può sostenere che il processo penale minorile non si dirige *contro* il minore imputato, ma è un processo *per* il minore, imponendosi un rinnovato dovere di protezione *nel* processo, per fare in modo che questa esperienza diventi uno strumento di educazione. La prospettiva appena delineata si è affermata in tutta la sua potenza solo nel 1994, e ancora una volta per merito di una pronuncia della Corte costituzionale, la sentenza n. 168. Con questa decisione è stata affrontata la questione inerente alla possibilità di punire il minore con la pena dell'ergastolo⁴³.

⁴⁰ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992.

⁴¹ S. LARIZZA, *Per una giustizia penale a misura di minore*, in A. MANGIONE, A. PULVIRENTI (a cura di), *La giustizia penale minorile*, cit. 130 ss.

⁴² *Ivi*, 137 ss.

⁴³ In realtà il Codice Rocco, nel suo impianto originario, aveva messo a punto un meccanismo per effetto del quale l'ergastolo non potesse comunque essere comminato ai minorenni, incidendo sul modo di operare del bilanciamento delle circostanze. Qualora un minore avesse commesso un delitto che, ove aggravato, avrebbe potuto comportare la pena dell'ergastolo, sarebbe intervenuta sempre e necessariamente – quale strumento di calmierazione – l'attenuante di cui all'art. 98 c.p. Il sistema previsto dal legislatore fascista, infatti, sottraeva tale circostanza (quale circostanza inerente alla persona del colpevole) al giudizio bilanciamento (art. 69 c.p.). In questo modo, se per effetto dell'aggravante la pena diventava astrattamente quella dell'ergastolo, grazie alla successiva applicazione dell'attenuante di cui all'art. 98 c.p. tornava ad essere in concreto quella della reclusione: l'attenuante andava infatti applicata sulla pena risultante dall'aumento deciso per la applicazione delle aggravanti. La disciplina in questione è stata modificata nel 1974 (l. 220 del 1974 di conversione del d.l. 99/1974). In esito a tale riforma, anche le circostanze concernenti le qualità personali del colpevole potevano essere oggetto di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 c.p. Con la riforma del 1974, dunque, si è generato il risultato, seppur involontario, di consentire che il minore potesse essere condannato all'ergastolo: qualora il giudice avesse ritenuto le aggravanti prevalenti sull'attenuante di cui all'art. 98 c.p., questa non avrebbe trovato applicazione in concreto e la pena sarebbe rimasta quella dell'ergastolo.

Rispetto a questa ipotesi, nel dicembre 1993 fu sollevata una questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 27 comma 3 in combinato disposto con l'articolo 31 comma 2 Cost. Secondo il giudice rimettente, se la Repubblica deve proteggere il minore è intollerabile che questi, anche solo in astratto, possa vedersi condannato ad una pena perpetua. Ciò rappresenterebbe la negazione del dovere di protezione del minore.

Posta in questi termini, la questione fu accolta dalla Consulta con la sentenza n. 168 del 1994. Attraverso la lettura combinata degli artt. 31, co. 2 e 27, co. 3 Cost., la Corte costituzionale si è prodotta in un'affermazione di cruciale significato: il principio di protezione, scolpito nell'art. 31, co. 2 Cost., implica che l'art. 27, co. 3 Cost. nei confronti del minore non può essere letto nella sua stretta dimensione letterale di significato, poiché il principio rieducativo che esso esprime non può valere come tale al cospetto di un soggetto che non ha ancora completato il percorso educativo: non si può rieducare chi che per definizione non ha ultimato il suo percorso di crescita personale e di socializzazione.

Nei confronti del minore, allora, lo scopo della pena non deve e non può essere la rieducazione, ma l'educazione. La pena deve essere concepita come uno strumento per riprendere (e magari portare a termine) il percorso educativo che è stato interrotto, o comunque complicato, dalla commissione del reato. Essa va calibrata sulle specifiche esigenze del minore, sui suoi bisogni e sulle sue carenze, tenendo conto non solo del fatto commesso, ma dell'esperienza di vita che ha segnato quel soggetto in precedenza, e delle possibilità che egli sarà in grado di cogliere nel corso del procedimento penale. La Consulta, dopo aver ricordato che la pena, nel nostro ordinamento, deve guardare al futuro – attraverso la predisposizione di un percorso che consenta al condannato di tornare ad essere un cittadino incluso nel contesto sociale del nostro ordinamento – aggiunge che nei confronti del minore, che non ha ultimato per definizione il suo cammino di socializzazione, la pena – nelle sue molteplici forme – deve operare quale leva per ripristinare le condizioni idonee a riprendere il sentiero educativo smarrito. Se, dunque, la non definitività dell'ergastolo comune è sufficiente ad escluderne «il contrasto con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione in sé considerato, si rivela inadeguata una volta che si abbia riguardo alla prospettiva della spiccata protezione del minore quale espressa nell'art. 31, secondo comma, della Costituzione, principio la cui compresenza nell'ambito dei precetti costituzionali impone un mutamento di segno al principio rieducativo immanente alla pena, attribuendo a quest'ultima, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca della propria identità, una connotazione educativa più che rieducativa, in funzione del suo inserimento maturo nel consorzio sociale»⁴⁴.

La sentenza costituisce il manifesto programmatico della giustizia penale minorile, perché indica che l'intervento penale sul minore deve inserirsi nel (e tenere conto del) suo personale percorso educativo, deve cioè riportarlo sui suoi binari fisiologici dai quali era deviato in presenza della commissione del fatto illecito; oppure deve diventare occasione per costruire un percorso educativo che ancora non si era stabilmente e solidamente intrapreso attorno a quel soggetto.

⁴⁴ Queste le parole della Consulta, punto 5.1 in diritto.

Definite così le coordinate di scopo del processo penale minorile, occorre domandarsi come le stesse possano essere seguite anche al cospetto di un istituto votato alla non punibilità, o più in generale alla rinuncia alla pena, che potrebbe pericolosamente convertirsi in arbitrario rimedio per non punire.

6. L'indagine sin qui condotta suggerisce di presentare insieme gli indicatori che il giudice deve considerare per legittimare la concessione del perdono (chiaramente sussistendo i presupposti fissati dall'art. 169 c.p.).

L'obiettivo, come ormai chiarito, è che il perdono si colori di valenza educativa, sicchè è fondamentale che costituisca l'esito di una profonda conoscenza della vita del minore, ottenuta nei modi di cui all'art. 9 d.P.R. 448/88. Solo attraverso la comprensione di *chi* è l'imputato si potrà misurare la capacità performativa dell'istituto. Allo stesso tempo, il giudice deve convincersi che il minore meriti immediatamente la non punibilità e che dunque sia preferibile che la sua vicenda giudiziaria si chiuda senza strascichi e senza nemmeno la pronuncia della condanna. In questa valutazione, ancora una volta, il giudice dovrà considerare che sia educativamente preferibile un simile assetto. Non dunque una mera prognosi di futura astensione dal commettere reati, ma anche una diagnosi sull'opportunità dell'immediata definizione del giudizio.

Infine, il giudice dovrà apprezzare la capacità del minore di responsabilizzarsi attraverso il perdono. Dovrà riconoscere, in altri termini, la capacità del minore di cogliere il significato della *chance* che gli viene offerta e di farne tesoro per le sue scelte comportamentali future. È così che il perdono potrà educare: diventerà una dichiarazione di accoglienza, di comprensione e di disponibilità ad accompagnare il minore nella sua crescita. In questo senso non sembrano condivisibili fino in fondo le posizioni di chi intravede una forza di ammonimento nella sentenza di perdono. La rinuncia alla pena non deve infatti intimidire, né presentarsi come una sorta di pericolo scampato che però continuerà a pendere sul capo del minore.

La non punibilità deve essere vissuta come la migliore soluzione innanzi ad un fatto e ad un soggetto che si collocano in una zona di inutilità funzionale della pena: la rinuncia alla pena educerà lì dove la pena non lo avrebbe fatto.

Infine, un ulteriore spunto sulla proiezione educativa del perdono può cogliersi dal raffronto con l'istituto dell'irrelevanza del fatto.

Posto, invero, che il perdono presenta presupposti applicativi molto diversi, ed un ambito operativo più ristretto⁴⁵, è ben possibile che in concreto il fatto oggetto di giudizio possieda tutti i requisiti per apparire irrilevante, ma sia anche punibile con una pena detentiva non superiore a due anni⁴⁶. Se in astratto l'irrelevanza dovrebbe presentarsi come istituto speciale, richiedendo anche la connotazione di tenuità del fatto, parte della dottrina esprime dubbi sul ricorso incondizionato a tale istituto, rimarcandone proprio i deficit educativi rispetto al perdono⁴⁷. La giurisprudenza, dal canto suo,

⁴⁵ Il giudizio di irrilevanza, infatti, può intervenire al cospetto di qualsiasi fatto di reato, qualora il comportamento risulti occasionale. Inoltre, il prosieguo del procedimento penale deve apparire pregiudizievole per le esigenze educative minore (art. 27 d.P.R. 448/88).

⁴⁶ G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, Milano 2009, 309 ss.

⁴⁷ P. DUSI, *Irrilevanza del fatto e la nuova formulazione*, in *Esp. giust. min.*, 1992, 20.

afferma che l'irrelevanza è più favorevole per il minore⁴⁸, riconoscendo l'interesse (anche del P.M.) ad impugnare la sentenza che, anziché dichiarare, *ex art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448*, non doversi procedere per irrilevanza del fatto, ha concesso il perdono giudiziale.

Ora, pur condividendosi – in linea astratta – la denunciata carenza educativa nel proscioglimento per irrilevanza del fatto, non può tacersi come la peculiarità di questo istituto risieda proprio nel giudizio di trascurabilità del reato commesso. L'irrelevanza, in altri termini, è una ipotesi tipizzata di non punibilità, poiché chiama ad un sindacato sulla tenuità del fatto – di stampo prettamente oggettivo – che è sconosciuto al perdono. Nell'irrelevanza la pena è inutile perché si rivelerebbe una reazione sproporzionata rispetto al disvalore complessivo del fatto (naturalmente secondo un giudizio che tenga conto delle peculiarità del soggetto che ne è autore).

Il perdono, di contro, può intervenire anche per un fatto non tenue. Se dunque la componente educativa può risultare recessiva nell'irrelevanza, essendo ampiamente compensata dallo scarso disvalore del fatto e dalla conseguente sproporzione della pena, nel perdono la prospettiva educativa diviene l'unica fonte di legittimazione della non punibilità, che diversamente risulterebbe arbitraria. Trova conferma, dunque, la segnalata esigenza che il perdono si allinei allo scopo affidato alla pena minorile, non potendo altrimenti legittimarsi una forma di non punibilità individuale rimessa esclusivamente alla discrezionalità del giudice.

Ove si condivida questa impostazione, non sarà difficile rilevare come il perdono orientato allo scopo si affranchi anche da quella zavorra di paternalismo cui si è fatto cenno in principio del presente lavoro: il giudice che opti per la non punibilità non aderisce al modello del buon padre di famiglia, che arbitrariamente rinuncia a punire, ma si conforma alla moderna visione della *responsabilità* che impone (al genitore) di prendere le scelte migliori per la formazione e l'educazione del minore.

⁴⁸ Cass., Sez. 5, Sentenza n. 29360 del 22/03/2019 Ud. (dep. 04/07/2019) Rv. 276208. La Corte, in motivazione, ha precisato che, nel processo penale minorile, la pubblica accusa ha interesse a chiedere una formula di proscioglimento o assolutoria più favorevole avendo anche il compito di verificare l'adeguatezza degli strumenti alternativi alla pena alle esigenze educative del minore e alla sua reintegrazione nella società.

I soggetti tutelati dalla legislazione brasiliana sull'infanzia e l'adolescenza

CLAUDIO DO PRADO AMARAL

ABSTRACT

The work analyzes the Brazilian legislation for the protection of children and adolescents, highlighting the negative effects of child labor on the human condition.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La definizione di bambino e di adolescente. – 3. Giovani tra i 18 ed i 21 anni. – 4. Il bambino nella prima infanzia. – 5. Tutele giuridiche speciali. – 5.1. Bambini e adolescenti con disabilità. – 5.2. Lavoratore adolescente e lavoro minorile. – 5.2.1. Il lavoro minorile nella storia. – 5.2.2. Obiettivo: eliminazione. – 6. Adolescente che ha commesso un'infrazione. – 6.1. Bambini e adolescenti vittime e testimoni di violenza. – 6.2. Bambini e adolescenti in accoglienza istituzionale. – 6.3. Bambini e adolescenti esposti a narcotici e farmaci affini. – 7. Conclusioni.

1. L'esame della Costituzione Federale Brasiliana (CF) prevede un sistema giuridico a tutela dei bambini e degli adolescenti. Credo che questo lavoro possa in qualche modo dare un contributo ai giuristi italiani nell'ottica di una prospettiva comparata.

L'ordinamento brasiliano è composto da un gruppo di soggetti che devono essere tutelati integralmente e, da un altro, formato da enti 'protettivi', che hanno il compito di promuovere la tutela integrale: famiglia, società e Stato. Qui ci occuperemo di soggetti protetti, cioè, bambini e adolescenti. Tali soggetti sono suddivisi in altre categorie giuridiche, a seconda: 1) di un particolare contesto di vita; 2) lo stadio dello sviluppo umano. Tali contesti, momenti e condizioni vengono valorizzati dal sistema giuridico minorile-adolescente, imponendo loro diritti di tutela speciali e/o diversi.

La legge brasiliana sull'infanzia e l'adolescenza è un campo del diritto definito in base alle materie a cui si applica, e lo Statuto dell'infanzia e dell'adolescenza (legge n. 8.069/1990) è la principale legge federale che regola tale sistema di protezione. Come in ogni ordinamento giuridico, anche in Brasile esistono altre leggi federali volte alla piena tutela dei bambini e degli adolescenti.

In Brasile, è considerato bambino una persona fino a 11 anni o, come previsto dallo Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza (di seguito denominata ECA), una persona fino a 12 anni¹. Un adolescente è una persona di età compresa tra 12 e 17 anni. Entrambi sono destinatari di tutela completa.

¹ SCABINI, Eugenia; RANIERI, Sonia, *Família com Filhos Adolescentes: A Perspectiva Relacional*, in: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira (Coordenadoras), *Família e Parentalidade: Olhares da Psicologia e da História*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, 171: «Gli adolescenti e i giovani rivendicano un'identità specifica che si esprime nel linguaggio, nell'abbigliamento e nello stile di comportamento, spesso opposto a quello tipico degli adulti. Nel mondo occidentale la gioventù si è allungata e, allo stesso tempo, ha perso alcune delle sue caratteristiche di marcata conflittualità con il mondo degli adulti. Oggigiorno si parla di giovane-adulto (Arnett, 2004) per indicare un'età della vita che presenta alcune caratteristiche adulte (diritto di voto, ampia libertà di decisione) e alcune caratteristiche giovanili, tra cui spicca la dipendenza economica – a almeno in parte – e presenza prolungata nella famiglia di origine».

2. Nello Statuto si utilizza un criterio di età fisso, evitando l'insicurezza che il criterio psicologico potrebbe causare, poiché il passaggio dall'infanzia all'adolescenza avviene approssimativamente a questa età, in particolare, può avvenire poco prima o poco dopo i 12 anni, a seconda delle caratteristiche di ogni individuo. Il fattore maturità è l'aspetto principale dell'arrivo dell'adolescenza, cioè quando c'è un'importante maturazione fisica, psicologica, morale, cognitiva, ecc., quando la persona diventa adolescente.

A causa della crescita fisica dell'individuo, dello sviluppo della sessualità, dell'aumento cognitivo e dello sviluppo di competenze equivalenti a quelle degli adulti, si tende ad avere una minore tolleranza sociale, comunitaria e genitoriale nei confronti degli adolescenti. Tuttavia, è molto importante non cadere nell'errore che gli adolescenti non dovrebbe ricevere tutta la tutela che il sistema giuridico per l'infanzia e l'adolescenza gli riconosce. Nonostante tutto lo sviluppo insito in questo momento della vita, i giovani attraversano un periodo permeato da incertezze che li rende vulnerabili, in misura maggiore o minore. Gli adolescenti: a) possono apparire estremamente sicuri di sé, quando in realtà è il contrario; b) ridono, mentre piangono dentro; c) spesso rispondono a situazioni semplici in modo del tutto inappropriato; d) sfidano l'autorità nel tentativo di comprendere i limiti della vita sociale (quando basterebbe una semplice domanda o la mera osservanza delle regole stabilite); e) indirizzano le loro enormi energie verso punti negativi (e così si allontanano da chi li ama o da chi si prende cura di loro); f) soffrono alla ricerca della propria identità; hanno il fascino del gruppo dei pari.

Insomma, l'adolescenza è una fase della vita che non solo non può essere trascurata ai fini della tutela, ma soprattutto necessita di un'azione congiunta di tutti i soggetti che sono congiuntamente obbligati a questa missione. Le protezioni che richiedono forza fisica non sono adeguate. È, invece, nell'ambito della psiche e dell'emotività che le tutele risultano più necessarie, per guidare l'adolescente verso la conoscenza di sé e lo sviluppo sano della propria identità².

Dal punto di vista del ECA, l'elemento caratteristico dell'adolescenza è l'aumento del discernimento individuale, poiché solo gli adolescenti possono essere considerati autori di atti infrazionali³ e sono soggetti a misure socio-educative. La legge prevede un trattamento diverso tra bambini ed adolescente: il bambino che commette un atto qualificato come reato dal diritto penale non è soggetto a misure socio-educative, bensì a misure protettive. Inoltre, nel caso in cui occorra affidare un bambino presso una famiglia sostitutiva l'audizione del bambino non è essenziale e non è necessario il suo consenso. Nel caso di un adolescente, sarà richiesto il suo consenso, ottenuto in un'udienza giudiziaria (art. 28, §§ 1 e 2, ECA).

In altri passaggi l'ordinamento giuridico esplicita la sua opzione per la certezza del diritto che il criterio cronologico produce, ad esempio, quando si tratta dell'imputabilità a partire dai 18 anni di età. Sebbene possa portare a situazioni ingiuste e altamente criticabili, il criterio dell'età è utilizzato da molto tempo in Brasile ed è già stato assimilato nella nostra cultura giuridica.

² PIRLOT, Gérard, *Violences et souffrances à l'adolescence*, Paris: L'Harmattan, 2001, 59-130. No mesmo sentido: BARBOT, Baptiste; RUNNER, Scott R. *Developmental Changes in Adolescence and Risks for Delinquency*, in: GRIGORENKO, Elena L (editor), *Handbook of Juvenile Forensics Psychology and Psychiatry*. New York: Springer, 2012, 13.

³ Gli atti di infrazioni o atti infrazionali (espressione che crediamo non c'è corrispondenza in italiano) sono comportamenti descritti nel diritto penale come crimine.

3. L'art. 2°, comma unico del ECA stabilisce che nei casi previsti dalla legge, «il presente Statuto si applica eccezionalmente alle persone di età compresa tra i 18 ei 21 anni». Al momento della promulgazione del ECA (1990), la piena capacità veniva acquisita all'età di 21 anni, secondo l'allora vigente Codice Civile (CC) del 1916. Dal CC del 2002 in poi, avviene a 18 anni. È questa la regola attuale.

Resta però il tema del diritto socio-educativo⁴, ragion d'essere della regola dell'art. 2°, unico comma del ECA. Finché l'adolescente ha commesso un'infrazione – quindi, necessariamente, un atto commesso prima del compimento dei 18 anni – sarà soggetto all'ECA e al processo socio-educativo. Un giovane di questo tipo può essere ricoverato provvisoriamente in cárcere minorile, processato e giudicato per aver commesso un'infrazione, anche se ha già compiuto 18 anni al momento della sentenza, ed essere anche sottoposto a misure socio-educative. Ciò che determina l'incidenza dei diritti socio-educativi è che il fatto sia stato commesso prima dei 18 anni e dopo i 12 anni. In questo senso esiste una copiosa giurisprudenza⁵.

Per quanto riguarda l'accesso alla giustizia, secondo l'art. 142 «i minori di sedici anni saranno rappresentati e quelli di età superiore ai sedici anni e ai minori di ventuno anni saranno assistiti dai genitori, tutori o fiduciari, secondo la normativa civile o processuale». La disposizione è stata abrogata dal Codice Civile che, all'art. 4° dispone che «[...] coloro che hanno più di 16 anni e meno di 18 anni sono incapaci di compiere determinati atti o il modo in cui essi vengono compiuti» e nell'art. 5° sancisce che «la minorità cessa al compimento dei 18 anni, quando la persona ha il diritto di esercitare tutti gli atti della vita civile».

Così, oggi in Brasile: a) i minori di 16 anni devono essere rappresentati dai genitori o tutori; b) i maggiori di 16 anni e i minori di 18 anni (relativamente incapaci) saranno assistiti dai “loro genitori, tutori o fiduciari”. La legge n. 13.431/2017 descrive il sistema di garanzie per i bambini e gli adolescenti vittime o testimoni di violenza, prevedendo che la sua applicazione sia facoltativa per le vittime e i testimoni di violenza di età compresa tra i 18 ei 21 anni, come previsto dall'art. 2°, unico comma del ECA.

4. Il periodo della vita di una persona fino a sei anni o 72 mesi è oggetto di protezione da parte di una legge specifica che prevede politiche pubbliche relative a questa fase della vita umana, vale a dire, la legge n. 13.257/2016, nota come Legge sulla Prima Infanzia. Questa legge ha anche promosso importanti modifiche sul ECA e ad altre leggi, migliorando i contesti capaci di promuovere i diritti fondamentali in questa fase della vita.

Le conseguenze sorprendenti di tutto ciò che accade in questa prima fase della vita, che la scienza continua a chiarire, si estendono al resto della vita della persona. Le politiche pubbliche specifiche per la prima infanzia rappresentano una priorità assoluta. La combinazione del contenuto della legge

⁴ Branca del diritto dell'infanzia e dell'adolescenza che si occupa della commissione di infrazioni da parte degli adolescenti.

⁵ Tribunale Federale: Habeas Corpus 94.938/RJ, Prima Sezione, rel. Cármen Lúcia, 12.08.2008, v.u.; HC 94.939/RJ, Seconda Sezione, rel. Joaquim Barbosa, 14.10.2008, v.u. STJ: HC 89.846/RJ, Quinta Sezione, rel. Arnaldo Esteves Lima, 15.09.2009, v.u. TJSC: HC 44.168/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 09.08.2007. TJRS: Appello Civile 70055436935, Ottava Sezione Civile, Corte di Giustizia dello Stato di Rio Grande do Sul, rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 29.08.2013. TJSP: appello civile 0229204-96.2009.8.26.0000, Camera Speciale, rel. Maia da Cunha, 10.05.2010.

n. 13.257/2016 con l'intelligenza dell'art. 13, § 2 del ECA, ci consente di parlare di un principio di massima priorità nella cura dei bambini nella prima infanzia.

Sono diverse le ragioni che impongono un principio di priorità assoluta per i soggetti dei diritti della prima infanzia, secondo Saul Cypel «i primi anni di vita di un bambino, la Prima Infanzia, sono fondamentali per il suo sviluppo fisico, emotivo, cognitivo e culturale. La stessa neuroplasticità che lascia la regolazione emotiva, l'adattamento comportamentale e le abilità vulnerabili alla precoce interruzione dovuta ad ambienti stressanti consente anche il loro sviluppo positivo con interventi appropriati durante i periodi sensibili della loro maturazione. In questa fase della vita, la promozione dell'arricchimento cognitivo deve essere abbinata ad una maggiore attenzione alla prevenzione di avversità significative per lo sviluppo cerebrale (SHONKOFF, 2011). Investire nella prima infanzia è il modo migliore per ridurre le disuguaglianze, contrastare la povertà e costruire una società con condizioni sociali e ambientali sostenibili. Promuovere la salute infantile a 360 gradi e migliorare le azioni di prevenzione e assistenza alle malattie sono obiettivi che, oltre a ridurre la mortalità infantile, sottolineano l'impegno a garantire la qualità della vita. In questo modo potrà crescere e sviluppare tutto il suo potenziale (BRASILE, 2008 e BRASILE, 1990).

Alcuni studi mostrano che, con gli investimenti negli asili nido e nelle scuole dell'infanzia, il potere d'acquisto di questi bambini da adulti aumenta del 18%. Migliorano anche la loro istruzione e le possibilità di inserimento nel mercato del lavoro (UNICEF, 2008). L'organizzazione di una rete assistenziale integrata si basa sui principi garantiti dalla Costituzione federale, dallo Statuto dell'infanzia e dell'adolescenza e dal Sistema sanitario unificato, e cioè: il diritto all'accesso ai servizi sanitari, gerarchico e centrato sulla persona e sulla sua assistenza, garantire cure adeguate ed equità. Deve contemplare il processo di lavoro integrato tra i diversi livelli di complessità dell'assistenza: assistenza di base, assistenza specialistica, servizi di emergenza, azioni di assistenza complementare (assistenza farmaceutica, supporto diagnostico) e assistenza ospedaliera. Il processo prevede anche azioni intersettoriali, che coinvolgono asili nido e rifugi per la fascia di età da 1 a 36 mesi, e anche azioni per il controllo degli infortuni, la promozione della sicurezza e la creazione di una rete promotrice della pace»⁶.

Nelle parole di Raffi Cavoukian, fondatore del Center for Child Honoring, «se cambiamo l'inizio della storia, cambiamo l'intera storia»⁷. All'interno del periodo fino ai sei anni di età, la legge n. 13.257/2016 non nasconde il suo interesse per una suddivisione, che comprende una prima fase che inizia con il concepimento e arriva fino a tre anni di vita e una seconda che corrisponde al periodo fino all'età di sei anni. Questo è quanto si evince dalla lettura della legge in due argomenti. La prima (art. 16, unico comma) preoccupa in particolare l'ampliamento qualificato dell'offerta educativa della prima infanzia offerta negli asili nido, o enti equivalenti, per i bambini fino a tre anni, incorporando una divisione che è un prodotto della Scienza dell'Educazione, stabilito dall'art. 30 delle Linee guida e regole basi della sull'istruzione nazionale (legge n. 9.394/1996). In un secondo momento (art.

⁶ CYPEL, Saul, *Introdução*, in CYPEL, Saul. (Org.), *Fundamentos do Desenvolvimento Infantil-Da gestação aos 3 anos*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2011.

⁷ Collezione digitale messa a disposizione dalla Fondazione Maria Cecília Souto Vidigal, disponibile all'indirizzo: <https://www.fmcsv.org.br/pt-BR/biblioteca/se-mudarmos-o-comeco-da-historia-mudamos-a-historia-toda/> Accesso a: 07 abr. 2017.

31), inserisce il § 7 nell'art. 92 dello Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza, con l'obiettivo di dedicare particolare attenzione all'accoglienza e al trattamento istituzionale dei bambini da 0 a 3 anni. Questa conclusione circa la suddivisione giuridica e protettiva della prima infanzia è rafforzata da quanto previsto dall'art. 4°, capo III della Legge n. 13.257/2016, che ordina alle politiche pubbliche di rispettare l'individualità e i ritmi di sviluppo dei bambini.

Tali considerazioni giuridiche, associate a quanto noto sulla neuroplasticità di questo primissimo periodo, sulla socializzazione primaria, sull'allattamento al seno e sull'assistenza sanitaria in generale, non lasciano dubbi sul fatto che il trattamento giuridico da riservare alla prima infanzia non ha alcun riscontro nell'ordinamento giuridico, e deve essere guidato da un'azione legale che superi l'idea di priorità assoluta, in quantità e qualità⁸.

5. Il diritto all'infanzia e all'adolescenza si caratterizza per garantire la piena tutela a due fasce di età costituzionalmente e giuridicamente definite: i bambini e gli adolescenti. Tuttavia, oltre al criterio dell'età, esistono particolari tutele rivolte a particolari categorie o gruppi di bambini e adolescenti la cui tutela è trovata e legittimata dalla stessa CF. Essi sono: 1) Bambini e adolescenti con disabilità (art. 227, comma 1, II, CF); 2) Adolescente lavoratore (art. 227, comma 3, I, CF); 3) Adolescente autore di una infrazione (art. 227, comma 3, IV e V, e art. 228, entrambi CF); 4) Minori e adolescenti vittime e testimoni di violenza (art. 227, comma 4); 5) Bambini e adolescenti in accoglienza istituzionale (art. 227, § 3°, VI, CF); 6) Bambini e adolescenti esposti a stupefacenti (art. 227, § VII, CF). Esamineremo, di seguito, ciascuna di queste situazioni.

5.1. La CF prevede la protezione dei bambini e degli adolescenti con disabilità. Tuttavia, non lo fa in modo ordinato e sistematico. L'art. 227 § 1, II tratta il tema nell'ambito della promozione di programmi di assistenza per la salute dei bambini, degli adolescenti e dei giovani. Determina la creazione di programmi di prevenzione e di assistenza specializzata per le persone con disabilità fisiche, sensoriali o mentali, nonché l'integrazione sociale degli adolescenti e dei giovani con disabilità. Tale integrazione avviene attraverso la formazione al lavoro, alla convivenza e alla facilitazione dell'accesso a beni e servizi collettivi, con l'eliminazione degli ostacoli architettonici e di ogni forma di discriminazione. Il § 2 dello stesso articolo dispone che la legge preveda norme per la costruzione degli spazi pubblici e degli edifici di uso pubblico e per la fabbricazione dei veicoli di trasporto pubblico, al fine di garantire un adeguato accesso alle persone con disabilità.

Nel 2015 è stata promulgata la Legge n. 13.146, denominata Legge brasiliana sull'inclusione delle persone con disabilità e il suo scopo è quello di «garantire e promuovere, in condizioni di uguaglianza, l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, mirando a loro

⁸ GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert. *Beyond the Best Interests of the Child*, London: Burnett Books in association with Andre Deutsch, 1980, 40: «Emotivamente e intellettualmente, un bambino non può aspettare più di qualche giorno senza sentirsi confuso o sopraffatto a causa dell'assenza dei genitori. Non può fisicamente prendersi cura di se stessa e la sua memoria intellettuale ed emotiva non è abbastanza matura da consentirle di usare il ragionamento per affrontare la perdita dei genitori».

inclusione sociale e cittadinanza» (art. 1) ed è stato denominato Statuto delle Persone con Disabilità (EPD)⁹.

L'EPD si basa su norme giuridiche che costituivano già diritto interno (art. 2), vale a dire la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e il suo Protocollo facoltativo, ratificati dal Congresso Nazionale con il decreto legislativo n. 186/2008 e promulgato dal Decreto n. 6.949/2009. L'EPD prevale quindi sul presente Decreto, che rimane in vigore ed è obbligatorio su tematiche che non sono regolate dall'EPD, o su quegli aspetti più protettivi di quest'ultima.

Il citato Statuto definisce una persona con disabilità come qualcuno che «presenta un impedimento prolungato di natura fisica, mentale, intellettuale o sensoriale, che, in interazione con una o più barriere, può ostacolare la sua piena ed effettiva partecipazione alla società ai sensi pari condizioni con le altre persone».

Ci interessa il fatto che l'EPD, al suo art. 5°, unico comma, dispone che «[...] Le persone con disabilità saranno protette da ogni forma di abbandono, discriminazione, sfruttamento, violenza, tortura, crudeltà, oppressione e trattamenti inumani o degradanti e, ai fini di tale protezione, i bambini e gli adolescenti con disabilità sono considerati *particolarmente vulnerabili*».

Pertanto, la tutela rivolta ai bambini e agli adolescenti con disabilità deve sempre tenere conto del fatto che essi non rientrano nel gruppo di vulnerabilità “comune”, inerente cioè alla condizione stessa di essere bambino o adolescente, ma costituiscono piuttosto un gruppo di persone con un diverso tipo di vulnerabilità che richiede diverse azioni protettive. La EPD afferma espressamente che sono *particolarmente vulnerabili*. Le disposizioni dell'art. 3°, unico comma, in fine del ECA rafforza l'inclusione di questo gruppo di persone in un ambito di protezione singolare, che comprende un “divieto speciale di qualsiasi forma di discriminazione contro i bambini e gli adolescenti con disabilità”.

5.2. Le norme giuridiche internazionali e brasiliane si occupano del fenomeno del lavoro minorile. Con tale espressione designa il lavoro eseguito da bambini e adolescenti ed è oggetto di tutela, nelle forme interdittive, regolamentari e assistenziali. In Brasile, gli adolescenti hanno il permesso di lavorare a partire dai 16 anni, e gli adolescenti di 14 e 15 anni possono trovarsi in una relazione di apprendimento allo scopo di apprendere un mestiere. Pertanto, in Brasile, l'espressione “adolescente che lavora” si applica a quelli di età compresa tra 16 e 17 anni.

⁹ DANTAS, Lucas Emanuel Ricci Dantas. Políticas Públicas e Direito: A Inclusão da Pessoa com Deficiência . 1ª ed. Curitiba: Juruá, Editora, 2016, 111: «Da questa prospettiva, si può vedere che il principale problema giuridico che le persone con disabilità devono affrontare non è la mancanza di informazioni da parte dei loro coetanei. È, sì, il risultato della mancanza di politiche pubbliche che includano le persone con disabilità nella società, perché, data la mancanza di familiarità con disabilità, poche persone con disabilità godono dei propri diritti e sono incluse nella società».

5.2.1. Il lavoro minorile è antico quanto la storia dell'uomo¹⁰. Dal XVIII e XIX secolo in poi, esso poté essere identificato più chiaramente come sfruttamento. Fino all'avvento della produzione industriale aveva significati diversi¹¹.

Con l'attuazione della rivoluzione industriale, due fattori, uno di carattere tecnico, l'altro di carattere economico, hanno favorito un ampio utilizzo di bambini e di adolescenti. L'uso delle macchine ha permesso di utilizzare nel processo produttivo bambini e adolescenti considerati "mezza forza". Questa è la ragione tecnica.

Culturalmente, nel XIX secolo era accettato senza discussione che i bambini e gli adolescenti potessero ricevere una retribuzione inferiore rispetto agli adulti, indipendentemente da un'indagine sulla quantità o qualità del loro lavoro. Poiché era più economico, il lavoro minorile era ampiamente utilizzato. Questa è la ragione economica¹². Con la Rivoluzione Industriale il lavoro minorile attirò maggiore interesse per le scienze sociali. A quel tempo, il modo di produzione subì un cambiamento importante e il lavoro minorile presente nelle campagne fu trasferito nei centri industriali. Intorno ai sei anni i bambini lavoravano dalle 13 alle 16 ore al giorno, in cambio di uno stipendio inferiore a quello degli adulti. Questo lavoro era più economico e abbondante, costituendo spesso l'unico sostentamento della famiglia a causa della disoccupazione dei genitori, poiché i proprietari dei mezzi di produzione preferivano impiegare bambini e adolescenti a causa della minore retribuzione¹³.

Letteralmente, la capitalizzazione è stata fatta, nel XIX secolo, in modo ipocrita e sordido, con il sudore, il sangue, la salute e la morte di migliaia di bambini e adolescenti¹⁴. I bambini che lavoravano non frequentavano la scuola, non avevano una vita familiare soddisfacente, la loro salute era gravemente compromessa, ecc., creando una spirale di desocializzazione nella loro società. L'uso dei bambini per pulire i camini in Inghilterra divenne emblematico. I loro corpi più piccoli permettevano loro di adattarsi a quello spazio angusto, buio e sporco, dove entravano solo perché temevano il caposquadra che li aspettava se non avessero svolto correttamente il lavoro¹⁵. Allo stesso modo, sono stati emblematici i bambini che lavoravano nelle miniere di carbone e quelli che, in Brasile, lavoravano nel taglio della canna da zucchero.

A metà del XIX secolo, Eduardo Ducpetiaux, su richiesta di alcuni governi condusse una ricerca sulle condizioni di vita e di lavoro in Inghilterra, Francia, Germania e Austria, che intitolò "Sulla

¹⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti; DIAS, Fábio Muller Dutra, *Trabalho infantil*, São Paulo: Malheiros 2006, 12: «Nella ricerca di una riflessione che coinvolga l'intero contesto storico, quello dello sfruttamento del lavoro minorile, è opportuno evidenziare che questo tipo di attività è sempre stato presente nella società, fin dall'antichità».

¹¹ LIBERATI, Wilson Donizeti; DIAS, Fábio Muller Dutra, *Trabalho infantil*, São Paulo: Malheiros 2006, 13: «Tuttavia, per quanto riguarda il lavoro infantile e giovanile in attività indipendenti, in cui i bambini e gli adolescenti si presentavano come veri e propri dipendenti, svolgendo funzioni strettamente legate agli aspetti economici, è opportuno riferirsi ai secoli XVIII e XIX, più precisamente alla Gran Bretagna, culla della Rivoluzione Industriale». E anche, GRUNSPUN, Haim, *O trabalho das crianças e adolescentes*, São Paulo: LTr, 2000, 14: «L'utilizzo dei bambini nel lavoro non era visto come un problema sociale fino all'introduzione del sistema di fabbrica... La produzione industriale ha aperto ai bambini le prospettive di guadagnare denaro dal lavoro. È passato dall'aiutare la famiglia con servizi a diventare un percorso per aiutare a sostenere la famiglia».

¹² OLIVEIRA, Oris de, *O trabalho da criança e do adolescente*, São Paulo: LTr, Brasília, DF: OIT 1994, 63-64.

¹³ LIBERATI, Wilson Donizeti; DIAS, Fábio Muller Dutra, *Trabalho infantil*, São Paulo: Malheiros, 2006, 14. SANTOS, Ronaldo Lima dos, *Dignidade humana da criança e do adolescente e as relações de trabalho*, in: FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. (Org.). *Direito do Trabalho-Direitos humanos*, São Paulo: BH, 2006, 551. OLIVEIRA, Oris de, *Trabalho e profissionalização de adolescente*, São Paulo: LTr, 2009, 23.

¹⁴ OLIVEIRA, Oris de, *O trabalho da criança e do adolescente*, São Paulo: LTr, Brasília, DF: OIT, 1994, 24.

¹⁵ GRUNSPUN, Haim, *O trabalho das crianças e adolescentes*, São Paulo: LTr, 2000, 48.

condizione fisica e morale dei Giovani Lavoratori e sui mezzi per migliorarlo”. Ciò che viene rappresentato in quest'opera, soprattutto nel lavoro nelle miniere, è rivoltante¹⁶. Nel 1870, il censimento degli Stati Uniti contava 750.000 bambini tra i 10 e i 15 anni che lavoravano nelle industrie. Nel 1880, questo numero era di 1.118.000 bambini sotto i 16 anni. Un bambino su sei è entrato a far parte della forza lavoro americana¹⁷.

Nelle grandi industrie, a Manchester, ad esempio, venivano impiegati bambini, soprattutto quelli che “nessuno conosceva, che non suscitavano alcun interesse”, forniti da istituti di “beneficenza” e portati su carri e truppe. Ad esempio, è stato raggiunto un contratto tra una parrocchia londinese e un produttore: per ogni dieci bambini presi, si dovrebbe aggiungere un “idiota”. Chiusi in stanze anguste dove l'aria era infestata dall'olio di lampade e macchine, i bambini erano impiegati in lavori che duravano tutto il giorno e, talvolta, fino a notte fonda.

La mancanza di igiene e i frequenti sbalzi di temperatura causavano diverse malattie, soprattutto la febbre nervosa. I bambini privati di ogni mezzo di istruzione non ricevevano un'istruzione morale o religiosa¹⁸.

5.2.2. Il lavoro minorile è un argomento della massima importanza: una questione umanitaria. La Convenzione n. 138/1973 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) stabilisce l'età minima per l'ammissione al lavoro. Il decreto n. 4.134/2002 ha recepito questa regola anche nella legge brasiliana. L'art. 1 della Convenzione sancisce che «ogni Membro per il quale è in vigore la presente Convenzione si impegna a seguire una politica nazionale che garantisca l'effettiva abolizione del lavoro minorile e innalzi progressivamente l'età minima per l'ammissione all'occupazione o al lavoro ad un livello che renda possibile ai più piccoli il loro sviluppo fisico e mentale è più completo». Pertanto, la legge sull'infanzia e sull'adolescenza riconosce come dovute: a) la progressiva estinzione del lavoro minorile; b) l'aumento progressivo dell'età di ammissione all'occupazione o al lavoro; c) che tale aumento di età debba essere portato ad un livello compatibile con il principio della condizione peculiare della persona in via di sviluppo.

La questione dell'eliminazione del lavoro minorile è entrata nell'agenzia nazionale solo nel 1992, quando il Brasile ha aderito al Programma Internazionale per l'Eliminazione del Lavoro Minorile (International Program of Elimination Child Labour – IPEC)¹⁹. Attualmente, in Brasile, l'età è 16 anni; secondo l'art. 7°, XXXIII della CF, è vietato lavorare prima dei 16 anni (eccetto come apprendista, come vedremo più avanti). L'art. 2° del decreto n. 4.134/2002 stabilisce che l'età minima per l'ammissione all'impiego o al *lavoro* è di 16 anni. Le parole della CF, della Convenzione e del Decreto si riferiscono al *lavoro*, che è il genere, di cui *l'occupazione* è la specie²⁰.

Pertanto, sebbene la Convenzione si riferisca inizialmente all'ammissione al lavoro, resta il fatto che l'obiettivo perseguito dalla norma è l'effettiva soppressione di ogni forma di *rapporto di lavoro* prima

¹⁶ OLIVEIRA, Oris de, *O trabalho da criança e do adolescente*, São Paulo: LTr, Brasília, DF: OIT, 1994, 68.

¹⁷ GRUNSPUN, Haim, *op. cit.*, 49.

¹⁸ OLIVEIRA, Oris de, *Trabalho e profissionalização de adolescente*, São Paulo: LTr, 2009, 22-23.

¹⁹ OLIVEIRA, Oris de, *Trabalho e profissionalização de adolescente*. São Paulo: LTr, 2009, 169.

²⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 136. NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de direito do trabalho*, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 546.

del compimento dei 16 anni. In altre parole: i bambini e gli adolescenti non dovrebbero partecipare ad alcun contratto di lavoro²¹.

Il rapporto di lavoro è il rapporto giuridico in cui il prestatore di servizi è una persona fisica, avente per oggetto un'attività personale, subordinata o no, occasionale o no, e che è retribuita (o no) da una persona fisica o giuridica²². La prestazione autonoma di servizi prevista dal codice civile costituisce anche una tipologia di rapporto di lavoro contrattuale, che rientra nello spettro proibitivo del lavoro minorile.

L'esecuzione di un contratto di lavoro, qualunque esso sia, presuppone: a) la *personalità*, che è incedibile o non fungibile, su iniziativa unilaterale del prestatore del servizio; b) la *professionalità*, con esclusione delle prestazioni gratuite o non professionali (ad esempio, opere di beneficenza o di assistenza); c) l'*inscindibilità* tra il lavoratore e il rispettivo lavoro da lui prestato e d) la *continuità*²³. Il diritto dell'infanzia e dell'adolescenza può portare a certe frustrazioni culturali, poiché, ad esempio, eliminerebbe il ruolo dei bambini e degli adolescenti nelle opere televisive, nei club di calcio e in altre forme socialmente accettate in Brasile (e forse, anche in Italia). Occorre, tuttavia, considerare che le norme giuridiche sopra richiamate non sono il frutto della fantasia di chi le ha prodotte, bensì il prodotto di un dibattito serio alla luce delle conoscenze specialistiche, che dimostra il danno che deriva da qualsiasi forma di lavoro prematuro. È meglio, quindi, frustrare le aspettative dei genitori che i loro figli diventino star della televisione o del calcio, piuttosto che sottoporli a situazioni che potrebbero nuocere al loro sviluppo.

È un dato di fatto che il tema si è evoluto nel diritto brasiliano e attualmente l'art. 227, § 3 della CF del 1988, garantisce il diritto a una protezione speciale per i bambini e gli adolescenti. Una delle forme di tutela speciale per questi ultimi è il divieto di lavorare prima dei 16 anni, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 7, XXXIII del CF, che, a sua volta, vieta il lavoro notturno, pericoloso o insalubre ai minori di 18 anni e qualsiasi lavoro ai minori di 16 anni, salvo quello di apprendistato, a partire dai 14 anni di età.

È evidente, quindi, una crescente preoccupazione protettiva della legislazione brasiliana a favore dei bambini e degli adolescenti in materia di lavoro, che diventa più evidente se osserviamo che si tratta di una forma di tutela che è caratterizzata dalla parola *speciale*, cosa che in nessun modo può essere disprezzato.

6. I conflitti, le alternanze e le contraddizioni che segnano l'adolescenza portano talvolta i giovani a commettere un atto che nel diritto penale viene descritto come reato. Questo comportamento è chiamato infrazione da parte del ECA. L'adolescente autore di un'infrazione è destinatario di una tutela speciale, costituita da un insieme di norme protettive, organizzate sotto il nome di diritto socio-educativo, che costituisce una delle suddivisioni del diritto dell'infanzia e dell'adolescenza. In altre parole, esiste un organismo giuridico sistematico che si occupa della protezione di questi adolescenti,

²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Idem.

²² F.F. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 252.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo, Saraiva 2011, 548.

le cui norme si trovano nel Titolo III del ECA e nella legge n. 12.594/2012 (Legge SINASE). Inoltre, e soprattutto, questa protezione speciale deriva dalla CF.

L'art. 227, comma 3, prevede il diritto ad una tutela speciale, la cui sezione IV garantisce la piena e formale conoscenza dell'imputazione dell'infrazione, l'uguaglianza nel rapporto processuale e la difesa tecnica da parte di un professionista qualificato. Successivamente, l'art. 228 CF considera penalmente imputabili i minori di 18 anni, soggetti alle norme della legislazione speciale. Pertanto, l'adolescente che ha commesso un'infrazione gode di una tutela speciale.

Nella lezione di Marina Resende Bazon²⁴, «tutto ciò che oggi è noto sul fenomeno della delinquenza minorile, dal punto di vista scientifico, sembra essere assolutamente ignorato dai legislatori e da coloro che sostengono il carcere per adolescenti. Studi con approccio evolutivo (longitudinale), che coprono l'infanzia e proseguono nell'età adulta, concentrandosi sui cambiamenti intraindividuali della delinquenza nel corso della vita e sulla sua iscrizione nei processi dello sviluppo umano, attraverso la descrizione dei suoi parametri (inizio, frequenza, versatilità, attivazione, decelerazione, ritiro, ecc.) e traiettorie, mostrano che il coinvolgimento in attività antisociali aumenta notevolmente a partire dalla fine dell'infanzia, raggiungendo un picco nell'adolescenza (tra i 15 e i 19 anni), per poi diminuire bruscamente dopo l'ingresso nell'età adulta: circa 50% nei primi anni, e circa 85% alla fine della seconda decade di vita (intorno ai 20 anni) (e.g. Moffitt, 1993; Piquero, Farrington & Blumstein, 2007; Piquero, Hawkins & Kazemian, 2012).

Pertanto, è ormai ampiamente condiviso che l'aumento della delinquenza nell'adolescenza riflette principalmente un aumento della prevalenza, cioè un aumento temporaneo del numero di individui attivi e non un mero aumento della frequenza del comportamento criminale da parte di un gruppo di "pericolosi" individui. In altre parole, la maggioranza degli adolescenti è coinvolta sporadicamente in attività che violano la Legge e tale comportamento tende a scomparire naturalmente nel tempo. Si può quindi affermare che, almeno in un periodo ristretto della vita, la delinquenza è "normale" per un numero considerevole di giovani e che la migliore gestione di questo tipo di situazioni, nel caso in cui questi vengano catturati e perseguiti, devono rispettare un principio di intervento minimo. Pensare al carcere come a un modo per reagire a giovani con questo modello di comportamento è un'aberrazione dato l'assurdo squilibrio tra i pro e i contro legati a questa forma di sanzione, che include il calcolo del costo economico dell'incarcerazione di qualcuno, magari per anni, che non rappresenta un pericolo effettivo per la società e che, naturalmente, smetterà di violare (Maruschi & Bazon, 2014)».

Per tali individui è stato concepito un sistema giuridico speciale, che prevede: a) l'uso di modalità informali per risolvere i conflitti; b) l'attuazione delle garanzie penali e procedurali in caso di giudizializzazione o imputazione formale di un'infrazione; c) se è necessaria una sanzione, questa deve essere di carattere socio-educativo (e non penale); d) la natura socio-educativa rispetterà i principi e le regole stabiliti in uno specifico sottosistema, regolato dalla Legge SINASE; e) le misure socio-educative che implicano la privazione della libertà dell'adolescente devono essere applicate nel

²⁴ BAZON, Marina Resende, *Delinquência juvenil: aspectos psicossociais*, in: *Anais do seminário "Impactos jurídicos e socioeconômicos da redução da maioridade penal"*, 29 de maio de 2015 (Coord. AMARAL, Claudio do Prado). Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2015, 39-40. Disponibile in: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/521-anais-do-seminario-impactos-juridicos-e-socioeconomicos-da-reducao-da-maioridade-penal>

rispetto dei principi di brevità, eccezionalità e rispetto della peculiare condizione di persona in via di sviluppo (227, § 3°, V della CF e art. 121 del ECA), cioè tali misure possono essere applicate solo nei casi per i quali la detenzione è l'unica misura appropriata e sufficiente, ed è anche assolutamente necessaria.

I principi di brevità, eccezionalità e rispetto della peculiare condizione di persona in via di sviluppo (punto *e* sopra) non sono limitati all'applicazione. Si estendono all'attuazione della rispettiva misura socio-educativa. Si crea così una tutela del tutto particolare che ricade sull'adolescente che sta scontando una misura socio-educativa di privazione della libertà o è in attesa di giudizio in tale condizione. Qualsiasi misura che implichi la privazione della libertà degli adolescenti promuove in una certa misura la desocializzazione di coloro che la subiscono, oltre a collocare coloro che la sperimentano in un gruppo specifico di popolazioni vulnerabili, che è quello delle persone private della libertà. Proprio per questo motivo, la Legge SINASE prevede una tutela speciale per coloro che rispettano misure socio-educative privative della libertà (internamento e semilibertà).

6.1. L'art. 227, caput della CF, infine, afferma che è dovere di tutti proteggere i bambini e gli adolescenti da ogni forma di sfruttamento, violenza, crudeltà e oppressione. Il § 4 dello stesso articolo prevede che la legge punisca severamente l'abuso, la violenza e lo sfruttamento sessuale dei bambini e degli adolescenti. La combinazione di queste disposizioni ci consente di concludere che esiste un'importante preoccupazione costituzionale riguardo alla vulnerabilità in relazione alla violenza alla quale i bambini e gli adolescenti sono naturalmente esposti²⁵.

Il termine *violenza* racchiude le espressioni costituzionali "sfruttamento, crudeltà e oppressione". Per quanto riguarda la legge n. 13.431/2017 (che ha istituito il sistema di garanzia dei diritti dei bambini e degli adolescenti vittime o testimoni di violenza), l'articolo 4, punti da I a IV prevede e spiega i seguenti tipi di violenza: 1) fisica ; 2) psicologico; 3) sessuale e 4) istituzionale.

Per la tutela di questo gruppo speciale di bambini e adolescenti, la suddetta legge prevede diritti e garanzie fondamentali, adeguati alla rispettiva condizione di coloro che subiscono o sono testimoni di una delle forme di violenza previste (Titolo II), con particolare risalto dato dalla legge alle procedure di ascolto specializzato e testimonianza speciale (Titolo III).

Il primo (ascolto specializzato) è una procedura di intervista su una situazione di violenza che coinvolge un bambino o un adolescente dinanzi a un organismo della rete di protezione, limitando la relazione strettamente a quanto necessario per raggiungere il suo scopo oritettivo (art. 7). La seconda è la procedura per l'audizione di un bambino o adolescente vittima o testimone di violenza davanti a un'autorità di polizia o giudiziaria (art. 8). Entrambi mirano ad evitare la rivittimizzazione dei bambini e degli adolescenti, che avviene nel momento in cui diventa necessario denunciare il fatto, sia come vittima che come testimone, poiché per denunciare i fatti è necessario attivare la memoria, cioè riviveteli, anche se in modo più attenuato. Diversi studi dimostrano che anche il ricordo della violenza seguito dalla sua verbalizzazione e narrazione è una forma di violenza in sé.

²⁵ KRISTENSEN, Christian Haag; SCHAEFER, Luiziana Souto. *Maus-tratos na Infância e Adolescência*, in SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (coordinadora). 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, 186: «i maltrattamenti contro bambini o adolescenti, che comprendono atti diversi come l'abuso sessuale, l'abuso fisico, l'abuso psicologico e l'abbandono, sono generalmente commessi da un adulto emotivamente vicino al bambino che dovrebbe, in linea di principio, essere responsabile della sua sicurezza e del suo benessere. psicologico».

Il Titolo IV della Legge n. 13.431/2017 si occupa dell'integrazione nelle politiche dei servizi, progettando l'azione di rete prevista tra tutti gli enti, agenti e istituzioni pubbliche, destinati o meno ad affrontare le problematiche dell'infanzia e della gioventù, nell'ambito delle politiche sanitarie, sociali e sanitarie. assistenza, pubblica sicurezza e giustizia.

6.2 L'art. 227, § 3°, VI della CF stabilisce che il Potere Pubblico favorisce l'accoglienza dei bambini e degli adolescenti orfani o abbandonati, e tale accoglienza deve realizzarsi sotto forma di affidamento. Lo stimolo a cui fa riferimento la Costituzione deve essere effettuato attraverso assistenza legale, incentivi fiscali e sussidi, in conformità con la legge, cioè con i dettagli forniti dal ECA e dalla Legge sulla Prima Infanzia per queste azioni.

L'espressione *bambino o adolescente orfano o abbandonato* richiede un'interpretazione contemporanea, si tratta cioè di bambini e adolescenti senza vita familiare. Questo è ancora un altro aspetto del diritto alla protezione speciale, espressamente affermato dalla CF. Ciò è dovuto al fatto che la CF brasiliana riconosce la particolare vulnerabilità di coloro che non godono del diritto fondamentale alla vita familiare. Già nell'anno di promulgazione della CF (1988) e nel corso dei suoi lavori, quindi, era presente la consapevolezza che i bambini e gli adolescenti hanno bisogno delle cure eminenti e insostituibili che solo nell'ambiente familiare possono essere date, oltre ai riferimenti e ai legami che si instaurano tra i destinatari della protezione e coloro che ne sono responsabili, in quanto costituiscono uno dei fattori essenziali per lo sviluppo integrale.

Allo stesso tempo, la Costituzione riconosce la convivenza familiare come un diritto fondamentale di prima grandezza e che la sua debolezza deve essere oggetto di tutela speciale, attraverso queste tre forme: assistenza legale, incentivi fiscali e sussidi, in conformità con la legge.

Il tempo che i bambini e gli adolescenti trascorrono negli istituti di accoglienza, privati quindi della vita familiare, è un momento di sofferenza, che deve essere ridotto con l'impegno di azioni dell'intera rete dei servizi e della società. Non vi è altra ragione per cui l'art. 19, § 1 del ECA.

6.3. Una tutela speciale è prevista anche per il gruppo dei bambini e degli adolescenti che si trovano in situazioni di particolare vulnerabilità derivante dall'esposizione a stupefacenti, secondo la CF, il cui art. 227, § 3, VII prevede che uno degli aspetti di tale tutela consista in programmi di prevenzione e assistenza specializzata per bambini, adolescenti e giovani dipendenti da stupefacenti e sostanze simili.

Si tratta di una tutela che mira a garantire lo sviluppo integrale dei bambini e degli adolescenti lontano dagli effetti delle sostanze che creano dipendenza. A tal fine, spetta allo Stato fornire un'assistenza specializzata, mirata a due aspetti del problema droga: 1) evitare il contatto e il consumo di sostanze stupefacenti, utilizzando meccanismi di prevenzione; 2) servire coloro che sono già in contatto con la droga, sia curando coloro che sono già dipendenti, sia allontanando dal consumo coloro che non lo sono ancora. In altre parole, programmi che prevengono l'esposizione ai farmaci e programmi che curano i minori che ne sono già colpiti.

Nell'utilizzare l'espressione relativa ai farmaci, la Costituzione autorizza espressamente l'interpretazione estensiva della predetta disposizione. Ci sono diverse sostanze che affascinano gli adolescenti e le bevande alcoliche sono quelle di più facile accesso e sono oggetto di abuso,

producendo percentuali crescenti di giovani alcolisti. Proprio per questo motivo, l'art. 81, II del ECA vieta la vendita di bevande alcoliche a bambini e adolescenti, la cui inosservanza costituisce un'infrazione amministrativa, punibile con una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 258-C.

L'art. 243 della stessa legge prevede la pena della reclusione da due a quattro anni e della multa chiunque vende, somministra, serve, somministra o consegna, anche gratuitamente, a qualsiasi titolo, a bambini o adolescenti, bevande alcoliche o, senza giusta causa, altri prodotti i cui componenti possono causare dipendenza fisica o psicologica. Qualunque sia il programma specializzato, non è sufficiente che le autorità pubbliche lo creino e lo eseguano. È essenziale il coinvolgimento effettivo della famiglia del destinatario delle rispettive azioni. Così, ad esempio, il ricovero in una comunità terapeutica per il trattamento della dipendenza chimica è una misura che risulterà debole se i genitori o i responsabili dell'adolescente in trattamento non vengono effettivamente coinvolti e impegnati nel trattamento. Altrimenti ci sarà solo una perdita di tempo e denaro.

7. Secondo la Costituzione i bambini e gli adolescenti sono destinatari di pieni diritti di protezione integrale, essendo suddivisi in altre categorie giuridiche. Per bambino si intende una persona fino agli 11 anni e per adolescente si intende una persona di età compresa tra i 12 ed i 17 anni.

I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza si applicano anche alle persone di età compresa tra i 18 e i 21 anni, in due situazioni: a) chi ha commesso un'infrazione (quindi una persona minore di 18 anni, poiché se avesse più di 18 anni avrebbe commesso un crimine). In questo caso, anche dopo aver compiuto 18 anni, l'individuo risponderà o continuerà a rispondere al processo socio-educativo e rispetterà o continuerà a rispettare le misure socio-educative; b) facoltativamente, all'adolescente vittima o testimone di violenza, ai sensi della legge n. 13.257/2016. Fino all'età di 6 anni, ovvero 72 mesi, esiste una tutela specifica, concessa alla fase della vita denominata prima infanzia, ai sensi della Legge n. 13.257/2016, tenendo conto delle conseguenze rilevanti e inesorabili delle esperienze di questa fase per il resto della vita.

Esiste una tutela costituzionale speciale per i bambini e gli adolescenti con disabilità, sotto forma di programmi di prevenzione e di assistenza specializzata, nonché di integrazione sociale, attraverso i diritti, le garanzie e le azioni previste dalla Legge n. 13.146/2015 (Legge brasiliana sull'inclusione delle persone con disabilità), che mirano a promuovere condizioni paritarie.

Il lavoro minorile si riferisce ai bambini e agli adolescenti che lavorano. È una preoccupazione mondiale fin dal XVIII secolo, un periodo di abusi e crudeltà in questo campo. Esiste un espresso intento normativo di eliminare il lavoro minorile, ai sensi dell'art. 1° del decreto n. 4.134/2002, che ha reso la Convenzione n. 138/1973 dell'OIT²⁶. In Brasile il lavoro è vietato prima dei 16 anni, eccetto come apprendista, a partire dai 14 anni (art. 7, XXXIII della CF). A 16 e 17 anni il lavoro è consentito purché non sia notturno, pericoloso o insalubre. La CF garantisce una protezione speciale al lavoro minorile, ai sensi dell'art. 227, § 3 CC e art. 7°, XXXIII.

L'adolescente che ha commesso un'infrazione riceve anche una protezione speciale, che consiste nel sottrarlo alle norme del diritto penale e sottoporlo alla tutela del diritto socio-educativo. Il bambino o l'adolescente vittima e testimone di violenza è considerato particolarmente

²⁶ Organização Internacional do Trabalho – OIT è l'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

vulnerabile ed è tutelato dalla Legge n. 13.431/2017, che ha istituito un sistema di garanzie e diritti specifici per le persone che si trovano in questa situazione.

La Legge n. 13.431/2017 classifica e definisce le tipologie di violenza, prevede procedure specializzate di ascolto e testimonianze speciali, e ordina l'integrazione in rete delle politiche assistenziali nell'ambito della sanità, dell'assistenza sociale, della pubblica sicurezza e della giustizia. I bambini e gli adolescenti in accoglienza istituzionale costituiscono un altro gruppo per il quale l'art. 227, § 3, VI, della Costituzione, prevede una tutela speciale, con l'obiettivo di minimizzare gli effetti di debolezza sul godimento del diritto fondamentale alla vita familiare, che deve realizzarsi incentivando l'affidamento.

L'esposizione dei bambini e degli adolescenti agli stupefacenti e alle droghe affini è oggetto di preoccupazione costituzionale e tema di tutela speciale. Uno dei suoi aspetti è l'attuazione di programmi di prevenzione e di assistenza specialistica volti ad evitare il contatto e il consumo, oltre a servire coloro che sono già in contatto con la droga.

Questo panorama emergenti dalla legge crea protezioni particolari all'interno di un sistema già di per sé speciale, cioè il sistema di protezioni dell'infanzia. E sembra che nel diritto brasiliano stia cominciando ad emergere un nuovo sistema basato sulla specializzazione di un sistema già esistente, come autentico prodotto dell'aumento della complessità sociale brasiliana.

Giustizia penale minorile e lavoro: osservazioni su un percorso risocializzante.

AUGUSTO ROMANO

ABSTRACT

Considering the re-educational purpose of the punishment in constitutional precepts, a concept of penal execution focused on the evolution of the personality of the convicted young person and oriented towards the promotion of the person and the protection of human dignity can now be considered consolidated.

It therefore remains essential to encourage the resocialization of those who have already committed crimes, inexorably re-proposing the usual question on the compatibility between imprisonment and re-education and on the real desire to place the re-education as an element of a path that characterizes public action.

Often the regulatory provisions have turned out to be little more than mere statements of principle, whose efficacy is relegated to marginal effectiveness, due to the few and insufficient resources actually invested. This is especially in reference to the tool of work which constitutes a crucial element of the treatment offer, within the framework of the re-education purposes assigned to the criminal sanction.

In fact, work continues to be recognized as having a key capacity to promote the individual in view of resocialization and social reintegration in the strategy aimed at reducing the risks of recidivism and counteracting the irreversibility of the deviant label.

The political-social model outlined by the constituent jurists places work at the basis of the regulatory structure, considering its triple anthropological, ethical and economic centrality.

Therefore, to coherently develop interventions aimed at the resocialization and at abandonment of the circuit of illegality of minors subjected to criminal proceedings through the identification of specific tools and active inclusion policies, it is necessary to guarantee the effectiveness of the work as the main connecting element between the individual and the community.

SOMMARIO: 1. Giustizia minorile e offerta trattamentale rieducativa: cenni introduttivi – 2. Lavoro e risocializzazione – 3. Considerazioni conclusive.

1. Il principio della minima offensività e la concezione del minimo intervento penale, tesi al recupero del soggetto che ha commesso un reato e a limitare l'eventuale permanenza del condannato nelle istituzioni detentive, costituiscono la cifra di un modello di giustizia che intende promuovere l'interesse del minore in età evolutiva; così come la valorizzazione ordinamentale di una giurisdizione "specializzata" che mette a frutto il contributo di esperti, in una sinergia conoscitiva fra disciplina

giuridica e altre scienze umane, manifesta una precipua attenzione del legislatore per la specificità della condizione minorile¹.

Il richiamo ai concetti di responsabilità, autonomia, socializzazione e integrazione, con cui il D.Lgs. 121/2018 indirizza l'offerta trattamentale verso modelli di partecipazione del minore e del giovane adulto a quelle attività che favoriscono il processo di reintegrazione sociale, è, poi, espressione di una politica del diritto minorile che ha il merito di consolidare un approccio alla esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità informato ai valori costituzionali ed in linea con le risoluzioni internazionali².

Il ricorso privilegiato a misure alternative e le esigenze di individualizzazione e flessibilità del trattamento costituiscono, in effetti, il paradigma della disciplina dell'esecuzione penale nei confronti di soggetti ancora in formazione ed alla ricerca della propria identità e sono espressione di una connotazione della pena – proprio perché applicata ai minori - «educativa più che rieducativa»³, in funzione di un inserimento maturo nel consorzio sociale del sottoposto a misure penali, alla luce di un registro ermeneutico di carattere sistematico che impone una lettura dell'art. 27, comma 3, Cost. in combinato disposto con l'art. 31, comma 2, della Costituzione.

Può considerarsi, insomma, ormai cementata una concezione dell'esecuzione penale focalizzata sull'evolutiveità della personalità del giovane condannato e orientata alla promozione della persona e alla tutela della dignità umana che costituisce la misura dello stato di attuazione del sistema delle libertà e dei diritti costituzionalmente riconosciuti, intesi al massimo della loro possibilità di espansione, fatte salve le esigenze di sicurezza della custodia⁴.

Le pene non rispondono più, quindi, ad una logica di pura incapacitazione ed il carcere non costituisce più uno strumento disciplinare volto ad addomesticare individui refrattari all'apprendimento forzoso di un modello comportamentale. Nel percorso storico dell'affermazione dei diritti, la pena, ormai, da strumento di conformazione autoritaria delle condotte dei consociati - tipico del modello disciplinare dello Stato liberale ottocentesco e, più radicalmente, espressione del successivo modello totalitario⁵

¹ Cfr., *ex plurimis*, i contributi di L. CARACENI-M. G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Torino 2019; E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia minorile*, Giappichelli, Torino, 2019; R. BIANCHETTI, *La giustizia minorile: un sistema davvero incentrato sulla persona. Interazioni tra misure penali ed extra-penali*, in *Dir. pen. e uomo*, 23.3.2021, 1-19; F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 3, 717-739. Ulteriori, utili riflessioni, meno recenti, si trovano anche in G. DE LEO, *La devianza minorile. Nuovi modelli di trattamento*, Roma, 2010; C. MAGGIA, *Il "minore" autore del reato non è un nemico*, in *Quest. giust.*, 2016; L. MILANI, *La (ri)educazione del minore autore di reato: come?*, in *Min. giust.*, 2012, 3, 305-312; e A. NOVELLETTA, *Psichiatria psicoanalitica dell'adolescenza*, Roma 1986.

² Con il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121 "Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni" il legislatore, come è noto, è intervenuto dando vita ad un vero e proprio Ordinamento penitenziario minorile, superando finalmente - alla luce delle pronunce della giurisprudenza costituzionale - la previsione posta tra le disposizioni finali e transitorie della legge 26 luglio 1975 n. 354, il cui art. 79, comma 1, stabiliva che le norme dell'ordinamento penitenziario dettate per gli adulti «si applicano anche nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, fino a quando non sarà provveduto con apposita legge».

³ Così il Giudice delle leggi nella nota pronuncia del 28 aprile 1994, n. 168 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo per i minori.

⁴ Sulla dignità umana, che riassume in sé i valori fondamentali dell'ordinamento e si pone come punto archimedeo del sistema dei diritti e dei poteri, si vedano, in riferimento alla condizione carceraria, le riflessioni di G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubb.*, 2014, 1, 3-13 e di V. ONIDA, *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, 2002, 11/12, 20.

⁵ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile. Una prospettiva storica*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, 2014 e C. G. DE VITO, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009.

- diventa, nel quadro della politica inclusiva caratteristica dello Stato sociale di diritto, una opportunità offerta al condannato per favorirne il reingresso nel circuito sociale, strumento per la rieducazione del reo, «lavacro laico che aspira a cancellare ogni istinto antisociale e a ricreare un cittadino “nuovo”, che possa dare il suo contributo al progresso morale e materiale della società»⁶.

In un siffatto contesto politico-giuridico in cui la pena detentiva costituisce l'*extrema ratio* e in cui viene promossa una interazione tra misure penali ed extrapenali – privilegiando il ricorso alle misure penali di comunità al fine di (ri)educare il minore, risocializzandolo - è, quindi, sempre più messa in discussione la nota equazione “pena uguale carcere”, atteso che il percorso di reinserimento sociale del condannato è tanto più efficace quanto più l’esecuzione della pena può garantire realmente trattamenti tendenti alla rieducazione della persona⁷.

Nell’impostazione ordinamentale, dunque, viene prediletto un trattamento per i minori che, pur assicurando le esigenze sanzionatorie e di sicurezza, si basi su modalità di espiazione extra-carcerarie, attraverso l’implementazione delle misure alternative - l’affidamento in prova al servizio sociale, l’affidamento in prova con detenzione domiciliare, la detenzione domiciliare, la semilibertà – e ricorrendo alla pena detentiva solo quando le esigenze pedagogiche non possano essere soddisfatte da altra forma di trattamento⁸.

Vengono infatti valorizzate le misure penali di comunità che tendono a restituire il minore all’ambiente di appartenenza all’esito di un percorso di maturazione che prevede il coinvolgimento della collettività nel processo di recupero e reinserimento sociale del condannato.

⁶ C. RENOLDI, *Pena e carcere*, in L. PEPINO (a cura di), *Giustizia. La parola ai magistrati*, Roma-Bari 2010, 133.

⁷ Recenti riflessioni critiche sulla distinzione tra “rieducazione” e “risocializzazione” si trovano in T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano 2018, secondo cui «la socializzazione è un processo laborioso, di scambio su ampia scala tra individuo e comunità. Simmetricamente la risocializzazione è un progetto ambizioso che coinvolge il soggetto e la riacquisizione delle sue competenze relazionali, necessitando di metodi interattivi difficilmente replicabili nell’istituzione penitenziaria [...] Un’accezione ben diversa è, invece, riservata alla rieducazione, che ha pur sempre un riferimento alla dimensione sociale, però nei termini del recupero da parte del soggetto di determinati e tendenzialmente fondamentali valori della convivenza civile, attraverso un’esperienza afflittiva che lo porti alla maturazione di una consapevolezza circa la ineludibilità, per la collettività, del rispetto dei beni protetti dalla norma incriminatrice violata [...] Ciò che è compatibile con la natura della pena (e della pena carceraria) è la finalità rieducativa che, se intesa in senso stretto, mantiene un’intima coerenza logica in tutti i momenti del ciclo punitivo. Essa parte dalla comminatoria edittale come messaggio di orientamento culturale rivolto ai consociati e identica si mantiene dopo la commissione del fatto: la rieducazione altro non è se non la ripresa in chiave individuale della caratteristica educativa insita nella stessa comminatoria e da questa già proiettata in direzione della generalità dei consociati» (62 ss.).

⁸ E, in realtà, si riscontra il ruolo sempre più residuale che la detenzione ha all’interno del sistema penale minorile. Sul punto, nel VI rapporto di Antigone sulla giustizia minorile si legge che «al 15 gennaio 2022 erano 316 (di cui 140 stranieri e 8 ragazze) i minori e giovani adulti detenuti nelle carceri minorili italiane, a fronte di 13.611 ragazzi complessivamente in carico al Servizio della Giustizia Minorile. Il 52,5% di chi si trova in un Istituto Penale per Minorenni (IPM) è senza una condanna definitiva»; inoltre, per quanto riguarda i reati viene rilevato come «nel 54% dei casi i ragazzi sono entrati in IPM per avere commesso delitti contro il patrimonio. Questa percentuale sale al 60% per gli stranieri e addirittura al 73 % per le ragazze. I reati contro il patrimonio sono seguiti da quelli contro la persona, che sono in media all’origine del 20% degli ingressi, percentuale che in questo caso scende al 18% per gli stranieri e addirittura all’8% per le donne. Proprio sui reati si registra un importante calo negli ultimi anni. Se si guarda al numero totale dei minorenni arrestati o fermati dalle forze di polizia, siamo passati dalle 34.366 segnalazioni del 2016 alle 26.271 del 2020, con un calo percentuale del 24%. Non tutto è esito della pandemia. Il calo, infatti, era già riscontrabile nel 2019 quando le segnalazioni erano state 29.544, con un calo rispetto al 2016 del 15%. Un ruolo importante, nel sistema della giustizia minorile, è quello rappresentato dalle comunità. Sono 637 in tutta Italia e nel 2021 hanno ospitato oltre 1.500 ragazzi, accompagnati nel percorso di reinserimento sociale».

Non può quindi sottovalutarsi il fabbisogno di risorse pubbliche e competenze da destinare a interventi non circoscritti al puro momento repressivo, quanto piuttosto capaci di promuovere contesti in cui la relazione, di cui il soggetto ha bisogno per attivare le sue stesse capacità fondamentali, costituisca il luogo insostituibile dell'esperienza del bene.

Diversamente, le stesse misure penali di comunità o, peggio, il carcere, rischiano di diventare uno strumento per neutralizzare e contenere il disagio sociale e i fattori criminogeni causati dal fallimento di politiche inclusive. Allentandosi la rete protettiva dello Stato sociale aumenta, infatti, nella società il senso dell'insicurezza e la paura prende il sopravvento trovando un proprio bersaglio nei marginali, negli irregolari e negli esclusi.

Ovviamente, non si tratta di considerare il minore sottoposto alle misure penali più vittima del sistema che autore di un comportamento contrario al diritto ed alle regole di convivenza, quanto piuttosto è necessario essere consapevoli che le politiche di sicurezza non possono prescindere da interventi contro l'emarginazione e l'esclusione nel quadro generale di una politica integrale di protezione e soddisfazione dei diritti umani fondamentali. I delitti, infatti, si prevengono promuovendo l'idea della "sicurezza dei diritti" piuttosto che quella del "diritto alla sicurezza"⁹, pensando ad un disegno più complessivo, che assicuri al diritto una funzione promozionale, inclusiva e non sostitutiva.

Progettare politiche di prevenzione sociale a raggio più vasto, finalizzate a rimuovere le cause sociali della criminalità, è pertanto imprescindibile, così come è necessario intervenire sul piano delle stesse fattispecie penali incriminatrici e dei corrispondenti oggetti di tutela¹⁰, giungendo a strutturare uno specifico codice penale per i minori, con una diversa elencazione dei reati ed un più vario pluralismo sanzionatorio, maggiormente aderente al principio del superiore interesse del minore sancito dalla Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia del 1989.

2. Rimane tuttavia essenziale favorire la risocializzazione di quanti hanno già delinquito, riproponendo inesorabilmente il consueto interrogativo sulla compatibilità tra reclusione e rieducazione e sulla reale volontà di porre il canone rieducativo quale elemento di un percorso "capacitante" caratterizzante dell'azione pubblica, per una possibile strada di attualizzazione dei

⁹ Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA-M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, vol. di *Democrazia e diritto*, Milano 2001, 23; G. MOSCONI, *Traduzione ed evoluzione della criminologia critica nell'esperienza italiana. Questione criminale e diritto penale*, in R. MARRA (a cura di), *Filosofia e sociologia del diritto penale*, Torino 2006, in part. 87 ss.; e, più recentemente, M. RUOTOLO, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2.

Sul punto, è stato, inoltre, rilevato che, storicamente, a meno Stato sociale ha corrisposto più Stato poliziesco e penale, con evidenti conseguenze sulla composizione della popolazione detenuta e sulla rappresentazione del carcere come "discarica sociale" (cfr. E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino 2004, 117). Sul carcere come potente concentrazione di violenza organizzata, radicalmente escludente, in cui il condannato, collocato in una dimensione non comunicativa, finché dura la pena non ha la stessa identità collettiva degli altri consociati, si vedano anche le riflessioni di L. ALFIERI, *Violenza, pena e ordine*, in *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, XX Congresso della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica (Verona 3-5-ottobre 1996), Schemi e relazioni, Padova, 1997, 92.

¹⁰ Sulla questione, oggetto di ampie disquisizioni filosofico-giuridiche, si vedano i contributi, di qualche anno addietro - ma che mantengono un significativo rilievo dottrinale - dedicati al tema del diritto penale minimo da A. BARATTA, L. FERRAJOLI ed E. RESTA nel n. 3 del 1985 della rivista *Dei delitti e delle pene*; ma anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, e, in una prospettiva parzialmente diversa, F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino 1989; L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1989; M. A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino 1990; F. VIOLA, *I diritti in carcere*, in *AIC*, 2014, 2, in part. pp. 4-5 e F. CAVALLA-F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova 2000.

presupposti della democrazia sostanziale¹¹. Spesso, infatti, le disposizioni normative sono risultate poco più che mere enunciazioni di principio, rimanendo l'efficacia relegata ad una effettività marginale, a causa delle poche ed insufficienti risorse realmente investite. E tutto ciò, in particolare, in riferimento allo strumento del lavoro che costituisce un elemento cruciale dell'offerta trattamentale, nel quadro delle finalità di rieducazione assegnate alla pena¹².

Al lavoro continua ad essere riconosciuta una capacità cardine di promozione del soggetto nella strategia volta a ridurre i rischi di recidiva e a contrastare l'irreversibilità dell'apposizione dell'etichetta deviante; ed in effetti, come è noto, gli elementi basilari per il reinserimento nel tessuto sociale sono l'abitazione, la riconciliazione con la famiglia, l'adattamento ad un nuovo stile di vita ed il sostegno nella ricerca di un'occupazione. Non può di certo ignorarsi che il minore che sconta una pena detentiva ha bisogni complessi che necessitano di una presa in carico personalizzata in cui l'inserimento lavorativo rappresenta un obiettivo fondamentale.

Implementando la progettazione degli interventi trattamentali in un'ottica di rete che sappia coinvolgere istituzioni, operatori sociali e imprenditori, ed assicurando anche istruzione e corsi professionali, sarà quindi possibile promuovere sul mercato del lavoro una categoria ai margini come quella dei minori che hanno riportato condanne penali detentive e offrire una reale occasione di reinserimento per coloro che hanno scontato una pena. La formazione scolastica e professionale medio-bassa alimenta, infatti, il rischio di dequalificazione del lavoro e il rafforzamento dello stigma di detenuto, con una ridotta possibilità di mantenere a lungo la stessa occupazione ed un'elevata probabilità di vivere situazioni di disagio e di recidivanza¹³.

Il sostegno all'operato delle cooperative sociali, la previsione di sgravi contributivi e fiscali a favore degli imprenditori disposti ad offrire opportunità di lavoro ai minori soggetti a misure penali, nonchè l'approntamento di forme contrattuali flessibili – supportate da garanzie e dall'obbligo di adeguata remunerazione – idonee a modellarsi secondo le esigenze del lavoratore e del datore di lavoro, possono, pertanto, costituire un reale stimolo a considerare gli ex detenuti come capitale umano da coinvolgere nel processo produttivo. I necessari interventi vanno ovviamente inseriti in un quadro programmatico istituzionale, partecipato trasversalmente in particolare dal Ministero della Giustizia, dagli altri Ministeri competenti, dalle Regioni, dagli Enti locali e dalla comunità, nella consapevolezza che produrre pratiche inclusive tra individui posti comunque in relazioni strutturali e

¹¹ Sull'argomento utili riflessioni si trovano in G. MOSCONI, *La crisi post-moderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in U. CURI-G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma 2002, 349-378; G. CAMPESI-L. RE-G. TORRENTE (a cura di), *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, L'Harmattan Italia, Roma 2008; C. SARZOTTI, *Il campo giuridico del penitenziario: appunti per una ricostruzione*, in E. SANTORO (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, 2010, 181-238; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014; F. TORLONE (a cura di), *Il diritto al risarcimento educativo dei detenuti*, Firenze University Press, Firenze, 2016; M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019, voll. I e II; F. VIANELLO, *Sociologia del carcere*, Roma 2019; C. IASEVOLI, *I canali di comunicazione con il mondo esterno: l'istruzione, la formazione professionale, il lavoro, la custodia attenuata e le dimissioni*, in M. COLAMUSSI (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino 2020, 137-156; A. ALBANO-A. LORENZETTI-F. PICOZZI (a cura di), *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema irrisolvibile*, Torino 2021; A. MENGhini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli 2022.

¹² Sul tema, A. ROMANO, *Spunti critici sulla obbligatorietà del lavoro penitenziario*, in *Pol. eu*, 2020, 1, 134-143.

¹³ Al riguardo, sia pure in un contesto differente, già Cesare Beccaria ammoniva: «Volete prevenire i delitti? Fate che i lumi accompagnino la libertà [...] il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione» (in *Dei delitti e delle pene* (1764), § XLI).

interpersonali comporta l'assunzione dei minori sottoposti a misure penali come compartecipi di un progetto che li riconosce nella loro specificità, in un bilanciamento coerente tra autorità e libertà, tra uguaglianza e responsabilità, che tematizza la giustizia come principio giuridico.

Il lavoro, infatti, risponde al duplice obiettivo di garantire, per un verso, l'organizzazione e disciplina delle attività e della gestione del tempo¹⁴ in un processo di responsabilizzazione del minore e, per altro verso, contribuire alla preparazione professionale in vista della risocializzazione e del reinserimento sociale.

Una politica criminale in linea col dettato costituzionale saprà, quindi, promuovere un'efficace prevenzione speciale rieducatrice laddove sarà espressione di un disegno complessivo capace di coinvolgere quella collettività dalla quale il minore si è allontanato con la condotta delittuosa e di considerare l'assunzione di tutti i consociati come compartecipi di un investimento che li riconosce come soggetti in un rapporto di reciprocità e responsabilità, in cui lo strumento dell'inclusione e della partecipazione è il lavoro, che costituisce anche il veicolo della responsabilità sociale dell'individuo. Le croniche problematiche connesse al mettere in atto la formazione professionale ed il lavoro penitenziario e le insufficienti risorse realmente investite rendono però assai ardua l'effettività dell'offerta trattamentale prevista dal legislatore che rischia di rimanere sostanzialmente "sulla carta", evidenziando quindi profili di criticità riguardo alla garanzia dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

Il modello politico-sociale delineato dai costituenti, infatti, pone alla base dell'edificio ordinamentale proprio il lavoro considerandone la triplice centralità antropologica, etica ed economica¹⁵. Il lavoro, in realtà, costituisce un tratto essenziale della soggettività umana, espressione dell'essenza della personalità e della signoria sulle cose, è «il punto di riferimento delle autorappresentazioni individuali e del rapporto fra l'individuo e la 'comunità', intesa in senso ampio come partecipazione sociale del processo di produzione e riproduzione della vita»¹⁶, pur rimanendo anche sforzo, sacrificio, disciplina.

Non a caso la Costituzione all'art. 1 fa del lavoro «il valore fondamentale caratterizzante della forma dello Stato»¹⁷ ed all'art. 4 è disposto che «la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro

¹⁴ A tal proposito si vedano le riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere*, in *Dir. soc.*, 2015, 1, il quale rileva che il peso della detenzione «consiste nel progressivo svanire della volontà col decorso del tempo, cioè nella decomposizione dell'essere umano in conseguenza dell'espropriazione e della nullificazione del tempo» (p. 6).

¹⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, 3, in part. 637-644.

¹⁶ P. BARCELLONA, *L'individuo dentro la globalizzazione*, in *Democrazia e Diritto*, numero monografico su *Lavoro: declino o metamorfosi?*, 1999, IV trimestre, 133. Inoltre, come è stato osservato, «se la soluzione o, piuttosto, la graduale soluzione della questione sociale, che continuamente si ripresenta e si fa sempre più complessa, deve essere cercata nella direzione di 'rendere la vita più umana', allora appunto la chiave, che è il lavoro umano, acquista un'importanza fondamentale e decisiva» (Giovanni Paolo II, *Laborem exercens* (14 settembre 1981), Roma 1981, 8).

¹⁷ C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 11; ID., *Il lavoro nella costituzione (1954)*, in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Milano 2005, 7 ss. Sul punto si veda, conformemente, U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di uguaglianza*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale, Vita e Pensiero*, Milano 1998, 15-45; L. BACCELLI, *Lavoro*, in A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 2006, 145-166; G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino 2013, 22 ss.; G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari, 2016, cap. V; M. SALVATI, *Costituzione italiana. Art. 4*, Roma 2017; L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, 2018, 137 ss.

e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società». La scelta del verbo “riconoscere” evidenzia l'appartenenza del lavoro all'uomo in quanto elemento costitutivo della persona, la sua centralità antropologica, tratto tipico della condizione umana che giustifica la valenza egualitaria ed uguagliatrice del principio lavoristico come fondamento dell'ordinamento.

Elemento trainante del progetto politico di emancipazione sociale dei costituenti è quindi «la volontà di fondare la Repubblica su un elemento profondamente egualitario e addirittura universalistico, su un dato insuperabilmente umano. La fondazione sul lavoro, insomma, non si collega solamente al riconoscimento del diritto al lavoro da parte del successivo art. 4, ma anticipa il riconoscimento del principio di eguaglianza da parte dell'art. 3 e fa di questo la logica conseguenza della scelta fondativa compiuta *in apicibus*. Questo sia per il profilo dell'eguaglianza formale di cui al primo comma (in quanto il fondamento sul lavoro ha un significato addirittura universalistico), sia per il profilo dell'eguaglianza sostanziale di cui al secondo comma (perché è solo con l'emancipazione dei lavoratori che il progetto di società “nuova” disegnato dalla Costituzione può essere realizzato)»¹⁸.

Il lavoro costituisce dunque «il punto di equilibrio fra soggettività e socialità, fra libertà e responsabilità, fra diritti e doveri. Se il lavoro è l'espressione principale della personalità umana, un passaggio obbligato per il suo compimento, esso è, al contempo un diritto e un dovere. È il lavoro che rende l'uomo, in ogni senso, civile: parte attiva e responsabile del consorzio umano e quindi anche membro rispettabile della *polis*»¹⁹. Il tramite dell'inclusione e della partecipazione è insomma il lavoro, che costituisce, sostanzialmente, il presupposto della cittadinanza²⁰.

Pertanto, per sviluppare coerentemente alla costruzione ordinamentale interventi finalizzati alla risocializzazione dei minori sottoposti a provvedimento penale attraverso l'individuazione di

Al riguardo, è stato osservato che «se è vero che fondamento “è la causa nel senso di ragion d'essere” (G. FORNERO, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino 1998, 501), è il lavoro a causare il tipo di ordinamento che veniva fondato, ad esprimerne i principi, a determinare il senso della formazione, a dettare i contenuti delle disposizioni normative, a disegnare le istituzioni necessarie per realizzare e sviluppare quel senso dell'ordinamento idoneo a tradurlo nel suo dover essere [...] Configurato come assioma di un sistema normativo, dal fondamento-lavoro si enucleano corollari oggettivi e soggettivi. Essi attengono al modo, alle forme ed agli strumenti attraverso i quali si dispiega l'assioma, pervadendo l'ordinamento e collegandone le varie parti, quanto a matrice, funzione e fine, al principio supremo che lo presiede e lo legittima, la sovranità popolare, il cui esercizio è concepito e sancito dalla Costituzione in organica e funzionale sinapsi col dipanarsi delle valenze del fondamento-lavoro» (G. FERRARA, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in AA. VV., *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Roma 2006, 200, 202).

¹⁸ M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, cit., 634-635.

¹⁹ Così, soffermandosi sui passaggi fondamentali dell'insegnamento mortatiano, P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Lav. e dir.*, 2009, 1, 45. Al riguardo, è utile ricordare come per Massimo Severo Giannini il lavoro costituisca «il titolo di dignità del cittadino» (*Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, 18).

²⁰ Come è stato evidenziato, «il collegamento fra lavoro e cittadinanza è rafforzato, nella nostra Costituzione, dall'imposizione del dovere di lavorare nell'art. 4: poiché sono i doveri, ancor più dei diritti, che caratterizzano la condizione di cittadino rispetto a quella di non cittadino» (M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, cit., 639). Sul punto si veda, dello stesso autore, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992; nonché di C. PINELLI, «Lavoro» e «progresso» nella Costituzione, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2009, 416 e I. STOLZI, *Lavoro e cittadinanza: ascesa e declino di un binomio*, in L. BALDISSARA-M. BATTINI (a cura di), *Lavoro e cittadinanza. Dalla Costituente alla flessibilità: ascesa e declino di un binomio*, Milano 2017.

strumenti specifici e politiche attive di inclusione, la direzione di senso non può che conformarsi alla garanzia dell'effettività del lavoro quale principale elemento di connessione fra l'individuo e la comunità, considerando quindi anche i precetti di cui al comma terzo dell'art. 27 e dell'art. 31 Cost. alla luce del modello politico-sociale innervato sul principio lavoristico ed essendo riconosciuta al lavoro «una capacità di promozione del soggetto, per così dire, oggettiva o de-ideologizzata, che ne fa il cardine insopprimibile di qualsiasi tecnica di reinserimento sociale»²¹. La centralità del lavoro è perciò giustificata proprio dalla necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare e che la detenzione non fa venire meno lo status di cittadino della persona ristretta nella propria libertà personale e dunque la esenti dai doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale e dal diritto-dovere di lavorare per contribuire al progresso della società.

3. In capo ai minori sottoposti all'esecuzione penale deve essere quindi riconosciuto un vero e proprio diritto ad ottenere istruzione, formazione professionale ed un'attività lavorativa, costituendo, per un verso, istruzione e formazione elementi ineludibili per la crescita culturale e professionale che ha come principale obiettivo l'acquisizione di competenze per l'inserimento occupazionale, e, per altro verso, il lavoro lo strumento essenziale per l'assunzione dell'autonomia personale, la risocializzazione e l'abbandono del circuito dell'illegalità.

Possono, pertanto, creare percorsi di sostanziale crescita umana e tangibile inclusione sociale l'implementazione di momenti di alternanza studio-lavoro nell'ambito di processi formativi e tirocini che mirano ad agevolare le scelte professionali ed occupazionali, nonché la strutturazione di percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato.

Il periodo di esecuzione della pena potrà così contribuire ad attivare nel minore processi di riflessività sul senso del proprio vissuto, offrendo gli strumenti di crescita personale per considerare in profondità la passata condotta criminosa e confrontarsi criticamente con il contesto ambientale in cui spesso ha avuto origine il comportamento delittuoso.

Riesce, quindi, utile il Progetto d'Intervento Educativo (PIE) - di cui all'art. 14 del D.Lgs. 121/2018, relativo alla permanenza negli Istituti penali - che, previo ascolto e condivisione del minore, è finalizzato ad individuare interventi personalizzati tesi a coniugare oltre all'istruzione ed alla formazione anche il recupero di competenze ai fini lavorativi, accompagnati da momenti di orientamento professionale idonei a favorire la conoscenza di sé, delle proprie attitudini, capacità ed interessi.

Rimane fermo, però, che per promuovere realisticamente le opportunità di risocializzazione previste in sede legislativa è imprescindibile riflettere sulle responsabilità sociali nei confronti dei minori detenuti e superare lo scollamento tra le norme e la loro effettività concreta, anche per le disparità applicative sui singoli territori in ragione di un'offerta formativa e lavorativa non omogenea per differenti risorse e condizioni economico-ambientali.

Il recupero inclusivo del condannato ed il perseguimento di obiettivi di sicurezza sociale necessitano, insomma, inderogabilmente, del coinvolgimento delle istituzioni preposte - in un impegno sinergico con la comunità - e dell'investimento di risorse tese a garantire il diritto-dovere di lavorare,

²¹ E. FASSONE, *Sforzi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna 1981, 164.

sostenendo le condizioni materiali, organizzative e culturali per trattamenti più individualizzanti e con un margine, il più ampio possibile, di responsabilizzazione e decisione del minore.

Sussiste pertanto l'obbligo di impostare la pena e la sua esecuzione alla luce della gerarchia dei valori che caratterizza la legalità costituzionale, assicurando l'istruzione, la formazione professionale e l'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa dei minori sottoposti a provvedimenti penali, quale affermazione dell'ineludibile considerazione unitaria del trattamento dell'esecuzione penale e del trattamento (ri)educativo.

In questa prospettiva, il riferimento prioritario è quindi il finalismo rieducativo dei precetti costituzionali, rivolti a garantire il rispetto della dignità del ristretto, in un programma di giustizia fondato sulla restaurazione e la ricostruzione del legame sociale in una riprogettazione rivolta al futuro, nella consapevolezza che nessuna *emendatio* è possibile senza una restaurata percezione della dinamica profonda dell'esistenza, senza cioè una rinnovata capacità di riconoscersi nel volto e nell'"appello" dell'altro, in un'autentica relazionalità²².

²² Cfr. P. RICOEUR, *Il diritto di punire*, Brescia 2012, 51-53, 60 e 82; e F. BOTTURI, *Rendere giustizia*, in L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Vita e Pensiero, Milano 2015, 34-35.